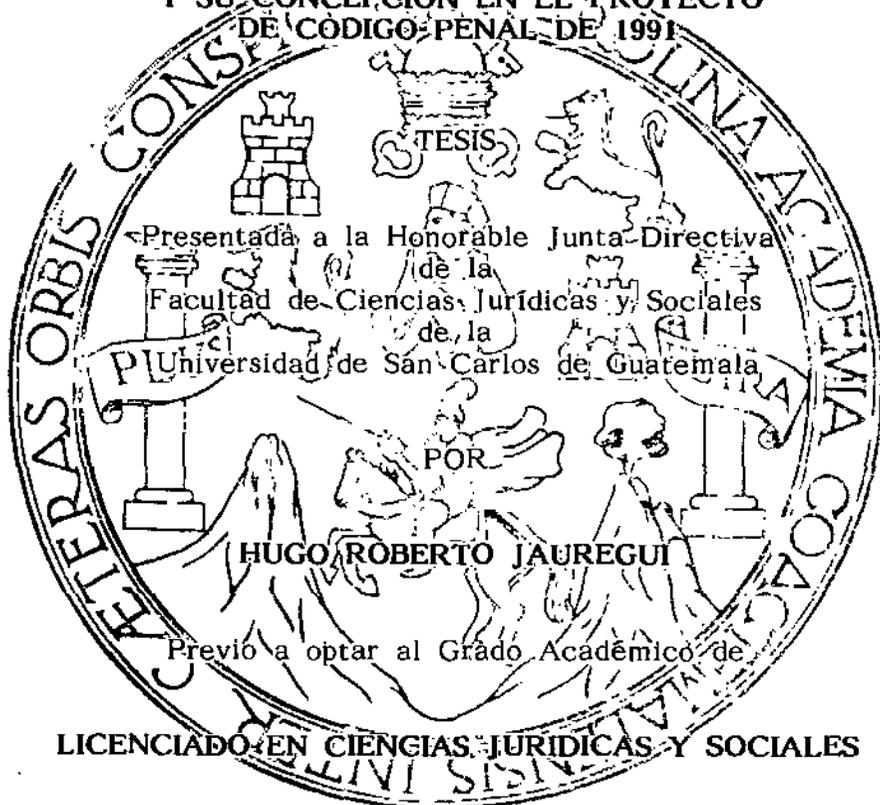


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN LA LEGISLACION PENAL GUATEMALTECA
Y SU CONCEPCION EN EL PROYECTO
DE CODIGO PENAL DE 1991



Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Abril de 1993

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(2860)

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Manuel Vicente Roca Menéndez
VOCAL II	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Erick Fernando Rosales Orizábal
VOCAL V	Br. Fredy Armando López Folgar
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO	
(en funciones)	Lic. Oscar Najarro Ponce
EXAMINADOR	Lic. José Arturo Sierra González
EXAMINADOR	Lic. Hilda Violeta Rodríguez Villatoro de Vásquez
EXAMINADOR	Lic. César Rolando Solares Salazar
SECRETARIO	Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

12 MAR 1993
Bono... 80
OFICIAL



1261-93

13/4/93

Guatemala, 25 de marzo de 1,993.

Señor Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

Por este medio, atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que en cumplimiento de la providencia emitida por ese Decanato, orienté de la mejor manera posible el trabajo de tesis del Señor Bachiller HUGO ROBERTO JAUREGUI, el cual se denomina: "LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACION PENAL GUATEMALTECA Y SU CONCEPCION EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1991" y en tal virtud me permito hacer de su conocimiento el presente,

D I C T A M E N:

Es evidente la importancia que ha cobrado hoy día en nuestro país, el estudio crítico de la protección a los derechos humanos, producto y consecuencia lógica de la reiterada violación a los mismos, que de una u otra forma afecta drásticamente la convivencia pacífica de los ciudadanos en una sociedad jurídicamente organizada que intenta vivir en democracia.

El fenómeno de la violación y protección a los derechos humanos, cobra superlativa trascendencia cuando se analiza desde el punto de vista jurídico, ya que el Estado como único ente soberano, tiene a su alcance el instrumento legal más adecuado e idóneo para la protección o violación de los mismos, que muchas veces se convierte en el



A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'H. Jauregui'.

parámetro que sirve para medir su vocación democrática, tal es el caso de la "Legislación Penal" a la cual se le ha encomendado la gran responsabilidad de mantener la convivencia pacífica de los pueblos, resguardando valores fundamentales que han sido elevados a categoría de tipos penales para su protección.

Conociendo las cualidades humanas, la capacidad intelectual, y la vocación por el estudio del Derecho Penal que constantemente ha manifestado el Bachiller Hugo Roberto Jauregui, aunado a ello la coyuntura jurídica que como estudiante le ha tocado vivir, cuando en nuestro país se habla de la necesidad de la reforma de la justicia penal, planteando dentro de ella la creación de un nuevo ordenamiento penal sustantivo, estimo que lo menos que el candidato a la licenciatura podía hacer, era ensayar un trabajo de tesis que conjugara su vocación, su perseverancia y su intelecto al servicio de tan noble propósito, como lo es la protección de los derechos humanos en la legislación penal y en el proyecto de nuevo código penal.

El Capítulo primero, principia con un análisis descriptivo y minucioso de los esquemas legales de protección a los derechos humanos, tanto universal como regionalmente. El Capítulo segundo se dedica a examinar críticamente la legislación penal vigente en relación con los derechos humanos; para luego abordar el Capítulo tercero con exclusividad lo que considera los núcleos más problemáticos del código penal vigente en relación con los derechos humanos. El cuarto Capítulo se refiere a la base ideológica del código penal y su compatibilidad con los derechos humanos. El Capítulo quinto plantea las principales omisiones legales y fácticas en la legislación penal sustantiva, que según indica implican otras violaciones a los derechos; y finalmente el capítulo sexto recoge lo que el autor denomina, promoción



y protección de los derechos humanos en el proyecto de código penal para Guatemala, teniendo como colofón las conclusiones y recomendaciones pertinentes, acompañadas de una bibliografía que no sólo es suficiente, sino moderna y adecuada.

Particularmente considero, que la preocupación, la inquietud y el interés del Bachiller Jauregui, en la elaboración de un trabajo serio, científico y crítico, se justifica ante la magnitud del fenómeno objeto de estudio, por lo que es preciso reconocer que el esfuerzo realizado y la información que presenta, pueden ser el punto de partida para nuevas realizaciones tomando en cuenta la acuciosidad y entusiasmo del novato escritor, en tal sentido considero que el mismo, reúne sobradamente los requisitos reglamentarios para servir de base y ser discutidos en el examen público de su autor, por lo que debe ser aprobado.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano la atención que se sirva dispensar a la presente, con muestras de mi acostumbrado respeto, me suscribo del Señor Decano deferentemente.

"ID Y ENSEÑAR A TODOS"

Lic. José Francisco de Mela Yala
Jefe del Departamento de Estudios
Penales y Asesor de Tesis de Grado

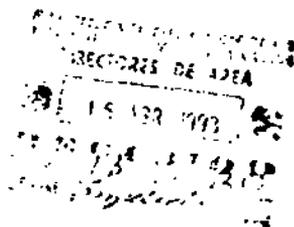
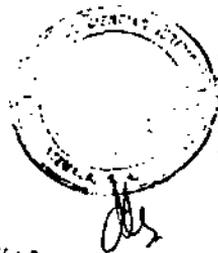
JFDV/mhpp.

c.c. Archivo.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

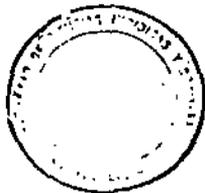


FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Calle Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, abril trece, de mil novecientos noventa y tres.--

Atentamente pase al Licenciado HECTOR ANIBAL DE LEON VE-
LASCO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del
Bachiller HUGO ROBERTO JAUREGUI y en su oportunidad emita
el dictamen correspondiente. -----



[Handwritten signature]



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica

Guatemala,
abril 15 de 1,993

1339-93

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
CATEDRA DE DERECHOS HUMANOS
Tercer Examen
OK

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a usted con el objeto de informar sobre la revisión efectuada al trabajo de tesis denominado "LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACION PENAL GUATEMALTECA Y SU CONCEPCION EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1991", cuyo autor es el Bachiller HUGO ROBERTO JAUREGUI.

Respecto del trabajo en sí, puede decirse que es uno de los primeros, que en forma objetiva y científica aborda el fundamental tema de los derechos humanos, confrontada su aplicación con el ámbito penal presente y con el prospecto presentado para un futuro que parece cercano. La bibliografía hace referencia a toda la legislación vigente en cuanto a Derechos Humanos, a nivel universal, y los tratados en dicha materia signados por Guatemala.

Es de hacer notar, pues es muy justo, que conocimos el esfuerzo, brillante por sus características peculiares, del autor del trabajo, en su paso por las aulas universitarias, en las que destacó como un estudiante ejemplar. De esa suerte, no podía esperarse menos, al culminar su carrera que un trabajo de gran concepción jurídica, y de mucha perspectiva para el estudio de los Derechos Humanos, estudio que deberá afrontarse sin dilación por el conglomerado facultativo.

En consecuencia, me permito recomendar su impresión para que sirva como base en el examen público de su autor.

Aprovecho la oportunidad para presentar al señor Decano mis muestras de la más alta y distinguida consideración. Su servidor

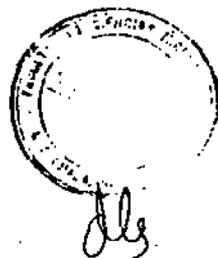
Lic. Héctor Aníbal De León Velasco
REVISOR

c.c. archivo
HADV:Impdad

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Cajon Universitario, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;

Guatemala, abril diecinueve, de mil novecientos noventitres.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la im-
presión del trabajo de tesis del Bachiller HUGO ROBERTO JAU-
REGUI intitulado "LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN -
LA LEGISLACION PENAL GUATEMALTECA Y SU CONCEPCION EN EL PRO-
YECTO DE CODIGO PENAL DE 1991". Artículo 28 del Reglamento
para Exámenes Técnico Profesionales y Público de Tesis. ---



Handwritten signature and scribbles in the center of the page

DEDICATORIA

- A Dios:
Creador Supremo del Universo.
- A la memoria de:
Felipe Jáuregui (Q.E.P.D.)
Josefina Alvarez Vda. de Jáuregui (Q.E.P.D.)
- A mi madre:
Josefina Jáuregui Alvarez
Como reconocimiento a sus innumerables esfuerzos,
que me brindaron la oportunidad de alcanzar esta
meta
- A mi hermana:
Mariela, con especial cariño
- A mi familia, y en especial a mis tíos Aída Esperanza
y Juan Francisco
- A la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, casa de
estudios que me albergó en sus aulas y me proporcio-
nó a través de sus Docentes los conocimientos que
me permitieron lograr este triunfo.

INDICE

	Pág.
Introducción	i
Capítulo I	
Análisis de los Esquemas de Protección de los Derechos Humanos	1
1. Esquemas de Protección Universal	1
1.1. La Carta de la Onu	1
1.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos	2
1.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	4
1.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales	7
2. Esquema de Protección Regional Americano	8
2.1. La Carta de la Organización de Estados Americanos	8
2.2. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	9
2.3. La Convención Americana de los Derechos Humanos	10
3. Convenios Internacionales en Materia de Derechos Humanos de Especial Interés para la Protección Penal	14
A) Prevención a la Discriminación	14
1. Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	14
2. Convenio Relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación	16
3. Convenio relativo a la lucha contra la Discriminación en la esfera de la enseñanza	16
4. Protocolo del Convenio	17
5. Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales	17
B) Crímenes de Guerra	18
1. Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio	18

	Pág.
C) Esclavitud Servidumbre Trabajo Forzado e Instituciones y Prácticas Análogas	20
1. Convención sobre la Esclavitud	20
2. Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud	21
D) De los delitos contra la Administración de Justicia: Protección de Personas Sometidas a Detención o Prisión	23
1. Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos	24
1.a.) Reglas de Aplicación General	25
1.b.) Reglas aplicables a Categorías Especiales	38
A) Condenados	38
B) Reclusos alienados y enfermos mentales	44
C) Personas detenidas o en prisión preventiva	44
D) Sentenciados por deudas o prisión civil	45
2. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	46
3. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	48
4. Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley	50
5. Salvaguardias para garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte	56
6. Declaración sobre los Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder	59

Capítulo II

Análisis de la Legislación Penal Guatemalteca en Relación con los Derechos Humanos

1) Análisis Crítico de los Principios Consagrados en la Constitución Política	65
---	----

Capítulo III**El Código Penal Guatemalteco y sus Principales Núcleos**

Problemáticos con los Derechos Humanos	77
1. Irretroactividad de la Ley Penal más benigna	77
2. Leyes Penales en Blanco como delegación de funciones legislativas	80
3. Tipificaciones con límites inciertos	81
4. Afectación del "Nullum Crimen sine actio"	85
5. Delitos que no afectan Bienes Jurídicos	87
6. "Versari in re illicita" y la Responsabilidad Objetiva	90
7. Legítima Defensa de la Propiedad	93
8. Manipulación de Excesos y Errores en la Defensa y el Deber Jurídico	96
9. Inimputabilidad y lesión de garantías	97
10. Desconocimiento de la co-culpabilidad	100
11. La responsabilidad por negligencia en delitos culposos	103
12. Desconocimiento de Principios Básicos en materia de Participación y Tentativa	104
13. Problemática vinculada a la magnitud de las penas.	108
14. Desigualdades en la concesión de beneficios	110
15. Problemática de la Individualización Punitiva	112
16. Multa e Igualdad	114
17. Inhabilitaciones accesorias a la privación de libertad como penas infamantes	116
18. Reincidencia y Habitualidad como conceptos estigmatizantes	117
19. Dispositivos que tornan incierta o arbitraria la privación de la libertad	121
20. Insuficiente previsión de la Reparación a inocentes	122

Capítulo IV

I) La Base ideológica del Código Penal Vigente y su compatibilidad con los Derechos Humanos	125
II) La base Ideológica del Proyecto de Código Penal y su compatibilidad con los Derechos Humanos	127

Capítulo V	
Principales Omisiones Legales y Fácticas en la Legis- lación Penal Guatemalteca que implican otras violacio- nes a los Derechos Humanos	131
Capítulo VI	
Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Proyecto de Código Penal para Guatemala	135
I) Principales Innovaciones	135
II) Problemática relacionada con los Derechos Huma- nos que conserva el Proyecto de Código Penal	142
Conclusiones	143
Recomendaciones	147
Bibliografía	149
Anexo I.	155

INTRODUCCION

El presente trabajo constituye un análisis de la problemática que para la legislación penal de nuestro país implica la protección de los Derechos Humanos. Dicha inquietud deriva, de la vigencia que hoy en día tiene la constante y sistemática violación de las garantías básicas y fundamentales que se cometen impunemente en nuestro país, y de la función que el Derecho Penal está llamado a sostener, por ser ésta, dentro de todas las disciplinas del orden jurídico, la más ligada con la tutela y protección de los valores humanos, a la vez que, como consecuencia de su inadecuada aplicación, existe una inmediata y directa posibilidad de violar estos Derechos Humanos que está llamada a proteger.

Para la realización del mismo, en el Capítulo I se estudian todos aquellos Instrumentos Jurídicos que a nivel Universal o Regional, regulan distintos principios y aspectos relacionados con los Derechos Humanos, y que son la piedra angular en la jerarquía jurídica de su protección. Se tomó en cuenta para ello la Recopilación de los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos de los cuales es parte la República de Guatemala, así como la Recopilación de Instrumentos Internacionales que de Derechos Humanos emitiera la Organización de Naciones Unidas con motivo del Cuadragésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el Capítulo II, se hace un estudio comparativo de los Principios Ideológicos que inspiran nuestra Carta Magna, en relación con el actual Código Penal. El Capítulo III, que comprende todos aquellos núcleos problemáticos de nuestro actual Código Penal en relación con los Derechos Humanos, pretende resaltar todas aquellas confrontaciones o atrasos que dicha ley contiene, para lo cual primordialmente sirviera de obra ilustrativa, el "Informe final del Proyecto de Investiga-

ción que sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos", desarrollara el Instituto Internacional de Derechos Humanos, el cual esboza las más actuales doctrinas y Principios en relación a este aspecto.

En el Capítulo IV se confrontan críticamente las Bases Ideológicas de nuestro Código Penal vigente con el Proyecto de Código que se encuentra siendo analizado por distintos sectores académicos de nuestro medio. Finalmente, se señalan en los capítulos restantes las principales omisiones de que adolece nuestra ley penal vigente, así como los avances y omisiones que se encuentran contenidos en el Proyecto de Código Penal que se pretende implementar, las conclusiones a las que se arribaron y las recomendaciones que como colofón al trabajo desarrollado han sido deducidas.

Por la actualidad del tema que se analiza, la elaboración del mismo ha conllevado principalmente un esfuerzo personal por poder incluir en el mismo las doctrinas y las ideas más recientes, que de la protección de los Derechos Humanos se pudieran acoplar al ámbito y las doctrinas modernas de la Ciencia Penal, e incluso se recurrió a la búsqueda de las mismas en distintos cuerpos y ordenamientos legales de otros países del mundo con los cuales el nuestro mantiene relaciones Diplomáticas o Consulares.

Por último, cabe señalar, que el presente trabajo no pretende ser una obra perfecta y acabada, que agote el interés por la materia, sino más bien el de ser un primer acercamiento en donde se bosqueje la necesidad de trabajos posteriores que enriquezcan y valoren el papel y el rol que la Ciencia del Derecho Penal, como la Disciplina Jurídica más ligada a los valores fundamentales de la humanidad se encuentra llamada a desempeñar.

EL AUTOR.

Capítulo I

ANÁLISIS DE LOS ESQUEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Estado, a lo largo de la historia del hombre, ha buscado proteger una serie de valores y de libertades que forman parte de su misma condición de ser humano; dicho objetivo se ha plasmado en distintos instrumentos jurídicos de carácter nacional e internacional, entre los cuales destacan: La Carta Magna Inglesa, concedida en el año de 1215, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica el 4 de julio de 1776, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, los Tratados de Viena suscritos en 1815, y como obra culminante de este proceso, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamadas después de la Segunda Guerra Mundial (1945 y 1948). Con el surgimiento de la Organización de Naciones Unidas, el Derecho Internacional ha enfocado el tema de la promoción y la protección de los Derechos Humanos por medio de esquemas de carácter universal o de carácter regional dependiendo del alcance territorial que dichos esquemas tienen. Así, tenemos:

1) ESQUEMA DE PROTECCIÓN UNIVERSAL

1.1.) La Carta de las Naciones Unidas:

Documento que dió vida a dicha organización, quedó abierta a firma y ratificación en el año de 1945. 1/

1/ Fue aprobada por Guatemala mediante Decreto Legislativo No. 174 el 11 de octubre de 1945, ratificada el 15 de octubre y depositada el 21 de noviembre del mismo año.

Desde su preámbulo, y en el contenido particular de siete de sus 111 artículos, se hace especial referencia a la importancia y protección que debe dárseles a los Derechos Humanos, estableciendo como atribución de la Asamblea General, en su artículo 13 "ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". En su artículo 55 preceptúa la obligación de promover "el respeto universal a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades."; el artículo siguiente (56), establece que los Estados que firmaron dicho instrumento, entre los cuales se encuentra Guatemala, "se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55." Como expresara el destacado jurista Félix Laviña, "La Carta de la ONU no contiene la definición de los derechos humanos, y tampoco los enumera, pero se ha entendido que aquella regulación internacional es aplicable a todos los derechos y libertades que la ONU determine por actos posteriores." 2/ En esta carta, también se dejaron sentadas las bases para la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

1.2) La Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Emitida el 10 de diciembre de 1948, según Resolución número 217 A (III) de la Organización de Naciones Unidas, se había proyectado desde la creación de dicho Organismo Internacional. Está compuesta de 30 artículos en los cuales se proclaman los derechos inherentes al ser humano, con validez para todos los hombres, en todas las naciones.

2/ Laviña, Félix. "Protección Internacional de los Derechos Humanos". Pág. 17.

Dicho cuerpo legal se integra por un conjunto de normas que tienen un valor jurídico que los estados miembros de la ONU deben procurar alcanzar en sus respectivos territorios, como se puede deducir de lo expresado en el preámbulo que lo encabeza, "...como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universal efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción." En cuanto a la fuerza legal de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Licenciado Julio César Zenteno expresa que "... ha habido gran debate entre los juristas y gobiernos, en virtud de que dicho instrumento no tiene la naturaleza de un tratado sino que de una mera resolución. Hoy día y en virtud de la Declaración de Teherán, no hay duda acerca de la obligación jurídica de respetar su contenido". 3/ Para el Derecho Penal, el tema adquiere primordial importancia, debido a que es por medio de éste por el que los legisladores de los distintos países miembros, pueden lograr alcanzar el positivo y eficiente resguardo y garantía de los derechos y libertades que dicha Declaración enuncia.

En el artículo 3 se tutelan los valores fundamentales, sobre los que se edifica todo el ordenamiento jurídico, y que a través del Derecho Penal se protegen y garantizan, los cuales son: la vida, la libertad y la seguridad de la persona; en el artículo 4 se señala la prohibición de la existencia de la esclavitud, la servidumbre y la trata de esclavos en cualquiera de sus formas; el artículo 5 nos indica que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.", situaciones que en nuestro medio se dan cotidianamente. El artículo 7 recoge el Principio de Igual-

3/ Zenteno B., Julio César. "Derecho Internacional Público". Pág. 76.

dad ante la ley, sin discriminación de ninguna especie; el artículo 8 enuncia lo que para nuestra legislación equivale al Recurso de Amparo; el artículo 9 expresa que "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado." aspectos que en los países latinoamericanos no se respetan; el artículo 10 encierra el Principio de Defensa: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier actuación contra ella en materia penal."; el artículo 11 numeral 1) contiene el Principio de Presunción de Inocencia, y el numeral 2) establece el Principio de Legalidad (nullum crimen, nulla pena sine lege); la libertad de locomoción y el derecho de residencia están tutelados en el artículo 13; en el artículo 17 se proclama el derecho de propiedad; en el artículo 18, las libertades de pensamiento, conciencia y religión; el artículo 19 desarrolla el respeto por la libre emisión del pensamiento; el artículo 20 numeral 1), garantiza la libertad de reunión y asociación pacífica, mientras que el numeral 2) prohíbe que alguien sea obligado a asociarse en contra de su voluntad. Finalmente, el artículo 30 nos dice que ningún Estado o persona puede suprimir o disminuir cualquiera de estos derechos y libertades.

1.3) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:

Este Pacto fue adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión según resolución número 2,200 A (XXI) de fecha 16 de diciembre de 1966, emitida por la Asamblea General de la ONU; y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49. Fue ratificado por Guatemala, mediante el Decreto 9-92 de fecha 19 de febrero de 1992, y la adhesión al mismo se dió el 16 de marzo del mismo año.

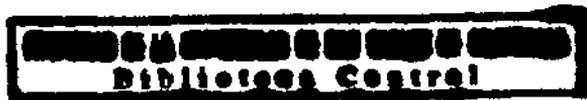
En el preámbulo de este instrumento se resalta la finalidad de la ONU de proteger la observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales, y el especial compromiso de velar por la protección de los derechos recono-

cidos en el mismo. En su artículo 1 se establece el Principio a la Libre Determinación de los Pueblos, y el derecho de éstos a escoger su condición política, su libertad de disponer de sus recursos y la obligación de promover estas mismas libertades en los territorios encomendados a su administración.

En su II parte, el pacto compromete a los Estados a garantizar y respetar a todos los habitantes de su territorio o a las personas sujetas a su jurisdicción los derechos en él reconocidos, sin ningún tipo de discriminación o distinción alguna; contiene además el compromiso de "...adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias....."; igualmente se regula que si alguna persona sufriera violaciones a estos derechos aunque éstas fueran cometidas por autoridades o entidades oficiales, podrá interponer un recurso que será conocido por la autoridad competente que se determine en la ley, quien decidirá lo pertinente (art. 2). Las disposiciones de este instrumento se aplicarán en igualdad de condiciones a hombres y mujeres, prescribe el artículo 3. En el artículo 4 se regulan las situaciones excepcionales, por las que se pueden suspender las obligaciones de este Pacto, para lo que "se requiere de dos condiciones: a) que la situación excepcional ponga en peligro la vida de la nación; y b) que esa situación excepcional sea proclamada oficialmente." 4/. El artículo 5 establece lo relativo a la interpretación de este Pacto y a la prohibición contra cualquiera que trate de destruir o limitar alguno de los derechos aquí reconocidos.

El artículo 6 desarrolla el derecho a la vida; limita la pena de muerte, para aquellos Estados que todavía la practican, a delitos de mayor gravedad, y contempla la posibilidad del indulto, la amnistía o la conmuta de dicha pena, la prohibición de aplicarla a menores de 18 años y a mujeres embarazadas y respaldando la abolición total a dicha medida. El artícu-

4/ Laviña, Félix Op. Cit. Págs. 28 y 29.



lo 7 prohíbe la tortura en todas sus formas así como los experimentos científicos cometidos en contra de la voluntad de las personas. La esclavitud, la servidumbre o los trabajos forzosos, así como sus excepciones (servicio militar, el impuesto en casos de peligro o calamidad, las labores propias de las granjas penales, etc.), se encuentra prohibido en el artículo 8. La garantía a los derechos de libertad y seguridad de la persona se establece en el artículo 9, en el cual se encuentran inmersos los principios de legalidad y el de debido proceso, estableciendo finalmente el derecho de reparación en caso de detención ilegal. El artículo 10 enuncia los principios básicos que la ejecución de la pena debe de respetar, y que en nuestro medio hasta hoy siguen siendo ideales no alcanzados. La prohibición de encarcelar a cualquier persona por el solo hecho de no poder cumplir con obligaciones de tipo contractual (*) se enmarca en el artículo 11. La disposición siguiente (art. 12) tutela lo relativo a la libertad de locomoción y la libertad de elegir el lugar de residencia.

En el artículo 14 se contienen los principios de defensa procesal, el Indubio pro Reo, así como la enumeración de las garantías mínimas al momento de ser detenido y de iniciarse un proceso penal en su contra, el caso de los menores de edad, así como el derecho de apelación durante el proceso, y el derecho de una indemnización en caso de haber sido condenado injustamente, finalmente este artículo indica lo referente a la cosa juzgada en materia penal. Seguidamente, se consagra el principio de legalidad "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE", y el de retroactividad de la ley penal más benigna (art.15); el derecho a la inviolabilidad del domicilio, vida privada, inviolabilidad de correspondencia, así como la protección a la honra y reputación de la persona, lo encontramos en el artículo 17; la libertad de pensamiento, conciencia y religión se contempla en el artículo 18; la libertad de expresión y sus límites en el artículo 19; el derecho de reunión, regulado en interés del orden público, la moral y la libertad de los demás está en el artículo 21; la libertad

(*) Ver artículo 17 de la Constitución Política de la República.



de asociación, en el artículo 22; los derechos de la familia, artículo 23; los del niño (art. 24); el principio de igualdad ante la ley, artículo 26; y la protección que debe prestársele a las minorías étnicas en el artículo 27; posteriormente se desarrolla todo lo referente al Comité de Derechos Humanos.

1.4) Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Adoptado y abierto a firma según resolución número 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 31 de enero de 1976, según su artículo 27. Nuestro país se adhirió a este pacto en virtud del Decreto 69-87 del Congreso de la República, de fecha 30 de septiembre de 1987, ratificado por el Presidente de la República el 6 de abril de 1988 y se depositó la adhesión el 19 de mayo de 1988.

Previo a iniciar el análisis del contenido de este Pacto, es indispensable resaltar el hecho de que en los países subdesarrollados como el nuestro, la principal causa de la delincuencia es, sin lugar a dudas, la extrema pobreza en que vive la gran mayoría de nuestra población, por lo que para lograr un efectivo respeto a los Derechos Humanos, no basta con crear o implementar nuevos tipos delictivos, o inclusive abrogar la legislación penal existente, sustituyéndola por otra que tenga una verdadera proyección social y humana, si paralelamente no se toman medidas urgentes de carácter económico y social que aseguren la posibilidad de desarrollo, y elevación del nivel de vida de los grandes sectores hasta hoy olvidados; y es precisamente por esto, que se vuelve de vital importancia analizar los derechos y libertades reconocidos en este Pacto, pues los mismos constituyen la base mínima para alcanzar tales condiciones.

Puede observarse que desde su preámbulo, se consagra la obligación que tienen los Estados miembros a **"...procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este pacto."** En su artículo 1 se establece el Principio Internacional de la Libre Determinación de los Pueblos, así

como su derecho a disponer de sus recursos y riquezas naturales como medio para alcanzar el logro de sus fines inherentes. 5/ En el artículo 2 se establece la obligación de adoptar todas aquellas medidas que conlleven la plena efectividad de los derechos aquí tutelados, y la garantía de que todos sus habitantes los ejerzan sin discriminación alguna; y tomando en cuenta su economía nacional, se garantizará según sean sus posibilidades, estos mismos derechos a aquellas personas que no sean nacionales. Posteriormente, el artículo 4 expresa que no se podrá limitar el ejercicio de las libertades contenidas en este Pacto, salvo ciertas excepciones expresamente contempladas en la ley, y sólo en la medida en que dicha limitación sea compatible con la naturaleza de los mismos; seguidamente, el artículo 5 señala las normas de interpretación del presente instrumento; las condiciones mínimas de trabajo están comprendidas en el artículo 7; el derecho a sindicalizarse, a formar federaciones y confederaciones de sindicatos, a la huelga y otros semejantes se enmarcan en el artículo 8; el derecho a la seguridad social se regula en el artículo 9 y el de la protección y asistencia a la familia en el artículo 10; en el artículo 15 se consagra el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la nación, y gozar de los beneficios del progreso entre otros. Finalmente, en los artículos del 16 al 31 se establecen los mecanismos y órganos de vigilancia para el presente Pacto.

2) ESQUEMA DE PROTECCION REGIONAL AMERICANO

2.1) La Carta de la Organización de Estados Americanos

Instrumento aprobado en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en la ciudad de Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, entró en vigor el 13 de diciembre de 1951; fue reformada mediante el Protocolo de Buenos Aires, el 27 de febrero de 1967.

5/ En Guatemala, el art. 1 de la CONSTITUCION POLITICA nos indica que el fin supremo del Estado es la realización del BIEN COMUN.

En esta Carta se proclama el respeto a los derechos fundamentales del ser humano, sin distinción de credo, raza, nacionalidad o sexo; pero no se indica cuales son esos derechos, en virtud que el listado de los mismos se encontraba comprendido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también creada en la Conferencia relacionada. Se previó asimismo, la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue aprobada por el Protocolo arriba indicado, en el año de 1967.

2.2) 'La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Como se expresará anteriormente, la presente Declaración también se emitió durante la IX Conferencia Internacional Americana, con fecha 2 de mayo de 1948. Se compone de 38 artículos, en los que se comprenden derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Se ha discutido mucho acerca del valor jurídico de la misma, así como también sobre el hecho de que esta Declaración fue proclamada anteriormente a la Declaración Universal (10/12/1948), por que para algunos autores este es un aspecto de singular importancia para la misma, para otros, dicha anterioridad no constituye un mérito pues "Delegados a la conferencia de Bogotá, tuvieron oportunidad de conocer los respectivos documentos que estaban siendo elaborados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, así, fueron tenidos en cuenta al redactarse tanto esta Declaración como esa Carta." 6/

Se inicia la misma resaltando en sus considerandos que el Estado de derecho tiene entre sus fines principales la protección de las libertades esenciales del hombre, y establece para ello, una serie de derechos y deberes que deben ser acatados por los seres humanos para tener una fraternal convivencia.

6/ García Bauer, Carlos "Los Derechos Humanos Preocupación Universal". Pág. 107.

Dentro de su articulado encontramos tutelados: el derecho a la vida, libertad y seguridad personal (art. 1), el derecho a la igualdad ante la ley, sin discriminación de ningún tipo (art. 2), la libertad de profesar una religión y practicarla (art. 3), la protección a la honra, reputación y vida privada de las personas (art. 5), la libertad de elección del lugar de residencia y la de locomoción (art. 8), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 9); y a la inviolabilidad de la correspondencia (art. 10); se consagran los derechos económicos, sociales y culturales mínimos del artículo 11 al 16; el derecho de justicia en el artículo 18; los derechos políticos en los artículos del 19 al 22, el derecho de propiedad (art. 23); el art. 25 consagra la protección contra las detenciones arbitrarias, y en el mismo encontramos inmerso los principios de Legalidad y la no detención por incumplimiento de obligaciones de carácter civil; en el artículo 26 se tutela el principio Indubio pro Reo y el de defensa procesal; el derecho de Asilo se protege en el artículo 27 y finalmente el artículo 28 establece el alcance que deben tener estos derechos. Del artículo 29 al 38 se enumeran los deberes del hombre.

2.3) La Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Suscrita el 22 de noviembre de 1969, en la República de Costa Rica, razón por la cual también se le denomina "PACTO DE SAN JOSE", está integrada por 82 artículos divididos en tres partes, la primera, compuesta por V capítulos y 32 normas en las cuales se desarrollan los Deberes de los Estados partes, así como los derechos y libertades humanas de carácter político, económico, civil, social y cultural que la Convención protege. La segunda parte, comprende la organización, funciones, competencia y procedimientos de los órganos de control de los derechos tutelados, los cuales son: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por último, la tercera parte de la citada Convención enmarca las disposiciones finales y transitorias.

Los Estados signatarios de esta Convención, de

los cuales es parte Guatemala, 7/ manifiestan en el preámbulo de la misma, el propósito de consolidar, dentro del marco del sistema democrático, el régimen de libertad personal y de justicia social que se funda en los derechos esenciales del hombre; se reconoce que estos derechos nacen de la misma condición humana, y no del hecho de pertenecer o no a un Estado determinado, y que por lo mismo ya han sido reconocidos anteriormente en otros instrumentos de carácter internacional, por lo que esta protección es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados de América, los cuales deberán interpretarse en una concepción amplia de libertad y de igualdad para todos, sin discriminación por ningún motivo.

Dentro de la primera parte, encontramos los deberes de los Estados, y los derechos y garantías siguientes: la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos reconocidos en esta Convención, así como garantizar plenamente su libre ejercicio, sin discriminación alguna, para todas las personas sometidas a su jurisdicción, definiendo en forma simultánea que "2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano." (art. 1). Por los principios propios de esta Convención, el sistema penal que lo desarrolle debe llenar los requisitos que el Doctor Eugenio Zaffaroni comenta en la siguiente forma: "la ideología americana de los derechos humanos, tal cual surge del texto de la Convención, importa la colocación del hombre -considerado siempre como persona (art. 1, No. 2)- en posición prioritaria como titular de los objetos de tutela jurídica. La condición de persona -que la Convención asigna a todo ser humano- requiere que se asegure al hombre un ámbito de espacio social que le permita desenvolver con cierta amplitud sus potencialidades y decidir acerca de su existencia.

7/ Guatemala aprobó dicha Convención, según Decreto Legislativo 6-78 de fecha 30 de marzo de 1978; la ratificó el 27 de abril de 1978 y depositó el instrumento el 25 de mayo de 1978.

"En tal sentido, un sistema penal que forme parte de una estructura jurídica realizadora de derechos humanos, debe ser la coronación normativa de un ordenamiento que tutele como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del hombre en coexistencia. Conforme a ello un sistema penal puede ser defectuoso, desde el ángulo de los derechos humanos, cuando no provea una tutela suficiente a tales bienes fundamentales." 8/

El artículo 2 cobra singular importancia, por cuanto en su contenido se preceptúa que en caso que en los Estados partes, el ejercicio de los derechos y libertades en él reconocidos no estuvieren lo suficientemente garantizados, estos, con arreglo a sus disposiciones legislativas pertinentes, se comprometen a tutelarlos. Lo que implica que la legislación particular de cada Estado debe velar por el reconocimiento y disfrute de los derechos y libertades que la Convención contiene, y que en sus ordenamientos jurídicos, incluyendo la legislación penal, deben darse las modificaciones correspondientes. En el artículo 4 se protege el derecho a la vida, la cual se protege desde el momento de su concepción, y en contra de cualquier tipo de arbitrariedad que pueda ponerla en peligro. Limita el uso de la pena de muerte, prohibiendo la adopción de dicha medida entre los Estados que no la practicaban, y señalando también que los que la hubieran abolido no la pueden volver a implantar; determina en qué casos no podrá aplicarse (menores de 18 años, mayores de 60 años, mujeres en estado de gravidez, etc.) y proclama el derecho de amnistía, indulto o cualquier otro sustitutivo penal en lugar de ésta. El respeto a la integridad de la persona (física, moral o psíquica), así como la prohibición de toda forma de tortura, tratos crueles o degradantes 9/, se encuen-

8/ Eugenio Zaffaroni, Citado por Félix Laviña, "Protección Internacional de los Derechos Humanos". Pag. 77

9/ La protección de estos derechos se desarrolla en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, emitida por la ONU el 10 de diciembre de 1984.

tra en el artículo 5, normando también esta disposición el aspecto de las personas que guardan prisión (incluye el principio de personalidad de la pena), resaltando como finalidad máxima de dicha medida "... la reforma y la readaptación social de los condenados". En el artículo 6 se prohíbe la esclavitud, la servidumbre, la trata de esclavos o de mujeres en cualquiera de sus formas, así como la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, sus límites y sus excepciones. El derecho a la libertad personal lo encontramos tutelado en el artículo 7 que prescribe que nadie podrá ser encarcelado o detenido arbitrariamente, que deberá ser informado inmediatamente -en caso de ser detenido- de las razones de su detención; así como el derecho al recurso de Habeas Corpus; la prohibición de la prisión por deudas, con la única excepción del incumplimiento de deberes alimentarios. En el artículo 8 se contemplan las garantías judiciales tales como el Derecho a un -debido proceso, la presunción de inocencia, la asistencia gratuita de un intérprete, en caso de no dominar el idioma; el derecho de defensa y la obligación para los Estados de designar un defensor en su caso; el derecho a no declarar en su contra, el derecho al recurso de apelación, y establece que la confesión del inculpado, únicamente será válida si es prestada sin coacción alguna. El principio de legalidad y el de retroactividad de la ley se regula en el artículo 9; el derecho a indemnización en caso de error judicial lo contempla el artículo 10. El respeto a la honra, dignidad, domicilio y correspondencia de la persona se regula en el artículo 11, la libertad de conciencia y de religión (artículo 12). La libertad de pensamiento y expresión, sus límites y excepciones (artículo 13); el derecho de rectificación o de respuesta "audiat et altera pars", está contenido en el artículo 14; el derecho de reunión y la libertad de asociación se regulan en los artículos 15 y 16, estableciendo sus limitaciones de ejercicio. El artículo 21 prescribe el derecho de propiedad; la libertad de locomoción y el derecho a establecer residencia se encuentra en el artículo 22; la igualdad ante la ley se consagra en el artículo 24; el derecho al Recurso de Amparo lo consagra el artículo 25; en el capítulo III, artículo 26 se regulan los derechos económicos, sociales y culturales; finalmente, el artículo 27 prevé los casos y los límites para la suspensión

de los derechos protegidos en la Convención, así como el procedimiento que debe seguirse para ello, pero deja sentado que ni durante esta situación excepcional podrán suspenderse los derechos consagrados en los artículos 3, 4, 5, 12, 17, 18, 19, 20 y 23.

CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE ESPECIAL INTERES EN LA PROTECCION PENAL

Dentro del presente apartado se tratarán todos aquellos convenios, pactos, tratados o convenciones y sus respectivas reformas; de todos aquellos temas que por su relevancia han merecido una peculiar protección en el ámbito internacional, de los cuales Guatemala es signataria, por haber adoptado en la forma legalmente establecida esta calidad, por lo que jurídicamente está obligada a acatarlos y a velar por su vigencia y eficiente cumplimiento.

En este aspecto trataremos de cubrir los más relevantes, intentando respetar el orden cronológico de su emisión; y en cada uno de ellos resaltaremos brevemente la esencia de lo que persiguen proteger en materia de Derechos Humanos; así pues, entre los mismos encontramos agrupados según la clasificación que de los mismos se hace en la "RECOPIACION DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES" que en materia de DERECHOS HUMANOS editara la Organización de Naciones Unidas, con ocasión del cuadragésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-1988), dentro de los grupos siguientes:

A) PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN:

1. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial:

Adoptada y abierta a firma y a ratificación por la Asamblea General de la O.N.U. en su resolución número

2106 A (XX), de fecha 21 de diciembre de 1965; entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con su artículo 19. Fue aprobada por nuestro país según Decreto-Ley número 105-82 de fecha 30 de noviembre de 1982; ratificada ese mismo día y se depositó el Instrumento el 18 de enero de 1983.

Se inicia en su preámbulo haciendo referencia de que en la Declaración Universal de la O.N.U., así como en la DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, suscrita el 20 de noviembre de 1963 (resolución 1904-XVII -de la Asamblea General) 10/. Se empieza dicho instrumento definiendo lo que se debe entender por "discriminación racial" en los siguientes términos "... denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural en cualquier otra esfera de la vida pública." Así como los casos de excepción, se establece además que los Estados parte se comprometen a eliminar la discriminación racial y a no incurrir en ningún acto o práctica discriminatoria, así como supervisar que sus entidades e instituciones cumplan con esta obligación; a no fomentar la discriminación racial; tomar las medidas necesarias para eliminar cualquier tipo de circunstancia discriminativa; a declarar como acto PUNIBLE conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial; se sigue haciendo referencia a la no discriminación en el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, laborales, de atención de los Tribunales, etc. Se establece

10/ En la Recopilación de los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, en los cuales aparecen aquellos que nuestro país ha ratificado no aparece esta Declaración.

la obligación de formar un comité para la eliminación de la discriminación racial y se establece el modo de su integración, atribuciones, su competencia y otros aspectos relacionados con el objeto y funcionamiento del mismo.

2. CONVENIO (No. 111) RELATIVO A LA DISCRIMINACION EN MATERIA DE EMPLEO Y OCUPACION:

Adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) en su cuadragésima segunda reunión. Entró en vigor el 15 de junio de 1960, de conformidad con su artículo 8. Nuestro país la aprobó mediante el Decreto Legislativo número 1382 de fecha 21 de agosto de 1960; fue ratificada el 20 de septiembre de ese mismo año y se registró el instrumento el 11 de octubre de 1960.

El centro de este convenio es evitar la discriminación en materia de trabajo, para lo cual los estados parte se comprometen a tomar todas las medidas internas que permitan erradicar dichos vicios.

3. CONVENCION RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA:

Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; se aprobó mediante el Decreto-Ley número 112-82 de fecha 20 de diciembre de 1982, se ratificó el 21 de diciembre del mismo año y se depositó el instrumento el 4 de febrero del año siguiente.

Se busca mediante esta convención eliminar todo tipo de discriminación en la esfera de la enseñanza de las personas; se busca asimismo desarrollar políticas estatales que permitan a los países promover la enseñanza en igualdad de participación para todos los sectores; hacer obligatoria la enseñanza primaria y adecuada a la idiosincracia de cada región.

4. PROTOCOLO PARA INSTITUIR UNA COMISION DE CONCILIACION Y BUENOS OFICIOS FACULTADA PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS A QUE PUEDA DAR LUGAR LA CONVENCION RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACION EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA:

Adoptada el 10 de diciembre de 1962 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, entró en vigor el 24 de octubre de 1968 de conformidad con su artículo 14; nuestro país la aprobó según Decreto-Ley número 112-82, de fecha 20 de diciembre de 1982, ratificada el 21 del mismo mes y año, y se depositó el instrumento el 4 de febrero del año siguiente.

Mediante este Protocolo, se implementó la creación de una comisión que debería resolver cualquier tipo de controversia que surgiera entre los Estados parte de la convención para la eliminación de la discriminación en la esfera de la enseñanza y ahí se estipula su forma de constitución, su competencia, sus atribuciones, sus objetivos y todas las normas necesarias para su existencia y funcionamiento.

5. DECLARACION SOBRE LA RAZA Y LOS PREJUICIOS RACIALES

Aprobada y proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en París, Francia, en su vigésima reunión, el 27 de noviembre de 1978.

Esta Declaración constituye un claro compendio de los postulados que inspiran el pensamiento de las naciones del mundo en contra de cualquier tipo de discriminación y menosprecio para aquellos grupos por motivo de raza, etnia, color o condición económica. Promueven igualmente el abandono de toda clase de prejuicios basados en la condena de un grupo por su condición racial, o basada en la falsa creencia de la existencia de razas superiores.

Dentro de este mismo esquema de regulación internacional en contra de la Discriminación, se han dado otros convenios que por la estrecha competencia de este trabajo no fueron tratados pero que igualmente contienen innumerables principios de protección, a la mujer, a los menores, a los económicamente desfavorecidos, a los trabajadores, etc. que también deben tomarse en cuenta como valores que deben ser protegidos a todo nivel, incluyendo desde luego el penal.

B) CRIMENES DE GUERRA Y CRIMENES DE LESA HUMANIDAD, INCLUSO EL GENOCIDIO:

1. Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 11/

Dicha Convención fue abierta a firma en la ciudad de Nueva York el 9 de diciembre de 1948, aprobada por Guatemala según Decreto Legislativo número 704 de fecha 30 de noviembre de 1949, ratificada el 13 de diciembre del mismo año y depositado el instrumento respectivo el 13 de enero de 1950.

En sus considerandos se hace referencia a la Resolución No. 96 (I) de fecha 11 de diciembre de 1946 emitida por la Asamblea General de la O.N.U., en donde se declaró al Genocidio un delito de Derecho Internacional, contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas, y en virtud de esto se elaboró la presente Convención.

11/ La expresión GENOCIDIO (de la palabra griega GENOS, raza y del surfiijo latino CAEDES muerte,) que generalmente se emplea para designar los crímenes contra la humanidad, fue propuesta por LENKIN, que lo define como crimen que consiste en la destrucción de grupos nacionales, raciales, religiosos. Citado por Eugenio Cuello Calón, en su obra Derecho Penal Parte Especial, Vol. 1, Pag. 32.

Se manifiesta en dicha Convención que este crimen ya se ha cometido en el mundo en tiempo de paz y en tiempo de guerra, que debe prevenirse y sancionarse. Se establecen las conductas que tipifican dicho delito, y también las formas de participación punibles en la comisión del mismo. Se establece su extradición, su forma de procesamiento, la forma de resolución en caso de controversia entre los Estados en ocasión de la aplicación del presente instrumento, etc.

Dentro de los otros instrumentos que conforman, junto al anteriormente analizado el apartado respectivo, Guatemala no es parte de los mismos, pero por su importancia haremos un pequeño esbozo de su contenido principal. Así, estos son:

- La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Adoptada mediante Resolución 2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968, que entró en vigor a partir del 11 de noviembre de 1970 según su artículo VIII. Su finalidad esencial es que los delitos considerados como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, entre los cuales se encuentra el genocidio NO PRESCRIBEN; se resalta la importancia de este convenio para nosotros, pues si Guatemala es parte de la Convención que repudia y sanciona el genocidio, y además lo tiene contemplado dentro del actual Código Penal (Art. 376); dicha disposición -la imprescriptibilidad-, que contempla esta convención, debió haberse adoptado de la misma forma, ya que es complementaria respecto al objeto y alcance de la primera.

- Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de crímenes de Guerra, o de Crímenes de Lesa Humanidad. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución número 3074 (XXVIII), de fecha 3 de diciembre de 1973. Esta resolución tomada por la O.N.U., reviste particular importancia dentro del campo penal, pues su objetivo estriba precisamente en regular a nivel internacional las bases fundamentales que servirán para

tutelar la protección penal mundial en contra de estos ilícitos; en la misma se enuncian un total de NUEVE PRINCIPIOS.

C) ESCLAVITUD, SERVIDUMBRE, TRABAJO FORZOSO E INSTITUCIONES Y PRACTICAS-ANALOGAS:

1. Convención Sobre la Esclavitud:

Firmada en Ginebra, el 25 de septiembre de 1926. Entró en vigor el 9 de marzo de 1927; nuestro país la aprobó mediante Decreto-Ley número 110-83, de fecha 16 de septiembre de 1983, declarándose ese mismo día su adhesión y depositando el instrumento el 11 de noviembre de 1983.

Constituye este el primer intento a nivel internacional para regular el hecho de la esclavitud como una de las prácticas más detestables de la humanidad; debemos tomar en cuenta que en esta época ni siquiera se contaba con la existencia de la O.N.U., por lo que dicho sea de paso, esto aumenta aún más el valor del referido convenio. En los países signatarios, de los cuales es parte Guatemala, empiezan definiendo lo que se entiende por esclavitud en los siguientes términos: "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos."; por lo que se comprometen a prevenir y reprimir esta institución en sus respectivos territorios, como también a suprimir la comercialización de esclavos, con este fin en su artículo 6 se manifiesta que "...cuya legislación no fuere en la actualidad suficiente para reprimir las infracciones de las leyes y reglamentos dictados con objeto de hacer efectivos los fines de la presente convención, se obligan a adoptar las medidas necesarias para que estas infracciones sean castigadas con penas severas". Y después se establece lo relativo a la vigencia, ratificación, resolución de conflictos, y aspectos generales y complementarios sobre la misma.

2. Protocolo para modificar la Convención Sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 26 de septiembre de 1926.

Suscrita en Nueva York el 7 de diciembre de 1953 por la Asamblea General de la O.N.U., en su resolución No. 794 (VIII); entró en vigor el 7 de diciembre de 1953 de conformidad con su artículo III; Guatemala la aprobó mediante el mismo Decreto y en el mismo acto que la Convención anteriormente analizada.

El único cambio que persigue enmendar este protocolo, es la sustitución que se hace por parte de la Organización de las Naciones Unidas, con respecto de todos los derechos y obligaciones que se le encomendaban en dicha convención a la sociedad de las naciones.

3. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud:

Adoptada por una conferencia de plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de fecha 30 de abril de 1956; entró en vigor el 30 de abril de 1957 de conformidad con su artículo 13; fue aprobada por el Decreto Ley 111 en la misma fecha que las dos anteriores, en un mismo acto.

Manifiesta en su preámbulo que pese a los esfuerzos internacionales y a los instrumentos jurídicos de carácter internacional que tutelan la libertad y reprimen la esclavitud, ésta no ha logrado detenerse, por lo que se decidió realizar esta nueva Convención a fin de desterrar la esclavitud de una vez por todas, y evitar que sea sustituida por prácticas que, bajo otro nombre y otra forma, intentan idénticamente la supresión del valor inalienable que constituye la libertad. Inicia dicho instrumento refiriéndose a todas estas prácticas análogas a la esclavitud, que de forma solapada habían intentado implementarse y que de una u otra forma conllevan el mismo ataque al valor libertad de todas ellas, sin duda por

ser una de las que más se da en latinoamérica y por ende en Guatemala, nos permitimos comentar la contenida en el artículo 1 inciso b) la que textualmente dice "la servidumbre de Gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a éste, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición"; y se define igualmente que toda persona que se encuentre en esta situación se le considera en CONDICION SERVIL (art. 7 inciso b). Esta en nuestros pueblos centro y latinoamericanos se ha dado desde el mismo momento del descubrimiento y la colonización, pues desde aquellas épocas se daban los famosos Repartimientos de Indios 12/ y las no menos comunes Encomiendas que como comentara acertadamente Severo Martínez Peláez, "el Repartimiento primitivo encubría una forma de esclavitud". 13/ De esa época en adelante, la situación no cambió gran cosa para los indígenas en nuestro país, durante la Reforma liberal de Justo Rufino Barrios, creó a través de su legislación laboral las bases para la retención de los indígenas en las fincas cafetaleras de la época mediante el endeudamiento forzoso y la retención por deuda, así como la remisión de mano de obra cuando estos la necesitaran en mayor número 14/. Posteriormente Reyna Barrios (1893) perfeccionó dichas normas; después, durante el período del General Jorge Ubico Castañeda se promulgó la discutidísima "LEY CONTRA LA VAGANCIA", que entre sus penas contenía el trabajo en obras públicas, o en su caso conmutable por

12/ REPARTIMIENTO: "Uso Colonial que implicaba el reparto de cosas entre personas, y también de personas entre sí." SEVERO MARTINEZ PELAEZ. Algo sobre Repartimientos. Pag. 3

13/ "Algo sobre Repartimientos", IBIDEM, Departamento de Publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas, U.S.A.C. Pag. 3

14/ "Reglamento de Jornaleros" éste rigió durante este período presidencial.

trabajo como jornalero en fincas particulares. Puede afirmarse, con pleno respaldo por los historiadores de nuestra tierra, que el trabajo forzado de los indígenas como institución estatal, no fue abolido en nuestro medio sino, hasta la Revolución de Octubre de 1944, la cual emitió el 23 de marzo de 1945 el Decreto Legislativo que suprimió el envío de habitantes a las fincas cafetaleras, so pretexto de un servicio público, o como un castigo a la vagancia de los mismos. Posterior a esto, después de la Contra-Revolución, nuestros gobernantes abolieron muchas de las reformas del régimen revolucionario, y aunque legalmente no se reimplantó la esclavitud, -el servilismo y el trabajo forzado, las mismas cadenas de un subdesarrollo feudal, han mantenido sumidos a nuestros pueblos indígenas en un "estado servil", que se acopla perfectamente al descrito en el Convenio que se comenta.

d) LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA: PROTECCION DE PERSONAS SOMETIDAS A DETENCION O PRISION.

El presente apartado de tratados internacionales, reviste particular distinción, entre todos aquellos otros anteriormente analizados, pues constituye un esfuerzo especialmente realizado por la Organización de Naciones Unidas, por recopilar un conjunto de principios mínimos y de garantías básicas que si bien no constituyen un modelo penitenciario obligatorio, sí pretende inspirar a todos los Estados para lograr centros penitenciarios que en una buena forma cubran los requisitos mínimos propios de la condición de seres humanos que guardan las personas en ellos reclusos. Los analizaremos uno por uno en virtud de dos poderosas y especiales circunstancias:

1. En nuestro medio jurídico, hasta el momento del presente trabajo, el Derecho Penitenciario o Ejecutivo, como parte integrante y fundamental de las ciencias penales, todavía no goza de una independencia del Derecho Penal sustantivo o material, no contando tan siquiera con un Código de normas propias, por lo que tal deficiencia, es escuetamente sustituida por nuestros gobernantes, con la emisión de Reglamentos carcelarios y disposiciones ministeriales (ya que es la cartera

de Gobernación la encargada por excelencia de la ejecución penal de las condenas impuestas a los penalmente responsables).

2. La protección que el Estado y las leyes deben dar a los habitantes de un país, incluye también a todas aquellas personas, que aunque han atacado el Estado de derecho del mismo, no por eso pierden su condición de seres humanos, y por lo tanto el derecho de gozar de aquel grupo de garantías y facultades mínimas que les permitan cumplir su castigo en forma digna con la plena certeza de que no por su condición de prisioneros, serán destinados encima de sufrir de la restricción de bienes jurídicos tan preciados, como es el caso de la libertad, de los demás que les asisten como el caso de la vida, la integridad física y mental, la igualdad, la seguridad, etc.

Por las dos razones antes expuestas, y aunque en una forma bastante superficial, por no ser este el tema de la presente tesis, se hará una breve reseña a cada uno de los instrumentos que integran el apartado de la Recopilación de la O.N.U. que sirve de sustrato a esta parte de la investigación, dejando de una vez plasmada la inquietud para cualquier persona que lea la presente a efecto que en un trabajo similar al presente, o de preferencia en otro tipo de investigación jurídica se ahonde más en la investigación de estos aspectos tan desconocidos en nuestro medio, y que con tanta avidez necesita implementar nuestras autoridades carcelarias.

1. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos:

Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de fecha 31 de julio de 1957; y 2076 (LXII) de fecha 13 de mayo de 1977.

Este instrumento se encuentra dividido en tres partes:

1) Observaciones preliminares: que comprende una serie de advertencias sobre el carácter meramente informativo de

estas reglas, así como que las mismas deben ser adaptadas a las particulares características de cada país, así como el hecho de que las mismas pueden y deben ser superadas en base a las experiencias prácticas de cada Estado. 2) Primera parte: Reglas de aplicación general: que contiene las reglas concernientes a la administración general de los establecimientos penitenciarios, y es aplicable a todas las categorías de reclusos, criminales o civiles en prisión preventiva, incluso aquellos que sean objeto de una medida de seguridad o una medida de reeducación ordenada por el juez. 3) La Segunda parte: Reglas aplicables a categorías especiales: que contiene las reglas que no son aplicables más que a las categorías de reclusos a que se refiere cada sección. Sin embargo, las reglas de la sección A, aplicables a los reclusos condenados, serán igualmente aplicables a las categorías de reclusos a que se refieren las secciones B, C y D, siempre que no sean contradictorias con las reglas que las rigen, y sean provechosas para estos reclusos. Y aunque este instrumento no está destinado a la organización de establecimientos para delincuentes juveniles, asimismo ellos expresan que la primera parte de estas reglas a las cuales anteriormente hicimos referencia también podría ser aplicable a esos establecimientos, aunque posteriormente recomiendan que dichos delincuentes juveniles no deberían ser sometidos a penas de prisión.

1.A) Primera parte

REGLAS DE APLICACION GENERAL:

1.a.1. Principio Fundamental:

Este que es el inicio y el fundamento de tales reglas puede resumirse en dos premisas: 1) Todas las reglas que aquí se enuncian deben aplicarse a los reclusos sin ningún tipo de prejuicios, ni discriminación por ningún motivo (raza, color, sexo, religión, opinión política, fortuna, nacimiento etc.); y 2) Respetando únicamente las creencias religiosas y morales del grupo social a que cada recluso pertenezca.

1.A.2. Registro:

En todo centro de prisión o detención debe llevarse con claridad y orden: en registros debidamente empastados y foliados, en forma separada para cada detenido los siguientes datos:

- a) Su identidad
- b) Los motivos de su detención y autoridad competente que lo dispuso.
- c) El día y hora de su ingreso y de su salida

*Ninguna persona podrá ser admitida en un establecimiento sin una orden válida de detención, cuyos detalles deberán ser consignados previamente en el registro.

1.A.3. Separación de Categorías:

Sobre este punto, se sigue la teoría general de que todos los reclusos o todas las personas detenidas deben ser agrupadas según su sexo, edad, sus antecedentes, motivo de detención y tratamiento a aplicarle en centros o locales particulares estableciéndose los siguientes enunciados.

- "a) Los hombres y las mujeres deberán ser reclusos hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de los locales destinados a las mujeres deberá estar completamente separado;
- b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena.
- c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracciones netamente penales.
- d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos."

Como podemos observar, en nuestro país hasta hace poco tiempo se empezó a cumplir con lo preceptuado en el inciso b), si bien sí se ha cumplido con lo que enmarca el a); todavía sigue existiendo muy poco espacio físico destinado a los centros de detención y también un evidente descuido y una gran falta de atención para los mismos, circunstancias que han conllevado que no se pueda cumplir con la clasificación y separación de los reos y personas detenidas en una forma más técnica.

1.A.4. Locales destinados a los reclusos:

"a.1) Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupadas más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual.

a.2) Cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Por la noche, estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate.

b) Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen del aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación.

c) En todo local donde los reclusos tengan que vivir o trabajar:

a) Las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial;

b) La luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista.

c) Las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente.

d) Las instalaciones de baño y de ducha deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o una ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado.

e) Todos los locales frecuentados regularmente por los reclusos deberán ser mantenidos en debido estado y limpios."

1.A.5. Higiene personal:

Se prevé entre estas normas que debe proporcionársele a los reclusos los medios necesarios para su aseo y decoro personal a efecto de conservar su salud y auto estima; deberá incluso de facilitárseles medios para que puedan rasurarse.

1.A.6. Ropas y cama:

Dentro de este grupo de reglas encontramos las que a continuación se presentan copiadas en forma textual del referido convenio:

"1) Todo recluso a quien no se permita vestir con sus propias prendas recibirá las apropiadas al clima y suficientes para mantenerle en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes.

2) Todas las prendas deberán estar limpias y mantenidas en buen estado. La ropa interior se cambiará y lavará con la frecuencia necesaria para mantener la higiene.

3) En circunstancias excepcionales, cuando el recluso se aleje del establecimiento para fines autorizados, se le permitirá que use sus propias prendas o vestidos que no llamen la atención.

* Cuando se autorice a los reclusos para que vistan sus propias prendas, se tomarán disposiciones en el momento de su ingreso en el establecimiento, para asegurarse de que están limpias y utilizables.

* Cada recluso dispondrá, en conformidad con los usos locales o nacionales, de una cama individual y de ropa de cama individual suficiente; mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza."

1.A.7. Alimentación:

En este apartado se consagra que los reclusos deben recibir por parte de las autoridades de los centros en donde se encuentran guardando prisión, una alimentación nutritivamente adecuada a las horas acostumbradas, así como deberán tener la posibilidad de abastecerse de agua potable según lo necesiten; dichas condiciones son por demás deficientes en nuestro sistema, en virtud que no sólo la alimentación es inadecuada y de subsistencia sino que también, el problema del agua potable es lamentable, pues muchas veces ni la población civil cuenta con tal vital líquido para su consumo, ya no digamos las entidades estatales tales como hospitales, centros de salud y por supuesto, prisiones y centros de detención preventiva.

1.A.8. Ejercicios Físicos:

A este respecto se preceptúa que debe establecerse en los centros referidos, todo el equipo necesario para que los reclusos practiquen ejercicio físico o deporte, para lo que el centro debe darles tiempo, lugar, equipo e inclusive educación adecuada para el desarrollo de tales actividades.

1.A.9. Servicios Médicos:

Por ser este conjunto de reglas las que contienen los principios relativos al Derecho de los reclusos para poder mantener o recobrar en su caso la salud que garantice su vida e integridad personal, procedo a transcribirlas directamente del instrumento que se analiza:

"22. 1) Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales.

2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y tratamientos adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional.

3) Todo recluso debe poder utilizar los servicios de un dentista calificado.

23. 1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento.

2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los

niños cuando no se hallen atendidos por sus madres.

24. El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto como sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo.

25. 1) El médico estará encargado de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención.

2) El médico presentará un informe al Director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión.

26. 1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a:

a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos.

b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos;

c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento.

d) La calidad y el aseo de las ropas y de las camas de los reclusos.

e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un

personal no especializado.

2) El Director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico según se dispone en las reglas 25 (2) y 26, y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones."

Como se logra observar, Guatemala cumple únicamente en forma limitada con algunas de las disposiciones que rigen la materia de servicios médicos en los centros de reclusión, y en este sentido estamos bastante atrasados, para lograr no sólo la readaptación de aquella persona reclusa, sino también, muy lejos de garantizar a estas mismas personas el resguardo y la tutela que por su misma calidad de seres humanos tienen derecho.

I.A.10. Disciplina y Sanciones:

Dentro de este grupo de normas encontramos regladas todas aquellas condiciones que deben respetarse dentro del control de los reclusos y se recogen en los siguientes principios:

1) Debe aplicarse con firmeza el orden y la disciplina, pero sin que por esta causa se vulneren los derechos de las personas ahí reclusas.

2) Ningún recluso puede ejercitar funciones que conlleven el ejercicio de una facultad disciplinaria. Teniendo como única excepción de este principio el empleo de los sistemas de autogobierno.

3) Toda conducta que deba ser considerada como infracción disciplinaria, la sanción disciplinaria que debe imponerse por haber cometido la misma, así como la autoridad competente para pronunciar dicha sanción, deben estar determinadas en el Reglamento Carcelario que debe regir dichos centros.

4) No puede castigarse a ningún recluso, más que una sola vez por la misma infracción, de conformidad con la sanción prescrita en el Reglamento respectivo.

5) Ningún recluso podrá ser castigado por infracción alguna, sin antes permitírsele ejercer su derecho de defensa.

6) En caso de que el recluso no hable español deberá presentar su defensa auxiliado de un intérprete.

7) Están prohibidas como sanciones disciplinarias:
a) las penas corporales; b) El encierro en celdas oscuras;
c) cualquier otra clase de penas infamantes o degradantes.

8) Las penas de aislamiento o reducción de alimentos, sólo pueden imponerse previo de examen y certificado médico que autorice la posibilidad de aplicación de las mismas al recluso.

9) En caso de la aplicación de las sanciones mencionadas en el numeral anterior, el médico deberá visitar diariamente al recluso e informará al Director la necesidad de modificar o dar término a dicha sanción en su caso.

1.A.11. Medios de coerción:

En este apartado se señala que todo medio de coerción que pueda causar daño físico (esposas, cadenas, grillos, grilletes, camisas de fuerza, etc.) NUNCA deben ser aplicados, en un centro de reclusión. Así también se establece que cualquier otro medio de coerción sólo se aplicará cuando sea necesario como modo de prevenir fugas en traslados de reclusos, por razones y bajo indicaciones médicas, como medida extrema en caso de que una persona no pueda ser sometida al orden o para evitar que dañe a otra o a ella misma, o también si se teme que produzca daños materiales. Finalmente se establece que:

"El modelo y los métodos de empleo autorizados de los medios de coerción serán determinados por la administración peniten-

ciaria central. Su aplicación no deberá prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario."

1.A.12. Información y derecho de queja de los reclusos:

En estas normas se encuentra establecido que el recluso desde que entra debe ser informado del Reglamento Interior del centro, así como del derecho que tiene de quejarse ante las autoridades del mismo o la Inspección superior. Estas podrán ser hechas en forma escrita o verbal, y deberán ser examinadas y respondidas en tiempo.

1.A.13. Contacto con el mundo exterior:

Entre los principios aquí postulados encontramos:

a) Todo recluso puede comunicarse, bajo vigilancia, con sus amigos y familiares, tanto por correspondencia como mediante visitas.

b) Los reclusos extranjeros pueden comunicarse con las misiones diplomáticas o consulados de sus países, y en el caso que éstas no se encuentren establecidas en el país o en el de los apátridas 15/, el de comunicarse con el Estado, persona o entidad encargada de defender sus derechos.

c) Debe informarse a los reclusos, ya sea por medios escritos (boletines, periódicos, revistas, etc.) o por medio de emisiones de radio los acontecimientos importantes que sucedan.

1.A.14. Biblioteca: Debe establecerse en los centros, bibliotecas lo suficientemente provistas de material instructivo y recreativo, conveniente para la utilización de los reclusos,

15/ Según la convención sobre el estatuto de los apátridas, suscrita por la ONU, dicho término designa a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado.

además de estimular en éstos el hábito de la lectura, la instrucción y la superación intelectual del mismo.

1.A.15. Religión: En este aspecto se regula que debe permitirse libremente el derecho de uno o varios reclusos a profesar la religión que ellos prefieran, realizar actividades y cultos según la costumbre de la misma, así como a autorizar a los pastores o directivos de dichas iglesias para que se comuniquen con los reclusos; igualmente se respeta el derecho de los reclusos a no ser visitados o inmiscuidos en contra de su voluntad en religión alguna.

1.A.16. Depósitos de objetos pertenecientes a los reclusos: Se establece que en todo centro de detención debe crearse un lugar destinado para depositar todos aquellos objetos que pertenezcan al recluso al momento de ingresar al mismo (ropa no adecuada, dinero, joyas, etc.), los cuales deberán ser recogidos e inventariados, y podrán en todo caso ser enviados o entregados a la persona que el recluso designe, debiendo entregarse contra firma de recibo por el recluso, y también que en igual forma deberá procederse con todos aquellos objetos que le sean enviados a los reclusos desde el exterior. Finalmente también se dispone que si al momento de ingresar una persona se le incautara fármacos, medicinas o estupefacientes, debe el médico decidir en el momento de su ingreso, qué deberá hacerse con ellos.

1.A.17. Notificación de defunción, enfermedades y traslados: En caso de que un recluso falleciere, enfermase o tuviera que ser trasladado a un centro especial por enfermedad física o mental, el director del Centro donde se encuentre debe avisar al cónyuge, pariente o persona designada previamente por el recluso. Debe asimismo, el director del centro, avisar a los reclusos, acerca de la muerte o enfermedad grave de un pariente cercano, pudiendo incluso, en caso de enfermedad grave, permitírsele al recluso, que vaya a visitarlo, ya sea solo o con custodio, dependiendo de su peligrosidad y antecedentes.

1.A.18. Traslado de reclusos:

"45. 1) Cuando los reclusos son conducidos a un establecimiento o trasladados a otro, se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad."

2) Deberá prohibirse el transporte de los reclusos en malas condiciones de ventilación o de luz por cualquier medio que les imponga un sufrimiento físico.

3) El traslado de los reclusos se hará a expensas de la administración y en condiciones de igualdad para todos.

1.A.19. Personal penitenciario:

Dentro de las reglas y los principios que aquí se establecen logramos sintetizar los que a continuación se detallan:

a) La administración penitenciaria será formada por personal seleccionado que reúna las características indispensables para el desempeño de su puesto (INTEGRIDAD, HUMANIDAD, APTITUD PERSONAL y CAPACIDAD PROFESIONAL); deberán gozar de la calidad de empleados públicos, estabilidad laboral, además de que se les mantenga concientizados constantemente de que su función constituye un servicio social de gran importancia para el país.

b) El personal deberá poseer un NIVEL INTELECTUAL SUFICIENTE, previo a iniciar su labor debe someterse a cursos de capacitación, y sustentar satisfactoriamente pruebas teóricas prácticas; estos cursos seguirán a lo largo de su carrera para perfeccionarlo en el desempeño de la misma.

c) Debe contarse dentro del personal con un grupo de profesionales en diversas áreas (psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, maestros e instructores técnicos), además de poderse utilizar el personal auxiliar y voluntario.

d) Con respecto al Director del establecimiento se destaca:

1) Deberá contar con capacidad administrativa; una formación adecuada y una experiencia en la materia.

2) Debe dedicarse a su función todo el tiempo sin que pueda estar sujeto a horario.

3) Debe residir en el propio centro o sus cercanías y en caso de que fuera director de varios, deberá visitarlos con frecuencia.

e) Todo el personal de Dirección del centro debe hablar la lengua de la mayor parte de los reclusos.

f) Todo el personal de los centros femeninos de detención será preferentemente del mismo sexo, y se limitará el ingreso del personal masculino lo más estrictamente posible, y en su caso con la debida compañía de funcionarios femeninos.

g) Se regula que los empleados del Centro no pueden hacer uso de la fuerza física contra los reclusos, sólo en el caso de defensa propia, para evitar una evasión o en caso de resistencia violenta a una orden legalmente emitida; que se les debe (a los empleados), proporcionar un entrenamiento físico adecuado, y que si se relacionan directamente con los reclusos no deberán portar armas.

1.A.20. Inspección: Esta norma textualmente expresa:

"55. Inspectores calificados y experimentados, designados por una autoridad competente, inspeccionarán regularmente los establecimientos y servicios penitenciarios. Velarán en particular por que estos establecimientos se administren conforme a las leyes y los reglamentos en vigor y con la finalidad de alcanzar los objetivos de los servicios penitenciarios y correccionales."

1.B) Segunda Parte: REGLAS APLICABLES A CATEGORIAS ESPECIALES:

Dentro de este apartado veremos las normas y principios básicos que rigen para todos aquellos centros en donde se encuentran reclusas personas de las comprendidas en las cuatro categorías que a continuación describiremos, conteniendo entre ellas apartados necesarios que deben tomarse en cuenta para cada categoría en especial. Así pues encontramos, primero:

A. CONDENADOS

Los principios y las reglas que a continuación se analizan tienen por objeto definir el espíritu conforme al cual deben administrarse los sistemas penitenciarios y los objetivos que los mismos deben intentar alcanzar. Tomando en cuenta que la pena de prisión, al igual que todas las demás medidas de la política criminal 16/, cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el mismo hecho de que despojan al individuo de un bien jurídico que el mismo tutela y reconoce como de primera importancia, tal y como lo es el derecho humano de la LIBERTAD, es consecuentemente justificable, que salvo las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.

El fin y la justificación de las penas y las medidas privativas de libertad son, al igual que los del Derecho Penal, proteger a la sociedad contra el crimen y rehabilitar al delincuente, fin que sólo se logra si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr en lo posible que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y

16/ El penalista GRISPIGNI, la definía como "La doctrina que estudia la actividad que debe ser desarrollada por el Estado a los fines de prevención y represión del delito." Citado por De Mata Vela y De León Velasco, "Curso de Derecho Penal Guatemalteco". Pag. 40.

proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo, pues no puede concebirse una readaptación social, sin los medios materiales eficientes para alcanzarla. Para lograr estos objetivos, el régimen penitenciario debe aplicar en la forma más individualizada posible todos los medios curativos, educativos, morales espirituales y de otra naturaleza existentes, así como de todas las formas de asistencia de que puede disponer.

De conformidad con lo anterior se puede establecer que:

a) Debe tratarse de reducir al mínimo las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida en libertad, en cuanto éstas debiliten el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona.

b) Debe dársele al delincuente, previo al fin de su condena, los medios que aseguren su retorno progresivo a la sociedad, encargándose esta función a una institución especializada en este campo.

c) Debe recalcarse en forma constante el hecho de que los reclusos no están excluidos, debido a su situación, de la sociedad, sino por el contrario que forman parte integral de ella; debe estimularse el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones del recluso con sus familias y con todas aquellas entidades de la sociedad que le puedan ser útiles.

d) El sistema de asistencia médica del centro, intentará combatir cualquier tipo de enfermedad mental o física de la cual adolezca el recluso y la cual pueda impedir o dificultar su readaptación social.

e) Se recomienda, por la individualización, que un tratamiento adecuado de readaptación social requiere, que se elabore una flexible clasificación de los reclusos en grupos, que puedan instalarse en establecimientos separados, de modo que cada grupo pueda recibir el tratamiento más adecuado.

f) En estos establecimientos deben adoptarse medidas de seguridad individuales, de acuerdo al grado de peligrosidad



del grupo de delincuentes de que se trate, ya que se ha demostrado como se plasma en el instrumento analizado, que:

"Los establecimientos abiertos en los cuales no existen medios de seguridad física contra la evasión, y en los que se confía en la **autodisciplina** de los reclusos, proporcionan por este mismo hecho a reclusos cuidadosamente elegidos las condiciones más favorables para su readaptación."

g) Se recomienda también que en los establecimientos cerrados el número de reclusos no sea muy elevado, ya que constituye un obstáculo para la individualización del tratamiento, se indica que en algunos países se establece un número máximo de 500 reclusos. En nuestro país, si bien la situación es de sobrepoblación en los centros, especialmente en Pavón han sido aminoradas con la creación de otros centros de detención paralelos a éste, no se ha visto favorecido, por tal hecho, con la individualización de los tratamientos, que en este apartado se recomienda y que muchas veces degenera como en el pasado en excesos de población que atenta contra la higiene, salud y derechos humanos de los ahí detenidos.

Finalmente, por su importancia en el tópico que se desarrolla, y por tener plena congruencia con los principios que inspiran nuestra legislación transcribimos la siguiente regla contenida en el documento analizado:

"El deber de la Sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados, capaces de prestar al recluso puesto en libertad, una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad."

A.1. Tratamiento:

El tratamiento de los condenados a una pena de prisión debe tener por objeto, inculcarles durante el tiempo que dure



la condena, la conciencia y voluntad de vivir según lo estipulado por las leyes, siendo útil a la sociedad, manteniéndose con el producto de su trabajo, desarrollándoles para ello las aptitudes necesarias, principalmente el sentido de responsabilidad.:

- a) Para ello se debe acudir a la asistencia religiosa, la instrucción básica, una orientación y formación profesionales, una guía con respecto a las posibilidades de empleo, etc.
- b) Para lograr estos objetivos, desde que el recluso ingrese al centro debe formársele un expediente con la información necesaria sobre sus antecedentes, medio social, tiempo de condena, reconocimientos médicos sobre su estado físico y mental, sus aptitudes, sus expectativas para después de su condena.

A.2. Clasificación e individualización:

"Los fines de la clasificación deberán ser:

- a) Separar a los reclusos que, por su pasado criminal o su mala disposición, ejercerían una influencia nociva sobre los compañeros de detención;
- b) Repartir a los reclusos en grupos, a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social."

Se indica asimismo, que debe disponerse de establecimientos separados, o secciones separadas dentro de una misma institución para los distintos grupos de reclusos; y que desde el momento en que ingrese una persona al centro, previo a un estudio de su personalidad y antecedentes, se le ubicará en estos grupos y se diseñará un programa individual de readaptación.

A.3. Privilegios:

"En cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos

de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe a su tratamiento."

A.4. Trabajo:

En cuanto al trabajo dentro del centro de prisión se pueden resaltar las siguientes reglas:

- a) No debe tener carácter aflictivo.
- b) Todos los condenados deberán trabajar, salvo excepciones por razones de incapacidad física o mental.
- c) Se les debe proveer de un trabajo productivo, que los ocupe el tiempo equivalente a una jornada normal de trabajo.
- d) Dicha actividad aumentará la facilidad del condenado para ganarse la vida, y en caso necesario debe dársele instrucción para que aprenda un modo de hacerlo.
- e) Debe existir, dentro del límite de lo posible, la opción del condenado a escoger el tipo de trabajo en el que se quiere desempeñar.
- f) En lo posible debe tomarse sistemas y métodos similares a los que el condenado encontraría en un trabajo normal, para prepararlo cuando esté en libertad.
- g) Dentro del centro penitenciario deben obedecerse todas las precauciones necesarias para proteger la salud y la seguridad de cualquier trabajador libre. Asimismo, se indemnizará a los condenados, en los casos de accidentes laborales o enfermedades profesionales en igual forma que en el exterior.
- h) Se deben respetar las jornadas y descansos laborales vigentes en el país, dejando tiempo para las otras áreas de la readaptación de los condenados.

- i) El trabajo debe ser remunerado de una manera equitativa.
- j) Dicha remuneración debe repartirse, para gastos personales del recluso, asistencia a la familia y un fondo para cuando obtenga su libertad. En nuestro país también se regula además de los rubros mencionados, el del pago de las responsabilidades civiles.

A.5. Instrucción y recreo:

Deberá aumentarse la instrucción de todos los condenados, incluso en el ámbito religioso, regulando además que **"la instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes será obligatoria, y la administración deberá prestarle particular atención."**; dicha instrucción debe estar coordinada con los programas vigentes y actualizados del exterior, de tal modo que pueda continuar su educación al quedar en libertad; debe igualmente coordinarse actividades recreativas de carácter cultural y deportivo, que permitan descubrir a los condenados nuevas formas de distracción.

A.6. Relaciones sociales, ayuda pospenitenciaria:

Se establece que el condenado debe mantener relaciones con su familia y con entidades que puedan ayudarlo para cuando abandone dicho centro.

Se establece asimismo que deberá existir un organismo público o privado que centralizado o coordinado con el centro de prisión pueda tener todo el acceso necesario a los establecimientos y sus representantes, podrán visitar a los reclusos todas las veces que sean necesarias, se les consultará en materia de proyectos de readaptación para cada recluso desde el momento en que éste haya ingresado al establecimiento. Dicho organismo proporcionará a los liberados, en la medida de lo posible, los documentos y papeles de identidad necesarios, alojamiento, trabajo, vestidos convenientes y apropiados para el clima, los medios necesarios para que lleguen a su destino y puedan subsistir el período que siga inmediatamente a su liberación.

B. RECLUSOS ALIENADOS Y ENFERMOS MENTALES:

Recordando lo ya expresado, en el sentido de que todas las reglas vistas en la categoría "A", son adaptables a las demás categorías que se verán, exponemos las propias de la presente, las cuales son:

a) Los alienados 16/ no deberán ser reclusos en prisiones, inmediatamente se les trasladará a hospitales de enfermos mentales.

b) Los reclusos que sufran de otro tipo de anormalidades o enfermedades mentales distintas a la mencionada anteriormente, deberán ser internados en establecimientos especiales. Tanto los primeros (alienados) como los aquí mencionados, durante el tiempo que se encuentren en el Centro Penitenciario deberán estar bajo vigilancia médica, la cual también incluirá y dará tratamiento a los otros condenados que padezcan algún tipo menor de enfermedad mental.

c) Convendrá también que se tomen las medidas necesarias, para que los organismos pertinentes, de ser necesario, continúen el tratamiento psiquiátrico después de la liberación y se asegure una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico.

C. PERSONAS DETENIDAS O EN PRISION PREVENTIVA

El presente apartado, empieza definiendo lo que debe entenderse por el término ****ACUSADO****, en la forma siguiente: "...toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada.", consagrando luego el principio de PRESUNCION DE INOCENCIA, por lo cual deben respetarse las siguientes reglas:

16/ Alienado: Utilízase como sinónimo de persona demente o enfermo mental. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Tomo I. Pag. 55.

- a) Los acusados deben ser mantenidos separados de los reclusos condenados.
- b) Los acusados jóvenes serán separados de los adultos.
- c) Deberán dormir en celdas individuales.
- d) Pueden alimentarse por su propia cuenta y podrán vestir sus propias ropas, en caso de que se les uniformara, será un vestido distinto del que se usa para condenados.
- e) No será obligado a trabajar, pero si lo hiciere se le remunerará, se le permitirá procurarse libros, periódicos o revistas así como cualquier otro medio de distracción. Se le autorizará ser visitado por sus familiares y amigos, así como asistirse si lo necesitare de su propio médico o dentista.
- f) Se le deberá proveer de defensor de oficio en caso de que no tenga uno particular, éste podrá visitarlo y sus conversaciones serán realizadas bajo la más estricta reserva.

D. SENTENCIADOS POR DEUDAS O A PRISION CIVIL.

Dentro de esta sección, encontramos reglas que se deben aplicar a todas aquellas personas que son sometidas a prisión, ya sea por deudas o por cuestiones de tipo civil; en el caso de Guatemala, debemos principiar señalando, que la prisión por deudas está constitucionalmente prohibida, ya que en el artículo 17 de nuestra Carta Magna, en su última línea expresa: "no hay prisión por deuda.", con lo cual vemos que queda vedada la posibilidad de someter a una persona a prisión por dicha causa; con respecto a la otra causal, prisión civil, si bien en nuestra legislación se contempla que sólo sufrirá dicha pena el que cometa acciones u omisiones que estén previamente sancionadas como delitos o faltas por ley anterior a su perpetración, es de hacer notar que dentro de ese catálogo de figuras delictivas se encuentran algunas que serenamente no encuentran sustrato dentro de lo que puede concebirse como una conducta delictiva. Dentro de éstas, como ejemplo, podemos citar la contenida en el artículo 242 del actual Cód-

go Penal "Negación de Asistencia Económica" el cual no es más que una forma de someter a prisión a todas aquellas personas que no quieran, o que con más frecuencia no puedan cumplir con la obligación de pagar ciertas cuotas fijadas en calidad de alimentos; al respecto algunos autores comentan:

"En nuestro país hay un desarreglo socioeconómico, por medio del cual aparecen este tipo de delitos, que son, según pensamos, creación legislativa porque si la gran masa popular soporta una servidumbre, está condenada a la miseria, a la desocupación como puede pedirse entonces, a un pueblo generalmente desempleado que cumpla con obligaciones que en gran parte se crean por esos desajustes económicos ajenos a la intrínseca naturaleza humana." 17/

Hecha la observación anterior, continuamos analizando el instrumento en cuestión, el cual indica que para todos aquellos países en cuyas legislaciones se disponga todavía de la prisión por deudas u otras formas de prisión dispuestas por decisión judicial como consecuencia de un procedimiento no penal, los así sentenciados no deberán ser tratados con mayor severidad que aquella necesaria para el mantenimiento del orden, se les dará el mismo tratamiento que a los acusados a reserva, salvo la circunstancia especial del sometimiento a algún régimen de trabajo.

2. Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La presente declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1975, resolución 3452 (XXX). Mediante la resolución antes mencionada se aprobó la Declaración que consta de doce artículos, los cuales encierran los preceptos siguientes:

17/ De Mata Vela y De León Velasco, Op. Cit. Pag. 501

a) La definición de que, por TORTURA debe entenderse: "...todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras." al mismo tiempo establece que, el hecho de privar a una persona de su libertad, o los sufrimientos derivados o incidentales de ésta, cuando ha sido impuesta como pena por un hecho delictivo, siempre que se cumplan las reglas mínimas que norman lo relativo a ésta, no podrán considerarse como actos de tortura.

b) Establecen que todo acto de tortura, o pena cruel o degradante, constituye una violación a la Declaración Universal de Derechos Humanos y no se aceptará ninguna justificación para que las mismas se realicen por cualquier Estado.

c) Todo Estado deberá tomar las medidas necesarias para evitar estas prácticas, así como deberá igualmente adiestrar a la policía y funcionarios encargados, para que no caigan en estas prácticas, so pretexto de mantener el orden y la tranquilidad social.

d) Los Estados deberán examinar sus métodos de interrogación en las investigaciones criminales que realicen.

e) El artículo 7 de la referida declaración expresamente indica que "Todo Estado asegurará que todos los actos de tortura definidos en el artículo 1 constituyen delitos conforme a la legislación penal. Lo mismo se aplicará a los actos que constituyen participación, complicidad, incitación o tentativa para cometer tortura."

f) Se establece que la víctima de torturas o prácticas análogas, tendrá derecho a que su caso sea examinado imparcialmente por las autoridades competentes.

g) En caso de sospecha, por la comisión de un acto de

los aquí descritos, los Estados deberán, de oficio, iniciar la investigación correspondiente. En caso de comprobarse tales hechos, deberán iniciarse las acciones correspondientes, y si se trata de funcionarios públicos deberá concederse a la víctima reparación o indemnización por tales actos.

h) Finalmente el artículo 12 preceptúa que ningún tipo de declaración que se obtenga por medio de tortura u otras prácticas análogas, podrá ser valorada como prueba contra la persona involucrada o alguna otra, dentro de cualquier procedimiento.

30. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes:

Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en su resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor el 26 de junio de 1987, de conformidad con lo preceptuado en su artículo 27 numeral 1).

En sus considerandos se menciona que en base a lo establecido en la Carta Constitutiva de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y la Declaración contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, emitida también por dicho organismo, debía emitirse la presente convención, en la cual se consagran los siguientes postulados;

a) Se entiende por el término Tortura, "todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas

los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas."

b) Se establece, que la presente Convención se entenderá sin perjuicio de cualquier otro tipo de regulación legal que exista en los países, cuando dichas normas contengan disposiciones de mayor alcance que las aquí comprendidas.

c) Los Estados parte se obligan a adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de Gobierno que sean necesarias para evitar las prácticas ya mencionadas, sin que pueda darse ningún tipo de circunstancia excepcional que pueda justificarlas, y además se establece que en caso de cometerse no podrá esgrimirse la obediencia de una orden emanada por un superior como justificación de dichas actividades.

d) Contempla la presente convención (art.3), que si existen motivos que puedan hacer asumir a un Estado que una persona puede ser torturada por otro, éste no debe autorizar o conceder su expulsión, devolución o extradición. Para esto el Estado solicitado, deberá tomar en cuenta todas las circunstancias del Estado solicitante, incluso el de que éste se encuentre sindicado de constantes violaciones a las garantías mínimas de su población.

e) Se regula igualmente, que deberá instituirse como delitos todos los tipos de tortura o prácticas análogas, sancionando con gravedad los mismos, en cualquiera de sus formas de participación.

f) Se regula que las personas sindicadas de haber cometido los delitos anteriormente referidos, serán extraditables, o en su caso, susceptibles de ser procesadas en los países en que se encuentran; que se cooperará con cualquier otro Estado, remitiendo la prueba que se tuviere y que pudiere servir para la justa aplicación de la ley.

g) Se preceptúa asimismo, que se debe revisar periódicamen-

te los métodos y prácticas de interrogatorios, custodia y tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión a fin de evitar cualquier tipo de tortura; y siempre que hayan motivos racionales para creer que tal atropello ha sido cometido, debe procederse a una investigación pronta e imparcial; garantizando a la vez, que cualquier persona que haya sufrido esta vejación tenga derecho a presentar una queja, y se les protegerá tanto a ellos como a los testigos de cualquier forma de intimidación por la denuncia o el testimonio efectuado, garantizando además una justa indemnización o reparación, en donde se incluirá los medios de rehabilitación de la víctima y en caso de la muerte de ésta, las personas a su cargo tendrán derecho a esta indemnización.

h) El artículo 15 literalmente expresa que "Todo Estado parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

i) De la misma forma y con los mismos efectos, deberán ser sancionados todos aquellos actos que sin llegar a ser tortura, constituyan tratos o penas crueles contra las personas, cuando estos actos sean cometidos por funcionarios públicos o por otras personas a instigación o con consentimiento de estos.

Finalmente, en el articulado restante, se reglamenta la creación de un Comité contra la tortura, que velará por la erradicación de este problema social, sus fines, composición, atribuciones, facultades, etc.

4o. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

Dentro del esquema de los Derechos Humanos, una de las principales funciones y razón de ser de los mismos, si no la primordial, ha sido sin lugar a dudas, la de limitar

el daño que por abuso o exceso de poder puedan cometer las personas que forman el gobierno de un país determinado; y ha tenido tanta importancia esta preocupación, que todos los esquemas de protección y promoción de los mismos, han consagrado los mecanismos necesarios para intentar combatir estas violaciones. Inmerso en esa preocupación, encontramos el presente documento, el cual constituye un intento de la Organización de Naciones Unidas por dotar a los países miembros de un cuerpo legal, que contemplando las garantías fundamentales, sirva de base a todas aquellas autoridades que tienen por función la aplicación de la ley. De este modo, y basándose en todos los instrumentos anteriormente analizados, la Asamblea General de la O.N.U., adoptó mediante su resolución número 34/169 de fecha 17 de diciembre de 1979 el Anexo que contiene el código de conducta que a continuación se analizará. Previamente a ello, por ser este un cuerpo legal de carácter eminentemente deontológico, ilustrativo y factible de aplicar por todos los Estados del mundo, fue redactado buscando cumplir con dichos fines, y para ello muchos de sus términos fueron expresamente delimitados en su contenido y en su alcance, por lo que para preservar su esencia y teniendo en cuenta su breve articulado, se transcribirán textualmente cada una de sus normas (ocho en total), haciendo posteriormente todas las observaciones pertinentes que permitan comprender su espíritu. Así pues, tenemos:

"Artículo 1

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión".

Comentario:

Por *funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* se entiende a todos los funcionarios, nombrados o elegidos que ejercen funciones de policía, especialmente las de arresto

o detención, en nuestro país. Esto comprendería a las distintas fuerzas de seguridad civil que existen (Policía Nacional, Guardia de Hacienda, Cuerpo de Detectives, etc.). Al hablar de protección contra *actos ilegales* se habla de protección en contra incluso de personas que no pueden incurrir en responsabilidad penal, como por ejemplo los actos realizados por los menores de edad o las personas alienadas.

Artículo 2

"En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas."

Comentario:

Sobre esta norma, lo principal en entender, es que los Derechos Humanos que deben mantener y defender las autoridades policíacas son todos aquellos enunciados y protegidos por la legislación nacional e internacional. En Guatemala, por ejemplo, la Constitución Política de la República de Guatemala consagra el total respeto a los derechos humanos, y los tutela y enumera en su parte dogmática; en el ámbito internacional, como ya vimos los documentos e instrumentos que se han suscrito al respecto son innumerables, tanto en el ámbito mundial como en el regional.

Artículo 3

"Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas".

Comentario:

En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe

ser **excepcional**, es decir únicamente cuando sea estricta y racionalmente necesaria, situación que en nuestro medio no se dá, llegando incluso a extremos de abuso de poder tan irracionales, como lo constituye el uso de la fuerza contra manifestaciones civiles, en donde no se toma en cuenta, ni se respeta el hecho de que muchas veces ese grupo civil que se reprime está formado en su mayoría por mujeres y niños totalmente indefensos y que no representan peligro como para ser atropellados de tal forma, situaciones que enlutan y horrorizan el marco de los Derechos Humanos en Guatemala; como ejemplos de dichas actitudes en nuestro medio encontramos el lamentable hecho ocurrido el 11 de abril de 1992, entre la fuerza de seguridad "HUNAPU" y estudiantes de la Universidad de San Carlos de Guatemala que preparaban las carrozas para el tradicional desfile de la Huelga de Dolores, en el cual fue muerto un estudiante; meses más tarde, el 21 de julio del mismo año, el absurdo y repudiado despliegue de fuerza realizado por el Pelotón Antimotines de la Policía Nacional contra campesinos de Cajolá que realizaban una manifestación pacífica en la plaza central, situación en la que se procedió, ante las cámaras de periodistas nacionales e internacionales, a vapulear indiscriminadamente a mujeres, niños, hombres y viejos en forma totalmente brutal y arbitraria.

"Artículo 4.

Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario."

Comentario:

En cuanto a esta norma, su finalidad primordial es evitar que la información que obtienen las autoridades sobre personas sindicadas o en investigación por ciertos hechos, no trascienda y pueda afectarles en su medio social de vida, y esto es

congruente con todos los demás tratados internacionales por que busca proteger a las personas en todo el sentido de la palabra, y deberá ser tomado en cuenta principalmente por los relacionistas y voceros de las instituciones policíacas y de gobierno, que muchas veces, más por un afán de auto publicidad que por un verdadero respeto al derecho de información, revelan datos que estando en investigación aún, pueden damnificar el honor, el crédito o las relaciones de los particulares o funcionarios implicados.

"Artículo 5.

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes."

Comentario:

Esta prohibición dimana de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ya comentada en este capítulo, por lo cual únicamente se resalta el significado que para este código adopta el término *tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* el cual literalmente dice "...pero deberá interpretarse que extiende la protección más amplia posible contra todo abuso, sea físico o mental."

"Artículo 6.

"Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia, y en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar

atención médica cuando se precise."

Comentario:

La *atención médica*, que se refiere a los servicios que presta cualquier médico colegiado o paramédico cuando se necesite o se le solicite, y las autoridades deben tomar en cuenta su opinión sobre recomendaciones profesionales de tratamientos específicos para el cuidado de los detenidos.

"Artículo 7.

"Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán."

Comentario:

Cualquier acto de corrupción al igual que cualquier tipo de abuso de poder, es incompatible con la calidad de funcionario encargado de hacer cumplir la ley, y es por eso que toda política de lucha contra la criminalidad que emprenda un Estado deviene en ser utópica, si previamente no principia depurando sus propias estructuras y personal de aplicación de las reformas que se pretenden imponer, ya que los gobiernos no pueden pretender hacer cumplir la ley a sus ciudadanos si no pueden o no quieren, aplicarla contra sus propios agentes y en sus propios organismos. Aunque dejan al arbitrio del derecho nacional la delimitación de lo que debe entenderse por CORRUPCION, definen que "...debe entenderse que abarca tanto la comisión u omisión de un acto por parte del responsable, en el desempeño de sus funciones o con motivo de éstas, en virtud de dádivas, promesas o estímulos, exigidos o aceptados, como la recepción indebida de éstos una vez realizado u omitido el acto. c) Debe entenderse que la expresión *acto de corrupción* anteriormente mencionada abarca la tentativa de corrupción".

Artículo 8.

"Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán la ley y el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance por impedir toda violación de ellos y por oponerse rigurosamente a tal violación.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del presente Código informarán de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas."

Comentario:

Se estipula que el presente Código deberá aplicarse en el caso de que no se tenga legislación interna que regule los aspectos aquí normados, pero a la vez se establece que si existe y es más estricta, y tutela en mejor forma lo aquí reglamentado se aplicará ésta y no el referido Código. El término *autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas* se refiere a toda autoridad o todo organismo existente con arreglo a la legislación nacional, ya forme parte del órgano de cumplimiento de la ley, o sea independiente de éste, que tenga facultades estatutarias o de otra índole por examinar reclamaciones y denuncias de violaciones dentro del ámbito del presente Código. 17/

5. Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte:

Dentro del fascinante mundo del Derecho Penal, más concretamente en la Teoría General de la Pena, en el campo

17/ Si este Código se aplicara en Guatemala, la principal entidad fiscalizadora, por tratarse de Derechos Humanos, sería la Procuraduría de Derechos Humanos.

de los Derechos Humanos y los Organismos que tienen relación con ellos, y en general en la mente y corazón de los distintos hombres en las distintas naciones, siempre ha sido motivo de polémica y discrepancia la existencia y aplicación de la pena capital como sanción que el Estado impone al infractor de las leyes penales. Desde el hecho mismo de su nominación encontramos criterios divergentes, pues si bien se le conoce comúnmente como PENA DE MUERTE, otros autores, con argumentos igualmente valederos opinan que "la pena capital: mal llamada también pena de muerte, ya que realmente es una condena a muerte porque lo que en realidad se priva al delincuente condenado a ella es la vida...". 18/

Para entender de una mejor forma lo relacionado con este punto, se sintetizará las distintas tesis que en la doctrina se han planteado acerca de este particular tópico, enfocándolas desde el punto de vista estrictamente jurídico.

1. **TEORIA ABOLICIONISTA:** Sostenida por pensadores como César Beccaria y Voltaire entre otros, indica que no se justifica la aplicación de tal medida, en virtud que la experiencia histórica de su utilización ha demostrado que carece de efectividad intimidativa, pues su aplicación no ha disminuído nunca la delincuencia en un país, y por el contrario, su abrogación tampoco ha provocado aumento alguno de hechos delictivos en las naciones que han adoptado tan acertada medida. Su misma naturaleza la convierte en una sanción eliminativa, irreparable, indivisible e improporcionable, situaciones todas que la convierten en una salida arbitraria pues si por uno de los muchos errores de que adolece el sistema judicial o quienes lo ejercen, dicho mal se le aplica a un inocente no hay forma de revertir el daño causado. Además que se aleja del fin rehabilitador y correctivo del Derecho Penal moderno.

18/ De Mata Vela, J.F. y De León Velasco, H.A. Ob. Cit. Pag. 254.

2. **TEORIA ANTIABOLICIONISTA:** Postulada por la mayoría de autores y países en la antigüedad, contó entre sus principales expositores a Santo Tomás de Aquino, entre sus argumentos principales se encuentran, que es un medio legítimo de defensa que el Estado emplea contra aquel que lo ataca o ataca a terceros a los que tiene el deber de defender, que es un procedimiento que asegura la selectiva eliminación de seres nocivos para la sociedad, y que evita también el hecho de que el Estado tenga que invertir recursos en delincuentes que de no ser eliminados se verían reducidos a largas condenas, y que es una equitativa retribución para todos aquellos delincuentes que han cegado la vida de otra u otras personas.

3. **TEORIA ECLECTICA:** Basándose en determinados criterios de las dos tesis expuestas anteriormente ha surgido esta tercera postura que procura adquirir un justo balance, indicando que dicha medida (la supresión de la vida) sí debe aplicarse, pero sólo cuando se trate de delitos de gran magnitud, por hechos que demuestren plenamente la culpabilidad y participación del condenado, ejecutándola de la manera menos dolorosa y con la mayor reserva.

Nuestra legislación penal contempla la aplicación de dicha medida, aunque en forma limitada, y en virtud que durante el año 1992, fue muy solicitada su aplicación para varios casos concretos, de los cuales algunos todavía están resolviendo los recursos legales que permitan conmutar dichas sentencias, y considerando que la VIDA, es el valor jurídico supremo, y un derecho humano tutelado de forma universal, es propicio que en este trabajo se haga acopio del presente instrumento que norma todo lo relativo al respecto.

Este instrumento fue aprobado por el Consejo Económico y Social en su resolución 1984/50 de fecha 25 de mayo de 1984, y contiene los siguientes principios:

a) Solamente podrá ser aplicada la pena de muerte, por aquellos Estados que todavía la conserven, a los delitos intencionales que tengan consecuencias fatales o extremadamente

graves.

b) Sólo podrá aplicarse dicha pena si en el momento en que se cometió el delito, éste era el castigo para el mismo, sin olvidar que en caso de que con posterioridad al hecho dicha pena hubiere sido cambiada por otra menor, en consonancia con el Principio de Retroactividad de la ley penal más benigna, se aplicará la que más favorezca al reo.

c) No se aplicará a inimputables (menores de 18 años y personas que adolezcan de enfermedad o retardo mental), ni tampoco a mujeres embarazadas o que acaban de dar a luz recientemente.

d) Sólo podrá aplicarse dicha medida, con base en una sentencia judicial dictada por un órgano competente, después de haberse realizado un proceso justo y respetuoso de todas las garantías procesales internacional y jurídicamente aceptadas.

e) Es un derecho inalienable del condenado a muerte, el apelar ante un órgano superior el fallo, e incluso a buscar por cualquier medio factible el indulto o la conmutación de la pena.

f) No podrá aplicarse dicha pena, hasta que el fallo se halle firme, y para su ejecución deberá utilizarse el medio que cause el menor sufrimiento posible al condenado.

6. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Como podrá observarse, este apartado de la legislación emitida por la O.N.U. en materia de derechos humanos, ha tratado consecutivamente las garantías del delincuente, las obligaciones y normas que los funcionarios que aplican la ley a éstos, y ahora mediante la presente Declaración se regulará lo relativo a aquellos sujetos sobre los que recae la acción delictiva, incluso la del mismo Estado cuando cae en el abuso de poder. Consideramos que es necesario ahondar

más en este campo, tan descuidado por mucho tiempo, ya que si observamos la historia del Derecho Penal podremos comprobar que éste ha girado en torno al delincuente y al delito, pero poco se ha ocupado del principal afectado en estos hechos, la víctima; en nuestro medio jurídico, la situación se torna aún más apática, puesto que nuestra disciplina en términos generales se encuentra muy atrasada en relación al avance que la misma tiene en otras partes del mundo (Alemania por ejemplo), y esto se ve reflejado en nuestro mismo sistema normativo penal, pues nuestro actual Código contiene todavía claros resabios de la Escuela Positivista del Derecho Penal, ampliamente superados hoy por los tratadistas y estudiosos de esta ciencia.

Recomendada para adopción, por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su resolución número 40/34, de fecha 29 de noviembre de 1985. Y en el mismo se norman los siguientes principios:

A. LAS VICTIMAS DE DELITOS

A.1) Aspectos Generales:

Se empieza definiendo lo que debe entenderse por el término víctima, de la siguiente forma:

"Se entenderá por ****víctimas**** las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder."

Se explica además que independientemente de que se capture al causante del delito, sin importar si éste es pariente o no del sujeto pasivo, incluyéndose a la vez

en la expresión 'víctima' a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir el acaecimiento del hecho delictivo. Las normas contenidas en esta resolución deberán ser aplicadas por los Estados sin discriminación alguna, por ningún tipo de motivo.

A.2) Acceso a la Justicia y Trato Justo:

a) Las Víctimas deberán ser tratadas con respeto y podrán acudir a las autoridades para la aplicación de la justicia y la reparación del daño sufrido.

b) Deben implementarse todas las medidas que permitan que la víctima logre justicia y se le debe informar de los mecanismos para lograrlo.

c) Se facilitarán los procedimientos judiciales de acuerdo a las necesidades de las víctimas, prestándole asistencia jurídica, manteniéndole informado del desarrollo del proceso, minimizando las molestias que puedan resultar del proceso, protegiendo su intimidad, garantizar su seguridad y la de sus familiares, evitando el retardo malicioso o negligente de las causas.

d) Deberán aplicarse los medios más adecuados para facilitar la conciliación, y la reparación en favor de las víctimas.

A.3) Resarcimiento:

a) Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta, pagarán a la víctima, sus familiares o personas a su cargo, el equivalente al daño sufrido, el reembolso por los gastos realizados y la restitución de derechos.

b) Cuando se causaren daños considerables al medio ambiente, en la medida de lo posible, se buscará alcanzar su rehabilitación, y en caso de daño causado por delitos

contra grupos o comunidades dentro de un Estado, se procurará reconstruir la infraestructura e instalaciones comunitarias damnificadas, cubriéndose los gastos necesarios para producir los efectos anteriormente expuestos.

c) Por la trascendencia que para los convulsionados pueblos de latinoamérica ha tenido las constantes violaciones de Derechos Humanos, como efecto inseparable de su inestabilidad política y la desigualdad social y económica existentes, que han conllevado la existencia de millares de víctimas, de comunidades enteras que han sido arrasadas y asoladas por este devastador fenómeno, la norma que a continuación se transcribirá resulta de una innegable importancia para dichos países, y en especial para el nuestro, que desde hace años se desgarran en un sangriento enfrentamiento armado que exige valores como los que en ella se tutelan:

"Cuando los funcionarios públicos y otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer el resarcimiento de las víctimas".

A.4) Indemnización:

En este apartado se regula que el Estado en el cual la comisión de un delito haya dejado gravemente dañada a una persona, el mismo deberá prestar una indemnización a ésta, de acuerdo a los postulados siguientes:

a) A las víctimas de delitos graves que hayan sufrido daños considerables en su salud física o mental.

b) A las familias de las víctimas anteriormente referidas, que dependían de estas.

c) Se buscará crear fondos nacionales para cum-

plir con estos fines.

A.5) Asistencia:

Deberá proporcionarse por entidades gubernativas, privadas o autóctonas, una asistencia integral a las víctimas, que incluya ayuda material, médica, social y psicológica.

Deberá informarse a las víctimas los medios y formas para poder disfrutar de esta asistencia, y se cuidará de capacitar al personal policíaco, médico, de justicia y de servicio social para que lo haga receptivo a las necesidades de estas personas y garanticen que la ayuda sea apropiada y rápida.

B. LAS VÍCTIMAS DEL ABUSO DE PODER

Principia el presente apartado definiendo quienes son las Víctimas del Abuso de Poder, indicando que éstas son: "...las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o **menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales**, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos"; se indica también la posibilidad de incluir en la legislación nacional normas, de carácter penal mayoritariamente, que proscriban los abusos de poder y tutelan al mismo tiempo los medios de resarcimiento e indemnización anteriormente señalados, y una asistencia integral adecuada. Deberá del mismo modo, revisarse periódicamente la legislación nacional y los mecanismos gubernamentales, que permitan su adaptación a los cambios sociales que se den y que impidan graves abusos políticos o económicos; y además se procurará dotar a las posibles víctimas de los mismos, de medidas, mecanismos y recursos adecuados que puedan ser fácil y seguramente ejercidos por ellos.

Capítulo II

ANÁLISIS DE LA LEGISLACION PENAL GUATEMALTECA EN RELACION CON LOS DERECHOS HUMANOS

1) ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA.

Guatemala, a lo largo de su historia constitucional, ha mantenido una clara tendencia a la protección de los Derechos Humanos. Cabe destacar en este sentido, que con anterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos 19/, y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 20/, en donde se incluían y regulaban los denominados derechos humanos sociales, éstos en nuestro país ya se habían contemplado anteriormente en el texto constitucional de la Carta Magna promulgada como resultado de la Revolución de octubre de 1944; posterior a ésta, las siguientes Constituciones que fueron promulgadas 21/, previo a llegar a la actual, mantuvieron dichos avances. Nuestra actual Constitución Política, es como se puede observar, de reciente creación, fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, por lo que inclusive, es posterior a la mayoría de leyes ordinarias con que cuenta el país, incluido dentro de éstas nuestro Código Penal (Decreto 17-73 del Congreso de la República), que entrara en vigor desde el 1 de enero de 1974.

19/ Aprobada por la Asamblea General de la ONU, en París, Francia el 10 de diciembre de 1948.

20/ Aprobada en la ciudad de Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948.

21/ En los años de 1956 y 1965 sucesivamente.

Nuestra Ley Fundamental, inspirada seguramente en los distintos instrumentos e ideologías imperantes internacionalmente sobre Derechos Humanos, especialmente la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", también denominada Pacto de San José, que fuera suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, mantiene una postura hondamente humanista y democrática; consta de dos grandes partes: la parte dogmática, en donde se regulan todos los aspectos relacionados con los Derechos Humanos de los ciudadanos y la parte orgánica, en donde se establecen las estructuras de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como las otras instituciones y entidades que por su misma relevancia merecen una regulación constitucional adecuada.

Desde su preámbulo, podemos observar que se afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, a la familia como origen y motor de la sociedad y al Estado como responsable del bien común y responsable de la seguridad, libertad, paz, igualdad y legalidad en el país, y en especial se resalta, "...decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho."; con posterioridad, en su título I, vuelven a insistir en que el Estado garantiza la protección de la persona humana y la familia, que su fin es el bien común, y que debe garantizar a todos los habitantes la vida, la libertad, la justicia, la seguridad y el *desarrollo integral de la persona*. Su título II regula los Derechos Humanos, éstos los divide a su vez en Derechos Humanos Individuales, dentro de los que se mencionan: -Derecho a la vida: el cual se protege desde su concepción, con lo que implícitamente se condena al aborto, el cual constituye, salvo circunstancias especiales, una figura delictiva regulada en nuestro Código Penal. -Derecho a la integridad de la persona; -Derecho a la seguridad de la persona; -Derecho a la libertad; -Derecho a la igualdad, estableciéndose que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre; en el artículo 5 se preceptúa: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes

que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ellas. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.", situaciones que desgraciadamente siguen siendo tan sólo bellos ideales que nuestra incipiente democracia no ha logrado conquistar; se establece que nadie podrá ser detenido o preso sino por causa de delito o falta, en virtud de orden librada por juez competente, salvo delito infraganti; la obligación de notificar la causa de la detención, así como los derechos que le asisten al detenido, y su derecho a asistirse de un defensor; regulándose luego lo relativo a los centros de detención, la detención por faltas; el derecho de defensa; principio de presunción de inocencia y de publicidad en el proceso; el principio de irretroactividad de la ley, salvo en MATERIA PENAL cuando favorezca al reo; el principio de legalidad "No delito, ni pena sin ley anterior", y se dispone que por deudas no hay prisión, sin embargo como se comentara anteriormente, todavía existen en nuestro medio situaciones que contravienen en mayor o menor grado dicho postulado, ya que el hecho de una deuda por concepto de alimentos, tipifica, en caso de que la obligación de prestarlos derive de una sentencia judicial, el delito de Negación de Asistencia Económica contemplado en el artículo 242 de nuestro Código Penal, situación que en la mayoría de casos acontece más por la paupérrima situación en que se encuentran sumidos grandes sectores de la población, que por una intención delictiva, y por otro lado, el hecho de que en nuestra práctica judicial se den otros hechos de igual naturaleza, tal el caso, de querer convertir en un tipo especial de estafa mediante cheque, el acto por el cual una persona al prestar dinero entrega dicho documento como medio de garantía para el prestamista; el artículo 18 de nuestra Ley Fundamental, en su tenor literal expresa:

Artículo 18. —Pena de Muerte.

La pena de muerte no podrá imponerse en los siguientes casos:

- a) Con fundamento en presunciones;

- b) A las mujeres;
- c) A los mayores de sesenta años;
- d) A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos; y
- e) A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, incluso el de casación; éste siempre será admitido para su trámite. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos.

El Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte.

Como puede observarse en el texto del precepto anteriormente transcrito, nuestra Constitución, acorde a nuestra tradición penal, acepta aplicación de la pena capital, pero expresamente limita los casos en que ésta no puede ser aplicada aunque se haya cometido algún delito de los que la contemplan como consecuencia jurídica, dejando de una vez prescrito que contra ella podrán oponerse todo tipo de recursos y que la ejecución de la misma no podrá realizarse, hasta en tanto no se hayan resuelto los mismos, la Constitución anterior (1965), contemplaba incluso el recurso de gracia. Aunque nuestra Carta Magna aceptó la pena capital 22/, del final de dicho artículo puede inferirse, que los constituyentes, conscientes de la postura que sobre la misma han tomado, todas las entidades de Derechos Humanos, así como las organizaciones mundiales, y países desarrollados, tal el caso de Alemania, que en su Ley Fundamental expresa: "Artículo 102 (Abolición de la pena de muerte). Queda abolida la pena de muerte.",

22/ Los delitos a los cuales les es aplicable la pena capital en Guatemala son: El Parricidio, el Asesinato, Violación Calificada, Secuestro y el caso de muerte, artículos 131,132,175,201 y 383 del Código Penal y en la Ley contra la Narcoactividad Decreto 48-92 del Congreso de la República.

dejaron abierta la posibilidad para que el Congreso de la República pueda abolir dicha pena en nuestro medio; medida que personalmente considero adecuada, ya que no puede concebirse que se permita al Estado vulnerar el más preciado de los bienes humanos y el derecho fundamental de las personas como lo es la vida.

Siguen enumerándose posteriormente, los principios que rigen el -sistema penitenciario-; el tratamiento a los menores de edad; -la inviolabilidad de la vivienda; -inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros; Registro de Personas y vehículos; -libertad de locomoción; se establece y reconoce -el derecho de asilo, de acuerdo con las prácticas internacionales, Guatemala sobre este aspecto ha suscrito "La Convención sobre Derecho de Asilo, adoptada en la ciudad de la Habana, Cuba el 20 de febrero de 1928; y la "Convención sobre Asilo Político", adoptada en la ciudad de Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933; se dispone asimismo que la extradición se otorgará de acuerdo a lo dispuesto en los tratados internacionales; -Derecho de Petición; -Libre acceso a Tribunales y dependencias del Estado; -La publicidad de los actos administrativos, y el libre acceso a Archivos y Registros Estatales; -Derecho de Reunión y Manifestación: Este regula que para la reunión y manifestación pacífica, basta la simple notificación a la autoridad competente, aunque en muchas ocasiones, tales actividades devienen en convertirse en foco de violación de Derechos Humanos, tanto por parte de los que manifiestan, o los que aprovechan tal situación para causar daño a la propiedad privada o estatal, como por parte de las autoridades que no siempre logran evitar el despliegue innecesario y prepotente de la fuerza pública; así como también, la población, que ajena al evento, se ve afectada por las repercusiones que tales eventos traen en el tránsito de automóviles y camionetas urbanas, agresiones inmisericordes contra su persona y propiedades etc; Derecho de Asociación: Este artículo en especial tiene una doble significación, primero garantiza el derecho de las personas a asociarse libremente para el logro de fines lícitamente permitidos; y por el otro garantiza que nadie está obligado a asociarse o formar parte de "...grupos o asociaciones de autodefensa o similares. Se

exceptúa el caso de la colegiación profesional."; a este respecto nuestra patria ha vivido una cadena interminable de problemas por la discusión acerca de la conveniencia o inconveniencia de las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC), las cuales tanto a nivel nacional como internacional han sido acusadas de violar los derechos humanos, de la población a la que supuestamente están protegiendo, como también los de las personas que las conforman; a tal conclusión arribó la Comisión Nacional de Reconciliación, durante el Diálogo Nacional que fue llevado a cabo, de donde se transcribe la siguiente resolución del punto relacionado con dichas agrupaciones:

"RESUELVE:

I. Someter al conocimiento de la Asamblea General del Diálogo Nacional, esta resolución.

II. Que las patrullas de autodefensa civil son inconstitucionales porque violan derechos individuales garantizados en la Constitución.

III. Que se promueva una acción de inconstitucionalidad del Decreto Ley 19-86, ante la Corte de Constitucionalidad." 23/

Se prosigue el listado de garantías mínimas enunciando el Derecho de Libertad de Emisión del Pensamiento, por el cual se establece que toda persona puede exponer su forma de pensar a través de los distintos medios de comunicación sin censura ni licencia previa, y que la actividad de éstos es de interés público, por lo que deberá ser reglamentado en la Ley de Emisión del Pensamiento; se estipula la libertad de Religión, la personalidad jurídica de las Iglesias y los derechos de que gozan las mismas; Derecho a la tenencia y portación de armas: -Derecho a la propiedad privada, la expropia-

23/ "Diálogo Nacional" Ponencias, Comisión de Reconciliación, pags. 203-206.

ción y sus requisitos, su protección, el derecho de autor o inventor, la libertad de industria, aspectos todos que han recibido protección mediante el Derecho Penal.

Finalmente, el artículo 44 estipula que los derechos y garantías anteriormente enumerados, que otorga la Constitución no excluyen a cualquier otro no mencionado y que le sea inherente al ser humano; que el interés social debe prevalecer sobre el interés particular, y que son nulas IPSO JURE cualesquiera de otras normas que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos constitucionales garantizados, estipulando que cualquier infracción a los mismos será perseguible mediante acción pública, y que se legitima al pueblo para que en caso sea necesario ejerzan en defensa y para la protección de éstas, la LEGITIMA RESISTENCIA DEL PUEBLO. Como corolario de todos estos postulados, los legisladores normaron mediante el artículo 46, el precepto que diera sustrato al presente trabajo, y que consiste en la Preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno cuando se refieran a Derechos Humanos, y hayan sido aceptados y ratificados por Guatemala.

Seguidamente, en el capítulo II de nuestra Constitución Política, se postulan los denominados Derechos Sociales, en donde se consagran aspectos relativos a la familia, en cuanto a los derechos y los principios generalmente tratados por el derecho civil, que les asisten; -la cultura, dentro de la cual encontramos la identidad cultural, la protección al patrimonio cultural, el cual ha dado incluso ideas de creación de una ley o un delito que regule la apropiación del mismo; -Comunidades Indígenas, esta sección constituye otra de las innovaciones que comprende nuestra Carta Magna, pues por primera vez se legisló un apartado especial para todas aquellas comunidades étnicas que conforman una gran parte de la población guatemalteca, y que ahora ha ido adquiriendo mayor relevancia, tanto nacional como internacionalmente; -La Educación: sección en donde se engloba el problema de la Alfabetización, la educación bilingüe, la educación obligatoria básica etc.; la sección quinta regula lo relativo a las Universidades del país; seguidamente se plantea el derecho

social al -Deporte; -A la salud, seguridad y asistencia social, en donde se resalta que la salud de la población es un bien público, aunque la realidad de la red hospitalaria y de este servicio sea cada día más precaria tanto en el aspecto financiero como de servicio en general, en los escasos departamentos que cuentan tan siquiera con un pequeño hospital o un Centro de Salud. Se legisla asimismo lo relativo al -Medio Ambiente y equilibrio ecológico, tema desarrollado en nuestro medio, a través de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente. Decreto número 68-86 del Congreso de la República, el cual consta de 42 artículos en donde después de definir y delimitar lo que debe entenderse por Medio Ambiente, y de delimitar sus distintos sistemas (Atmosférico, hídrico, lítico, edáfico y Biótico), crea la Comisión Nacional del Medio Ambiente, a la cual faculta para que aplicando el Derecho Penal Administrativo, imponga distintas sanciones a las personas que por acción u omisión infrinjan las prohibiciones o mandatos expresados en este cuerpo legal, siempre y cuando dichas conductas no sean constitutivas de Delitos contenidos en el Código Penal, regulando dichas sanciones en una escala que abarca desde la simple amonestación, hasta multas y obligaciones de demoler construcciones y obras perjudiciales. Facultando también a la comisión para que los fondos que ingresen al erario por motivo o con ocasión de las multas que ésta imponga se destinen a la realización de obras en beneficio de la conservación, mejoramiento del Medio Ambiente. Como puede observarse, esta ley con la nueva legislación se ve refortalecida, puesto que al ampliarse los delitos contra el Medio Ambiente, regulados en el Código Penal, puede brindarse además de una tutela de orden Administrativa Disciplinaria, una verdaderamente jurídica penal. En la sección octava se regula todo lo relativo a los principios básicos del Derecho al Trabajo, en el cual Guatemala también debe seguir las directrices de los Convenios y Tratados emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) de la cual es miembro; se le da un trato particular a los trabajadores del Estado, colocándolos en una sección diferente; en la sección décima se regula lo referente al Régimen Económico y Social del Estado, el cual está inspirado en los principios de justicia social, propio de los países demo-

cráticos.

El Capítulo IV contiene lo referente a la limitación de los derechos constitucionales, regulando que en caso de: a) invasión del territorio, b) perturbación grave de la paz; c) actividades contra la seguridad del Estado o d) Calamidad pública, puede suspenderse la plena vigencia de los artículos siguientes:

ARTICULO	CONTENIDO
5	Libertad de Acción
6	Detención Legal
9	Interrogatorio a detenidos o presos
26	Libertad de Locomoción
33	Derecho de Reunión o Manifestación
35 1er. párrafo	Libertad de Emisión del Pensamiento
38 2do. párrafo	Derecho a portar armas
116 2do. párrafo	Huelga de los Trabajadores Estatales

Se regula a la vez, todo el procedimiento que debe seguirse, y se regula específicamente en la Ley de Orden Público y Estados de Excepción.

El Título III del cuerpo legal que se analiza, contiene los principios básicos que regulan el Estado guatemalteco, y entre estos tenemos: a) Que el sistema de gobierno es el Republicano y Democrático Representativo. b) Que la soberanía radica en el pueblo, quien la delega a los organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, entre los cuales no existe subordinación. En el Título IV se regula que el Poder Público proviene del pueblo, y que su ejercicio debe estar regido por las limitaciones que la Constitución o las Leyes impongan, en este sentido cualquier acción contraria a este principio puede y debe considerarse un abuso de autoridad. Los funcionarios -establece el artículo 153- **"son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella."**, en caso de que un funcionario o trabajador del Estado cometa un acto que dañe o perjudique a un particular, cuando se encuentre en el ejercicio

de su cargo, acarreará la solidaridad por los daños y perjuicios ocasionados para el Estado o la Institución con que trabaje. Se dice finalmente en dicho apartado que ningún trabajador ya sea civil o militar, está obligado a obedecer órdenes manifiestamente ilegales.

NUEVOS ORGANOS DE CONTROL CREADOS POR LA CONSTITUCION POLITICA.

A) La Corte de Constitucionalidad:

Regulada en el Título VI, que contiene las Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional, en su capítulo IV, tiene como función principal, es la defensa del orden constitucional, se integra por cinco Magistrados Titulares, en base al procedimiento y requisitos allí prescritos. Conoce en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, contra los recursos interpuestos en contra de las máximas autoridades del país, y también como Tribunal de Segunda Instancia de Amparo en todos los demás casos. Es el tribunal que conoce en única instancia acerca de las acciones de inconstitucionalidad total o parcial que se planteen en contra de leyes o resoluciones; resuelve los conflictos en materia de jurisdicción sobre asuntos de constitucionalidad, emite opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios o proyectos de ley que le planteen los Organismos del Estado, así como las demás atribuciones que le confieren la Constitución y las leyes.

B) El Procurador de los Derechos Humanos:

De todas las innovaciones que nuestra Carta Magna introdujo al sistema jurídico guatemalteco, la figura del Procurador de los Derechos Humanos, es la más relevante de todas, por cuanto con él se instituye un Magistrado de Conciencia, que se encarga de velar por la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás Tratados Internacionales relacionados con esta materia regulen.

Su base legal la encontramos en el artículo 274 y 275 de la Constitución Política de la República, y más específicamente en el Decreto número 32-87 del Congreso de la República, Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos. En este último instrumento jurídico, encontramos todos los requisitos del cargo, las atribuciones y facultades del mismo, así como todo lo relativo a la existencia y funcionamiento de éste.

Capítulo III

EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO Y SUS PRINCIPALES NUCLEOS PROBLEMATICOS CON LOS DERECHOS HUMANOS

De la gama de núcleos problemáticos, que las legislaciones penales pueden tener, en relación con los Derechos Humanos, se expondrán los que en mayor medida se dan o pueden darse en nuestro Código Penal, por ser ésta la Ley Penal por excelencia en nuestro país, en virtud que en ella se plasman todos los principios, doctrinas y se enumeran los delitos y faltas vigentes; a la vez por el mismo hecho de que en su propio articulado (art. 9o.), se establece que "las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las materias de naturaleza penal, reguladas por otras leyes, en cuanto éstas, implícita o expresamente, no dispusieren lo contrario". Posterior a la exposición que se haga de cada uno de los núcleos problemáticos, se procederá a transcribir las recomendaciones que sobre los mismos se hicieran en el informe final del proyecto de investigación que sobre "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina" se llevará a cabo en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y que sirviera de fundamento para la elaboración del presente capítulo. Así pues, dentro de éstos encontramos:

1. Irretroactividad de la Ley Penal más benigna:

En el ámbito del Derecho Penal, como uno de sus principios fundamentales encontramos el de la "Retroactividad de la Ley Penal que más favorezca al Reo", cuyo contenido aunque manifiestamente claro, ha sido sagazmente violentado, por la existencia de distintas prácticas, criterios o interpretaciones, que dan lugar al núcleo problemático que se analiza, "la Irretroactividad de la ley penal más benigna". Así, dentro de las circunstancias anteriormente señaladas, podemos mencionar primero, el hecho de querer excluir de la aplicación del

principio de retroactividad de la ley más benigna, a las denominadas "leyes temporales" o "leyes excepcionales", mediante las cuales los gobiernos, muchos de ellos de carácter ilegítimo, regulan distintos actos y situaciones a las que se les aplicará esa norma durante el tiempo que tenga de vigencia la misma; o la circunstancia de que la aplicación retroactiva, únicamente puede darse, hasta antes de que se haya dictado o se esté ejecutando la condena; otra de las maniobras que se han esgrimido, por parte de las personas o las legislaciones que vulneran este principio es el de que la aplicación retroactiva debe aplicarse únicamente en caso de que otra ley posterior sea más benigna en cuanto a la penalidad que imponga a una conducta considerada delito, dejando afuera el caso de la ley desincriminante 24/, esto bajo el argumento de que generalmente se habla de "la pena más leve", como se regula por ejemplo en la Convención Americana de Derechos Humanos, situación que es inadmisibles, puesto que toda ley que ya no considere una conducta como delictiva está no sólo disminuyendo la pena, la está anulando definitivamente y en este sentido debe procederse a aplicar la nueva norma; y, como último ejemplo citamos el argumento que el hecho de que la aplicación retroactiva sea una diligencia que deba ser tramitada a solicitud de parte interesada.

En nuestro medio, se reconoce la aplicación retroactiva de la Ley Penal, siempre que favorezca al reo, tanto constitucionalmente (art. 15), como en el Código Penal (art. 2), por lo que en este sentido nuestro país en caso de que un hecho delictivo, sea contemplado en una nueva ley con una sanción más leve que la que se hallaba vigente al momento de su perpetración, o que dicha conducta sea destipificada, se puede beneficiar con el referido principio; e igualmente, en el caso de que se haya promulgado una ley excepcional o temporal, también se podrá recurrir a dicho beneficio, ya que así se

24/ Desincriminante: que ya no considera como delictiva una conducta determinada. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Tomo II. Pag. 114.

contempla en el artículo 3o. de nuestro Código Penal vigente; así, dicha garantía puede ser otorgada, en el momento siguiente al suceso, durante el desarrollo del proceso o incluso cuando habiéndose dictado sentencia se encuentre éste ya condenado, cumpliendo la pena. Sin embargo, la corriente internacional ha llegado a la conclusión de que por ser esta garantía una prescripción internacional, debe informarse de pleno derecho y de oficio; lo cual en nuestra legislación no se contempla, pues si bien se establece sustantivamente, procesalmente su aplicación está relegada a que los condenados, sus familiares o conocidos, puedan enterarse de la existencia de la nueva norma que les beneficie, y dicha situación en un país donde casi la mitad de la población no sabe leer y escribir, y las personas alfabetas apenas y pueden enterarse de la promulgación de una nueva ley por los medios sociales de comunicación y no así de su contenido, que queda reservado para un limitado círculo de profesionales dedicados, o burócratas que por razón de su trabajo deban relacionarse con éstas, lo hace muy difícil de llegar a realizarse, y siendo una cuestión que sólo se inicia a solicitud de parte, y que se resuelve en forma incidental, pensamos que en gran medida atenta contra los derechos humanos de las personas reclusas en un Centro de Condena y que eventualmente, si esto se impulsara de oficio podría favorecérseles.

RECOMENDACIONES

- 1) Que los códigos penales establezcan expresamente la garantía de retroactividad obligatoria de la ley penal más benigna.
- 2) Que en las legislaciones que la contienen se eliminen las excepciones o limitaciones a la misma, si las hubiere.
- 3) Que se consagre que la vigencia de la nueva ley se opere de pleno derecho y el trámite que fuere necesario se impulse de oficio." 25/

2. Leyes penales "en blanco" como delegación de funciones legislativas.

En el Derecho Penal, se conoce con el nombre de Leyes Penales en Blanco, abiertas o que necesitan complemento a todas "aquellas disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido, y no así en cuanto a la sanción que está bien determinada; 26/ por lo que al utilizar esta clase de normas, en la legislación penal, en la misma sólo se establece claramente cual es la punición que se le asigna a la figura delictiva, pero los elementos que constituyen el tipo, es decir la abstracta descripción del tipo penal, debe buscarse en el cuerpo normativo a que se nos remita dentro de la misma ley. Este tema en nuestra disciplina adquiere singular importancia, si se considera los siguientes aspectos: a) Guatemala, al igual que los demás países latinoamericanos, se organiza según el sistema Republicano, Democrático y representativo, (art. 140 de la Constitución Política de la República), por lo que para la creación de la ley, se requiere obligadamente que ésta haya sido emanada del organismo técnicamente instituido para ello, que para nuestro caso es el Congreso de la República, y si la norma a que nos remite una ley en blanco, tiene el carácter de una disposición reglamentaria, ya sea del poder ejecutivo central o de un órgano descentralizado, la capacidad legislativa en parte está siendo delegada a un ente distinto del legítimamente facultado; b) En materia penal, la única fuente directa es la ley, en virtud del principio de legalidad que le da un doble carácter de garantía y advertencia a la misma, por cuanto advierte que el que infrinja lo que la ley penal prohíbe será castigado, pero a la vez garantiza que sólo se le impondrá la pena previamente establecida, por la comisión de una conducta igualmente PREVIAMENTE PREESTABLECIDA, y que por la representatividad que los diputados tienen del pueblo que los eligió, es considerada delictiva.

26/ De Mata Vela y De León Velasco, op. cit. pag. 83

Generalmente el uso de estas leyes penales en blanco, puede degenerar en violación de los derechos humanos, cuando la autoridad que crea la norma a que remita ésta, introduzca en ella elementos que puedan violar la naturaleza de las cosas. Nuestro Código Penal, dentro de su articulado cuenta con varias leyes en blanco entre ellas, las que tratan de los delitos contra los derechos de autor, delitos contra la salud y los recursos forestales, que nos remiten a las leyes y códigos que regulan las materias específicas, sin embargo, por la constante variación e incluso abrogación de leyes en nuestro país, en determinados momentos estos aspectos se regulan mediante reglamentos o disposiciones de tipo administrativo.

RECOMENDACIONES

"1. Que los órganos de control de constitucionalidad y los jueces, mediante la correcta interpretación del derecho, vigilen celosamente las disposiciones de los poderes ejecutivos que completan leyes penales en blanco, para que por esta vía no se introduzcan tipificaciones ajenas a la materia de la ley formal.

2. Que en las leyes se distingan nítidamente las disposiciones penales y administrativas.

3. Que se excluya de la legislación toda posibilidad de que organismos administrativos puedan establecer normativamente conductas típicas, con cualquier pretexto que fuere". 27/

3.) Tipificación con límites inciertos:

Conociendo que la única fuente directa de derecho penal es la ley, y que ésta únicamente puede ser creada por el organismo expresa y legalmente encargado para hacerlo, el Congreso de la República, es indiscutible pensar que tal función debe ser realizada, con la mayor precisión y claridad posible, pues siendo los tipos penales, la descripción abstracta de las conductas prohibidas y castigadas, éstos no pueden

y no deben ser redactados de manera que puedan prestarse a interpretaciones equívocas que provoquen arbitrariedades por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Guatemala, al igual que muchos países latinoamericanos, en donde el poder legislativo, no es detentado por personas especialistas en este campo, enfrenta el problema de textos legales, que contienen tipos penales cuyos límites semánticos son difusos, y ésto deviene en producir situaciones conflictivas en materia de Derechos Humanos, pues el problema puede comprometer además de la libertad, la honra, el buen nombre y hasta la libertad de expresión de las personas; por lo que podemos concluir que "un tipo con límites difusos es una grieta en la seguridad de todos los derechos humanos y no sólo en la mera garantía de legalidad." 28/ Debe cuidarse entonces, por todas las personas que se relacionan con este campo de criticar a cualquier precepto que no cuente con pautas definidas de redacción, que pueda degenerar en violaciones a las garantías mínimas de la población, y aunque para todo tipo de legislación, por las limitaciones propias del lenguaje, se haga necesaria una exégesis jurídica no debe confundirse entre las dificultades propias de una situación puramente gramatical, a las que implican una redacción negligente, falta de técnica o maliciosamente imprecisa, puesto que toda imprecisión que cometa el legislativo expresamente se traduce en una delegación de éste al ejecutivo o judicial, a quienes no corresponde esta función. Por ser innumerables las distintas formas, en que se puede incurrir, con motivo de un tipo de límites inciertos, únicamente se señalarán las más corrientemente utilizadas:

a) Ocultación del verbo típico: Esta situación se provoca cuando el tipo no tiene un verbo que indique cuál es la acción delictiva, señalándose como ejemplo el artículo 274 del Código Uruguayo que contiene el delito de corrupción de menores, en donde se utiliza el término *corrompiere*. En nuestro país

28/ Ibidem. Pag. 16

se puede observar cómo los legisladores acostumbran adoptar esta fórmula de ocultar el verbo rector del tipo, en nuestro Código Penal por ejemplo, en el artículo 190 (quien...indujere o diere lugar); 201 (el plagio o secuestro...); 209 (quien sustrajere); 215 (quien amenazare....); etc.

b) Empleo de elementos descriptivos sin precisión semántica: Entre este tipo encontramos normas cuyos elementos descriptivos suelen emplearse en leyes de contenido político o en las que se tutelan bienes jurídicos enteramente dispares: en nuestro medio encontramos, entre las del primer grupo la norma comprendida en el artículo 390 del Código Penal en su numeral 1o.; como ejemplo de la segunda podemos citar el artículo 196 último párrafo.

c) Empleo de elementos normativos equívocos: Aunque no toda referencia normativa, sea causal de esta clase de violaciones a los derechos humanos, en virtud de tratarse de remisiones a elementos conceptuales normativos bien definidos, si se incurre en ello cuando la remisión que se hace, se refiere a pautas éticas, morales o extra normativas por ejemplo en nuestra legislación, podemos observar dentro de los artículos 176 y 177 la utilización del concepto "mujer honesta".

d) Empleo de elementos subjetivos equívocos "Las referencias a elementos subjetivos en la forma de particulares direcciones de la intención o elementos de ánimo, sin suficiente claridad, tales como "fin" o "ánimo subversivo", suman mayores componentes de incertidumbre a los límites típicos." 29/.

e) Tipificaciones abiertas o ejemplificativas: los tipos "abiertos" con los cuales se suele legislar encuadrar conductas de tipo culposas, pueden alcanzar extremos preocupantes cuando se aplican en delitos dolosos de peligro. Como ejemplo de esta clase podemos mencionar el que regula nuestro Código

29/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pág. 18

expresado anteriormente, con lo que incurre en tal vicio.

bajo el epígrafe de Responsabilidad de Conductores en su artículo 157 numeral 2, el cual expresa: "Será sancionado con multa de cincuenta a un mil quetzales y privación de la licencia de conducir de tres meses a tres años: ... 2o. quien condujere un vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas o fermentadas, fármacos, drogas tóxicas o estupefacientes.", en el que resulta muy difícil desentrañar cuál es su verdadero contenido. Las tipificaciones enunciativas o que conllevan ejemplificaciones son otra forma de legislar en forma imprecisa, forma muy usada generalmente cuando se legisla la Estafa en donde se enuncian un listado de casos y se deja la puerta abierta para que el ardid y la mentira pueda ser ampliamente interpretado por el juzgador. El artículo 264 del Código Penal regula los casos especiales de Estafa y describe 22 clases de esta figura, pero en su numeral 23o. expresa que implica el mismo ilícito la utilización de cualquier ardid o engaño no expresado anteriormente, con lo que incurre en tal vicio.

RECOMENDACIONES

- 1) Extremar los recaudos técnicos para emplear el lenguaje más depurado y preciso en la elaboración de los tipos.
- 2) Procurar la mayor precisión en el empleo del verbo típico, evitar fórmulas típicas que oculten el verbo o no lo expresen con claridad, las referencias descriptivas semánticamente equívocas, los elementos normativos éticos o jurídicos no bien delimitados y los elementos subjetivos inciertos, reducir al mínimo las tipificaciones abiertas y eliminar o reducir las enunciativas o ejemplificativas.
- 3) Propugnar que la doctrina y la jurisprudencia se erijan en guardianes de la legalidad, forzando al legislador a adaptarse a pautas de certeza semántica, so pena de que sus límites sean declarados inconstitucionales y que, cuando sus límites sean inciertos, se los interprete invariablemente conforme al mínimo de punibilidad que la resistencia semántica

permita." 30/

4. Afectaciones del "Nullum Crimen Sine Actio":

En la doctrina penal se ha consagrado, dentro de los elementos positivos del delito, la denominada acción o "conducta humana", como también se le conoce, por lo que es un principio en esta disciplina que *No puede existir un delito sin que se lleve a cabo una acción*, quedando únicamente como un dato histórico las figuras que sancionaban incluso acciones provocadas por animales o cosas, o cualquier otro tipo de suceso distinto de el actuar humano, sea éste positivo o negativo (hacer o no hacer); sin embargo, pese a lo anteriormente expuesto, no deja de incorporarse a los códigos figuras delictivas que pueden violentar este principio fundamental.

Así, analizaremos una pequeña clasificación de los delitos aún existentes en la legislación penal guatemalteca, y en general, también en las demás legislaciones latinoamericanas, por medio de los cuales se incurre en la práctica que nos ocupa, así tenemos:

a) Delitos de pura o mera "tenencia": refiriéndonos concretamente a la "tenencia", como elemento descriptivo de un tipo, no puede considerarse como una conducta humana, sino más exactamente como un hecho, esto por que la mera tenencia no implica una conducta como podría ser **adquirir la tenencia**, u **omitir hacer cesar la tenencia**, de tal modo que en el ámbito penal resultaría casi imposible intentar explicar en que consiste concretamente la tenencia sin aludir a uno de los dos aspectos antes aludidos. En nuestro medio encontramos entre este grupo, los delitos comprendidos en el Código Penal en los artículos 333; Tenencia de instrumentos de falsificación; 400; Tenencia y Portación de Armas o Municiones; y también se regula en el artículo 1 de la reciente Ley contra la Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República.

30/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pags. 18 y 19.

b) Tipos carentes de acción propiamente dicha; En este grupo se incluyen todos aquellos hechos biológicos que pueden ser causales de ciertas consecuencias penales, pero que no constituyen acciones propiamente dichas, como ejemplo de esto en la doctrina se cita el clásico delito de "dormición de centinela", muy común en los códigos penales militares de América latina; al cual se le ha criticado que, el sueño en sí no constituye una acción y, que muchas veces el grado de fatiga puede ser tan grande que resulta imposible controlarlo, por lo que el efecto que se produzca no depende de la voluntad del agente, sino que de su misma naturaleza biológica, es un hecho y no un acto, la única forma de poder tipificar de cierta forma esta circunstancia sería hacerlo en base a la omisión que se cometa de agotar todos los recursos disponibles para evitar el sueño o la omisión de no avisar de tal estado a alguna otra persona, con el objeto de evitar tales consecuencias, pero aquí lo que realmente se estaría encuadrando sería la omisión ante la eminencia de un hecho biológico y no el hecho en sí mismo.

c) Delitos de Manifestación de Ideas: Este es, entre todas, la modalidad de figuras que afectan el principio referido, por que en ellos sí existe una conducta manifiesta, la expresión de una idea, sin embargo, esta fría apreciación queda desvanecida totalmente si tomamos en cuenta que más que un frío razonamiento penal de la acción que se tipifica, para la protección de los derechos humanos, lo que interesa en dicha norma es su espíritu, su finalidad, que no es reprimir la conducta en sí, sino más bien la idea que se está manifestando, es decir que lo que se proscribía no es la acción de manifestar ideas sino las ideas que se están manifestando y esto es un acto violatorio no sólo del principio que nos ocupa sino también del derecho humano de Libertad de Expresión consagrado en todos los instrumentos nacionales e internacionales que regulan las garantías mínimas del ser humano; en nuestro país si bien se han cometido violaciones en materia de libertad de pensamiento, y de expresión, a nivel de legislación esto se vio plasmado en normas, sólo en épocas ya pasadas, por ejemplo el artículo 54 de la Constitución Política del año 56 que proscribía toda forma de reunión o manifesta-

ción que propugnara la ideología comunista.

RECOMENDACIONES

"De lege lata, reducir por vía de interpretación restrictiva estrictísima el ámbito de punibilidad de los delitos de tenencia a la acción de adquirir la tenencia, y en los delitos referidos a otros hechos, a la conducta más limitativa de la punibilidad, siempre que no sea preferible considerarlos directamente inconstitucionales.

2) Postular la inadmisibilidad republicana de cualquier delito de expresión, cuando resulte claro que la acción se describe únicamente como pretexto para la punición de una idea o pensamiento.

3) De lege ferenda, eliminar cualquier tipo en que se viole el nullum crimen sine actio." 31/

5. Delitos que no afectan bienes jurídicos.

Abuso de tipos de peligro abstracto y los llamados "delitos de desobediencia": Como efecto del sistema Republicano de Gobierno, el Estado como ente soberano, debe ser respetuoso de no afectar el libre ejercicio de los derechos de las personas, en la medida en que éstos no afecten los derechos de los demás individuos de su comunidad, de tal modo que, en respeto a los derechos humanos de esta misma comunidad, debe abstenerse de interferir en materias que pertenecen al campo moral, religioso, o de conciencia individual de los individuos; así se legisla expresamente en forma constitucional en países como Argentina, Paraguay o Costa Rica, sin que la ausencia de tal disposición en las demás legislaciones implique el desconocimiento de este principio en virtud que se encuentra implícito en la misma naturaleza de este sistema de Gobierno. La situación antes descrita implica que no pueden tipificarse aquellas conductas que no afecten por lesión o por peligro bienes jurídicos. No obstante, la experiencia ha demostrado que incluso a través del mismo texto de la

31/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pags. 25, 26.

ley se cometen estas violaciones, por lo que definiremos las principales formas en que esto se comete:

a) Tipificación de conductas que no afectan bienes jurídicos: Basados en el principio de que el Derecho es independiente y distinto de las demás normas sociales de carácter moral o ético, resulta inaceptable que se eleve a la categoría de bien jurídico una determinada norma de las anteriormente aludidas, pues con ello se estaría obligando a las personas a vivir en base a una moral predeterminada, es decir, en convertir al derecho en una "estructura de control social que no tiene por objeto la persona humana sino un fin metahumano" 32/. En este marco de ideas, pueden señalarse como normas que pretenden imponer pautas morales mediante la prohibición de ciertas conductas so pena de incurrir en un tipo delictivo, aquellas que tipifican el homosexualismo, el bestialismo o el incesto; en Guatemala, únicamente se registra como delito el incesto, art. 236 C.P.

b) Tipos de mera desobediencia: En el campo penal han existido corrientes que han intentado proclamar la idea que la base de la punición se deriva de la violación del deber de respetar la misma, doctrina que apoyan los regímenes totalitaristas, a quienes conviene erigir como único bien jurídico tutelado la autoridad del Estado; dicha concepción no tiene cabida en el sistema Republicano, ni en el movimiento de protección de los derechos humanos, en donde el objetivo teleológico de la punición es la protección de bienes jurídicos tutelados por las leyes, en los cuales el estado juega el papel de guardián y no de fin del derecho. Las figuras delictivas en las que se tutela la autoridad del Estado, mediante la desobediencia de ciertas órdenes emanadas de éste, se encuentran en la mayoría de textos latinoamericanos, en Guatemala, por ejemplo, tal figura la encontramos en el artículo 414 del Código Penal, el cual contiene el delito de "desobediencia".

32/ Zaffaroni, Eugenio. Op. Cit. Pag. 27

c) Delitos de peligro abstracto: Este tipo de delitos que representan el grupo del "peligro de peligro", afecta a los derechos humanos en cuanto mediante ellos se pretenda la existencia de conductas que se presuman legalmente, sin admitir prueba en contrario, que hacen peligrar bienes jurídicos, por lo que la proliferación de estos tipos dentro de un ordenamiento penal hace peligrar las garantías mínimas de las personas.

RECOMENDACIONES

"1) Propugnar la inconstitucionalidad de todos los tipos en que no aparezca un bien jurídico tutelado, por vía doctrinaria y jurisprudencial.

2) Eliminar tales tipos por vía legislativa.

3) Interpretar todo tipo penal partiendo del entendimiento de que el legislador tutela con ello un bien jurídico y, de este modo, limitar su alcance prohibitivo a esta tutela, salvo el caso en que el bien jurídico directamente no exista.

4) Rechazar tanto doctrinaria, jurisprudencial como legislativamente, la pretensión de que meras pautas morales o la sola autoridad del Estado puedan erigirse en bienes jurídicos.

5) Rechazar toda posibilidad de presunción juris et jure o de ficción jurídica de afectación de bienes jurídicos.

6) Rechazar las tipificaciones en que la afectación al bien jurídico se plantea por vía de un peligro remoto o en que el juzgamiento del mismo dependa de una valoración sumamente objetiva o arbitraria.

7) Limitar y en cada caso analizar cuidadosamente las presunciones juris tantum de afectación de bienes jurídicos por peligro." 33/

 33/ Zaffaroni, Raúl. Op. Cit. P. 30.

6. "Versari in re illicita" y la responsabilidad "objetiva".

Desde el particular enfoque de los Derechos Humanos, relacionado con el principio de culpabilidad, se resaltan dos aspectos fundamentales:

1. Que no puede existir un hecho delictivo si no es doloso o culposo.
2. Que no puede haber delito si no podía exigírsele al sujeto que actuara conforme a derecho o en cualquier otra forma que provocara un resultado de menor relevancia.

Si no se presenta cualquiera de los dos enunciados anteriores, resulta imposible calificar a una acción como delictiva, y por tanto esto deviene ser una flagrante violación a los derechos humanos. Analizando el primer requisito, se puede deducir que no existe acción delictiva que pueda derivarse, si no es mediante una producción voluntaria o culposa de ésta. Se afecta de igual modo la esencia y fundamento del principio de legalidad, ya que el hecho de que únicamente sea considerada delictiva, toda conducta previamente establecida, tiene la finalidad de que las personas puedan conocer las acciones prohibidas y así puedan evitarlas, pero si dicha acción deviene por un mero accidente, la misma no puede serle reprochada a su autor.

Entendiendo el concepto de "Responsabilidad Objetiva" como aquella responsabilidad penal que se ocasiona sin la concurrencia de una conducta dolosa o culposa, se podría afirmar que el mismo es sólo un resabio histórico de las ya superadas instituciones del derecho penal antiguo, pero desafortunadamente, en latinoamérica, un pequeño sector doctrinario todavía la considera como una tercera forma de responsabilidad penal; las legislaciones penales que la admiten todavía, o que dan base a una interpretación que pudiera admitirla, siguen el principio "Versari in re illicita" 34/, el

34/ Principio penal que indica: "Quien quiso la causa, quiso el efecto."

cual comúnmente se manifiesta de las siguientes formas:

a) Previsiones especiales referidas a la provocación de estados de inimputabilidad o de inculpabilidad: Dichas situaciones se vinculan comúnmente a la embriaguez, en virtud de la tendencia general que se diera en latinoamérica de sancionar ésta como una forma de responsabilidad objetiva, situación que hoy en día ha venido en retroceso, en virtud que esta posición, encontraba su sustrato en tesis racistas que vinculaban la ingesta de alcohol al factor de empobrecimiento biológico de las razas inferiores (negra, indígena), con lo cual se llegó a establecer sobre todo en forma jurisprudencial a sancionar como doloso todo injusto cometido en estado de embriaguez; argumentos a los que se opusieron juspenalistas de la talla de Carmignani y el mismo Carrara, considerado padre de la escuela de los Juristas, quienes postularon el principio "Actio libera in causa". Guatemala en este sentido dispone en su artículo 27 C.P. que la embriaguez preordenada constituye una causa gravante de la responsabilidad penal, y acepta el principio de "actio liberae in causa" dentro del contenido del art. 23 C.P.

b) Los "delitos calificados por el resultado": Este particular tipo de situaciones en que puede caerse, y que violan los derechos humanos, se suscitan cuando se aceptan delitos, sin dolo ni culpa. Es decir aquellas figuras delictivas que aunque carecen de culpabilidad, dolosa o culposa dentro de la comisión del hecho, éste se reputa reprochable en virtud del resultado producido por el sujeto, aplicándose en esta forma el principio de la Responsabilidad Objetiva. Dentro de la legislación guatemalteca encontramos aún vestigios de este tipo de normas, que toman al resultado producido como eje de la penalización, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo de la culpabilidad, en dichas conductas; así, por ejemplo, en el artículo 22 del C.P: que comprende el caso fortuito, literalmente expresa que "no incurre en responsabilidad penal, quien con ocasión de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente", como puede observarse, si la fórmula que se comenta se interpreta analíticamente, si la

acción inicial por cualquier causa fuera ilícita, aunque el agente no hubiera tenido la intención de provocar el daño y hubiera actuado con la debida prudencia dicho resultado si le sería punible. Otros ejemplos los encontramos regulados en el Código Penal en los artículos 26 inciso 6. (atenuante de preterintencionalidad), el 126 (homicidio preterintencional), el 138 (aborto preterintencional), en los que es el resultado final el que se toma en cuenta para calificar la conducta y no la culpabilidad del agente; Igualmente en los artículos 127 y 150, se estipula una mayor sanción para los responsables de homicidio y lesiones culposas, si éstos se cometen bajo estado de ebriedad, con lo que "se está castigando una conducta (embriaguez) y tomándose como base para el reproche correspondiente. Entonces; está claro que lo que se reprocha es el resultado producido encontrándose el sujeto en estado de embriaguez que es la base del reproche" 35/; finalmente pueden citarse las normas legisladas en los artículos 136 y 154 del referido cuerpo legal. Así pues, con la aplicación del principio Versari in re ilícita y la Responsabilidad Objetiva, que basan el reproche penal en el resultado acaecido y no en la culpabilidad del responsable, se viola flagrantemente los derechos humanos, al juzgarse y condenarse las conductas por sus efectos, sin entrar a analizar el aspecto subjetivo de la persona, quien al final es sujeto y fin de toda legislación.

RECOMENDACIONES

"1) Propugnar que, en lo posible, el principio de culpabilidad y la necesaria correspondencia de la pena con los aspectos subjetivos del delito, se consagren constitucionalmente.

2) Propugnar interpretaciones de los textos legales que lo permiten, que en materia de embriaguez y de cualquier inimputabilidad o inculpabilidad provocada no lesionen el princi-

35/ Pérez Mínera, Edgar Roberto. "Remanentes del Principio Versari in re ilícita en la legislación guatemalteca". Tesis de Graduación 1991, pag. 69.

pio de que no puede haber delito sin dolo ni culpa.

3) Tener en cuenta que confundir el dolo del delito con la voluntad de embriagarse o de ingerir un tóxico es una equiparación del principio *versari in re illicita* y, por ende, de responsabilidad objetiva.

4) Propugnar interpretaciones de la fórmula *actio liberae in causa*, en los textos que la consagran, que no se traduzcan en una manifestación de un derecho penal de ánimo.

5) Rechazar la teoría de los llamados "delitos calificados por el resultado" en la medida en que con ella se entiende la consagración de una forma del *versari in re illicita*." 36/

7. Legítima Defensa de la Propiedad:

Dentro de las causas eximentes de responsabilidad penal comúnmente aceptadas, por la mayoría de legislaciones americanas, se encuentra la "legítima defensa", en virtud que se sigue la tesis de que todo bien jurídico es defendible por el afectado o por cualquier persona que desee hacerlo. En este sentido, la legítima defensa de la persona o la de otra, así como de sus bienes, es una circunstancia que justifica cualquier conducta y la deja fuera de toda punibilidad por parte del Estado.

En Europa, sin embargo, la Convención Europea de Derechos Humanos, planteó serias dudas sobre un particular tópico del aspecto que hoy nos ocupa, ¿se justificará la defensa de la propiedad, a costa de la vida del agresor? esta interrogante dividió el criterio europeo, pues en la Convención antes referida, expresamente se revalora el derecho a la vida como bien jurídico fundamental, y en tal sentido, preeminente sobre cualquier otro, por lo que taxativamente se legisló que:

36/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pág. 38, 39.

"2) La privación de la vida no se considerará en violación de este artículo si resultara del uso de la fuerza que no fuera más de lo absolutamente necesario:

a) Para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal;

b) Para efectuar un arresto legal o para impedir la fuga de una persona que esté legalmente detenida;

c) Para reprimir, conforme a la ley, un motín o una insurrección." 37/.

Para algunos países europeos incluso, esta excepción es aplicable sólo para el Estado y no para los particulares, por lo que puede verse la importancia y protección que en el ámbito europeo alcanza la vida humana. En el ámbito americano, aunque no se cuenta con una disposición análoga a la que contiene la Convención Europea, puede inferirse por su conjunto, y especialmente por lo regulado en el Pacto de San José, que la vida humana y su protección es el valor que encabeza el listado de derechos fundamentales, y que prevalece sobre todos los demás, pues es el pilar que permite disfrutar de los demás. Por esto debe ser revisada tanto a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial, el tratamiento que de la legítima defensa, referida al problema que se plantea, se ha dado. Guatemala, al igual que muchos de los países latinoamericanos contiene la legítima defensa de las personas y sus bienes sujeta a determinados requisitos: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Dispone también que si la defensa que se ejercita es la de algún pariente dentro de los grados de ley, de su cónyuge, o del padre o hijo adoptivo, no se requeri-

37/ Artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos suscrita en la ciudad de Roma, Italia el 4 de noviembre de 1950.

rá la presencia del literal c); y, dentro del mismo artículo se congloba la "Legítima Defensa Privilegiada", por la cual se entenderá que concurren las tres circunstancias que la ley especifica respecto de "aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos del morador." art. 24 del Código Penal.

Debe mencionarse que si bien es cierto, la legítima defensa de la propiedad, incluso a costa de la vida del agresor, es hoy en día aceptada por la mayoría de legislaciones a nivel latinoamericano, y por un considerable sector de estudiosos del Derecho Penal, en virtud del valor jurídico que la vida humana ha alcanzado en el plano de la legislación internacional en materia de derechos humanos, se genera una controversia, pues resulta lógico analizar si la intensidad de la acción defensiva que se ejercita en el caso analizado, en verdad justifica la que se está cometiendo para llevarla a cabo, pues según el pensamiento de un fuerte sector de la doctrina "Un orden jurídico no puede admitir un individualismo tal que lleve la defensa de los derechos hasta el extremo de hacer insostenible la convivencia humana convirtiendo la vida social en una selva de fieras individualistas". 38/

RECOMENDACIONES

- "1) Que la doctrina y la jurisprudencia traten de compatibilizar las fórmulas de la legítima defensa con el valor prioritario que cobra la vida humana en los textos internacionales.
- 2) Que se procure el perfeccionamiento de las fórmulas legales de la legítima defensa en el sentido señalado". 39/

38/ Zaffaroni, Eugenio R. "Tratado de Derecho Penal". T. III. P. 590

39/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pag. 40.

8. Manipulación de Excesos y errores en la Defensa y en el Deber Jurídico.

En la misma línea de pensamiento sostenida en el apartado anterior, encontramos la situación de los excesos y errores en la defensa y en el deber jurídico, situación que cobra relevancia para los derechos humanos, por la consuetudinaria práctica de poder a través de estos violar dichas garantías y salir impune de ello, hecho que se agrava cuando los infractores son parte del aparato de seguridad del Estado. Según esto, los puntos básicos de confrontación legislativa con los derechos humanos serían: "a) forma de punición de los errores vencibles acerca de situaciones fácticas de justificación (mal llamada "justificación putativa"); punición de los errores vencibles acerca de los límites jurídicos de la justificación, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho y de la falsa suposición de la existencia de una causa de justificación no reconocida por el derecho; c) punición del exceso en la justificación y, especialmente, en el cumplimiento de un deber jurídico." 40/. Dentro de las circunstancias antes señaladas quedan comprendidas las violaciones más comunes y que en consonancia con lo señalado en relación a la legítima defensa a costa de la vida de las personas, vemos el peligro de que por una valoración apresurada o superficial de un agente armado pueda ponerse en peligro la seguridad ciudadana. Guatemala sobre este aspecto legisla en el Código Penal, artículo 26 numeral 2o., el Exceso de las Causas de Justificación (en donde se contempla el legítimo ejercicio de un derecho) como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, y la Legítima Defensa Putativa como circunstancia eximente de responsabilidad penal, dentro de las causas de inculpabilidad, con el nombre de Error, en el artículo 25 numeral 3o., del mismo cuerpo legal.

40/ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 41

RECOMENDACIONES

"1. Que se revisen atentamente las fórmulas legales y las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto del error vencible con relación a cualquier situación fáctica de justificación o la existencia o límites jurídicos de los mismos, a efecto de no caer en una punición que por demasiado benigna deja desprotegidos bienes jurídicos fundamentales, particularmente frente a los agentes del Estado.

2. Que se proceda de la misma manera respecto del exceso o de las eximentes incompletas.

3. Que se cuide muy especialmente, tanto en lo legal como en lo doctrinario y lo jurisprudencial, que no se traduzcan en una incalificable benignidad o impunidad para los agentes del Estado que afectan bienes jurídicos fundamentales de modo ilícito." 41/

9. Inimputabilidad y Lesión de Garantías.

Guatemala al igual que el resto de países latinoamericanos, establece una marcada diferencia, respecto a la responsabilidad penal de las personas, entre aquellos que son imputables, y los que por su minoría de edad o su estado mental son considerados inimputables, artículo 23 C.P.; y aunque por esta circunstancia, los inimputables no pueden ser considerados autores de un ilícito penal, por no contar con la capacidad de razonamiento que permita hacer reprochable su conducta, y por lo tanto penalizarlos, deberían estar colocados fuera del ámbito penal, sin embargo, esto se resuelve en una forma diferente. Así, nuestro país siguiendo la corriente positivista que predominara en las décadas de los sesenta y los setenta, establece para los inimputables, así como para los otros sujetos considerados dentro de los estados de peligrosidad (*los reos a los que se les suspende la pena por trastorno mental,

41/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pag. 43.

*los delincuentes habituales, *los partícipes de una tentativa imposible, *y los vagos habituales) la aplicación de medidas de seguridad 42/, las cuales se consideraron por sus precursores como uno de los más significativos avances y adelantos dentro del Derecho Penal; hoy en día dicho argumento sería histórica y doctrinalmente rechazable, pues encubierto en él eslogan de que dichas medidas son una consecuencia totalmente diferente de la pena considerada como un mal impuesto por el Estado, nos encontramos con la realidad de que éstas también implican la restricción de ciertos bienes jurídicos, tales como la libertad o el patrimonio o por lo menos una limitación de éstos, y que muchas veces compromete estos bienes jurídicos en mayor medida que la misma pena, pues en la aplicación de éstas se consagra el principio de su indeterminación en el tiempo (art. 85 C.P.), y considerando que las medidas de seguridad de carácter curativo comprenden el internamiento en establecimientos de tratamiento psiquiátrico, de trabajo o de tratamiento especial (art. 88 C.P.) que comprende la privación de libertad y el tratamiento médico forzoso, resulta ilógico pensar que esta medida, que no tiene un tiempo determinado de duración y que restringe igualmente el valor libertad, pueda ser más favorable que una pena privativa de libertad que tiene una duración limitada, ya que **"un incapaz no puede estar en peor situación que quien tiene completa capacidad para delinquir"** 43/, y en virtud de esto no se concibe, a la luz de los Derechos Humanos, que una persona que tenga una enfermedad que no pueda ocasionar daños serios, pero que sea irreversible deba ser condenada de por vida a un internamiento psiquiátrico por ser estereotipado como "peligroso". Guatemala, desarrolla en el Código Penal título VII lo relativo a las Medidas de Seguridad, que pueden

42/ Medidas de Seguridad: "Ciertas disposiciones adoptables respecto de determinadas personas, no dentro de una idea de amenaza o de retribución, sino de un concepto de defensa social y de readaptación humana, por tiempo indeterminado" **Raymundo Del Río, citado por De Mata Vela y De León Velasco. P. 273.**

43/ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pag. 48.

ser según nuestra ley: a) Privativas de libertad (art. 88 incisos 1o., 2o., y 3o. C.P.); que incluye las que en doctrina se conocen como medidas curativas. b) Restrictivas de libertad, art. 88 inciso 4 y 5 del Código Penal; y c) Pecuniarias (art. 88 inciso 6o.) y aunque en nuestro medio no se apliquen, por que no se cuenta con la infraestructura necesaria y el personal especializado, considero que las mismas deben ser analizadas, ya que en nuestro medio se justifica su aplicación en base a que a través de las mismas, según los positivistas, se previene el delito y se rehabilita al delincuente, aunque esto en nuestro país sea desvirtuado por la legislación que las contiene pues sabido es que las medidas de seguridad "sólo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta", es decir que son postdelictuales, y no contándose con centros adecuados para el internamiento tampoco pueden ser rehabilitadoras. Lo más correcto sería que las medidas que pudieran aplicarse a inimputables, fueran legisladas y aplicadas por entidades administrativas que tengan especialización en el campo psiquiátrico, y que cuenten con el apoyo material y humano que permita alcanzar y desarrollar el fin y los objetivos de cuidado y readaptación de las personas a quienes se les aplique, sin que por ello se tenga una puerta abierta que permita por negligencia o arbitrariedad, la violación de las garantías mínimas que tienen derecho a gozar todas las personas no importando su estado físico o mental, su edad o condición.

RECOMENDACIONES

1) Fomentar la tendencia a eliminar las llamadas "medidas" para inimputables de la legislación penal, en relación con el establecimiento de una legislación psiquiátrica rodeada de garantías, que no apele a distinciones formales que conlleven el etiquetamiento de "peligroso" para cualquier paciente que hubiese sido absuelto por inimputable.

2) En tanto que las "medidas" para inimputables permanezcan en las leyes penales, se limite su aplicación a personas que por su enfermedad requieran un tratamiento estricto y que hayan protagonizado hechos de gravedad.

3) La limitación temporal de las mismas a un período que no exceda del término medio de la pena que le hubiese correspondido a la persona en caso de ser imputable, sin perjuicio de que si permanece la enfermedad, pueda ser sometido al régimen legal para enfermos mentales ordinarios.

4) La limitación material de las medidas para inimputables a tratamientos que no importen el deterioro del psiquismo o pérdida de tejido nervioso o peligro serio de los mismos, ni sensaciones dolorosas intensas.

5) La limitación de la internación a lo que sea necesario para el tratamiento de la persona, permitiendo que el juez concerte con la institución responsable del tratamiento las modalidades del mismo, conforme a la evolución del paciente.

6) Postular dichas limitaciones de lege ferenda como también de lege lata, propugnando una interpretación doctrinaria y jurisprudencial en tal sentido, integrando dogmáticamente la ley penal con los textos constitucionales e internacionales de mayor jerarquía normativa.

7) Cuidar que el sentido de estas "medidas", en tanto permanezcan en la legislación penal, sea el de procurar un adecuado tratamiento a la persona, poniéndola a cubierto de los efectos de una arbitraria asignación de "peligrosidad" por parte de autoridades administrativas o sanitarias". 44/

10. Desconocimiento de la co-culpabilidad:

La honda crisis socio-económica, en la que se han visto inmersos en los últimos años los llamados países subdesarrollados, o en el mejor de los casos en vías de desarrollo, dentro de los que se encuentran los latinoamericanos, ha generado que en sus sociedades se registren marcadas y considerables diferencias sociales y económicas, lo cual deviene en crear una estructura donde sus integrantes no disponen de un mismo

44/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pags. 51 y 52.

"espacio social", entendido éste por el conjunto de medios económicos, que le permitan disfrutar de las condiciones de vivienda, salud, alimentación, educación, cultura, recreación, etc., que se ajusten a los derechos humanos mínimos que toda persona deviera gozar por su misma naturaleza humana. Esta situación no puede ser ajena al Derecho Penal, por el alto grado de relación de éste con la humanidad. Es por ello que sólo en la medida en que el Estado alcance el bienestar general de la población, pueda adquirir la legitimidad necesaria como para ejercer su imperio y exigir el respeto a sus normas; de igual forma, dentro de la sociedad misma, puede afirmarse que quien goza de mejores condiciones o de un espacio social más amplio es más reprochable que aquel que cuenta con condiciones infra humanas de sobrevivencia, así se ha concluido que "cuando las diferencias son acentuadas, es incuestionable que el espacio social amplio es un privilegio que, si no puede extenderse al resto, al menos es intolerable que sea usado para infringir las normas, e inversamente debe contemplarse también a los que tienen un espacio social considerablemente reducido. 45/

En este sentido, ejercer con la misma intensidad el mismo reproche para con las actuaciones antijurídicas de personas que tienen posiciones privilegiadas en una sociedad, que aquellas que están sumidas en la miseria es violatorio del principio de igualdad, pues éste no significa aplicar la ley ciegamente por igual a todos, sino tratar igualitariamente a quienes se encuentren en una misma situación; así, la carga de reprochabilidad jurídica que debe dejar de hacerse a quien se encuentra en una situación de crisis económica, debe ser soportada por la sociedad que originó dicha crisis. Esta tesis de que es la sociedad la que debe responder por la carga del reproche que se le reste a quien padece de una carencia social, en virtud que es ésta y no aquél la que motiva dicha carencia, es la que en los últimos tiempos se ha denominado CO-CULPABILIDAD, cuyos orígenes pueden ubicarse en el

45/ Zaffaroni, Eugenio Raúl, op. cit. pag. 59

período humanitario del Derecho Penal, en los albores de la Revolución Francesa. Dicho pensamiento se encuentra regulado hoy en día en algunos códigos penales dentro de nuestro continente, entre ellos el colombiano que contempla en su artículo 64, "Atenuación Punitiva. Son circunstancias que atenúan la pena, en cuanto no hayan sido previstas de otra manera: 9a) La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto haya influido en la ejecución del hecho....", y por otra parte en su artículo 66, expresa que "Agravación punitiva. Son circunstancias que agravan la pena siempre que no hayan sido previstas de otra manera: ... 11) La posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio...". En nuestro país encontramos una vaga idea de la co-culpabilidad únicamente como función de atenuante en el artículo 26 inciso 9o. que reza "Ignorancia. 9o. La falta de ilustración dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución." que como se puede apreciar es más limitativa que la fórmula colombiana, por cuanto limita la atenuante a la naturaleza del delito. Creo conveniente que en este aspecto, se inicie una revisión legislativa y se profundice sobre la concepción teórica de la co-culpabilidad, en virtud que en nuestro país la mayoría de la población vive sumida en una pobreza total, y el mayor porcentaje de hechos delictivos son de carácter patrimonial, ya que a través de esta tesis se logra introducir un mínimo de justicia social en cuanto a la cuantificación de las penas.

RECOMENDACIONES

1) La sanción legislativa de fórmulas que permitan valorar el espacio social concreto de la persona y adecuar el reproche jurídico al mismo.

2) La sanción legislativa de fórmulas que permitan la reducción del mínimo de la escala legal del delito cuando a la culpabilidad acorde con el espacio social corresponda una pena que estuviese por debajo de ese mínimo y que, no obstante, no llegase a configurar una necesidad eximente.

3) El desarrollo de la doctrina penal en el sentido de profun-

dizar el concepto y el alcance de la co-culpabilidad (o situaciones con escaso espacio social) y a perfeccionar su elaboración teórica. 46/

11. La Responsabilidad por negligencia en los delitos culposos.

En el campo de los Derechos Humanos, lo que más interesa en cuanto a la responsabilidad que contemplan los delitos culposos ocasionados por la negligencia de las personas, es si tal responsabilidad efectivamente está protegiendo adecuadamente bienes fundamentales, entre ellos básicamente la vida humana.

Con el avance que tiene el mundo en la actualidad, en donde día tras día avanza el proceso de mecanización, resulta incuestionable, que la vida humana está hoy más comprometida que nunca por las negligencias en que pueda incurrir cualquier persona, aunque por regla general, la protagoniza un sector que no es el mayoritariamente criminalizado, es notorio que no se sancionen múltiples delitos cometidos por empresarios que violan reglas básicas de seguridad, o constructores que utilizan en sus obras materiales de ínfima calidad, aún más cuando se trata de constructores que trabajan para el Estado y que estando comprometidos para una obra no acaten ni las reglas de seguridad en la construcción de la misma, ni los resultados dañosos que se pueda provocar por la deficiente ejecución del mismo, así también no se legisla nada en contra de los que contaminan con residuos tóxicos el medio ambiente, o ponen en peligro la vida de la población con productos de consumo diario que o no cuentan con las vitaminas que legalmente están obligados a suministrar, o contienen bacterias nocivas a la salud, situaciones que a lo sumo son apenas matizadas en los códigos penales. Esto se manifiesta en la benignidad con que se penaliza el homicidio culposo, mayoritariamente en tránsito, en donde el máximo

46/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pag. 61

de las penas muchas veces no responde a la tutela del principal de los bienes del hombre, la vida. En latinoamérica las penas por homicidio culposo desde un máximo que van desde ocho hasta un año de prisión. Guatemala, por ejemplo que contiene esta figura en su artículo 127, le asigna una pena máxima de cinco años en su forma simple y en la agravada por determinadas causas como la ebriedad o por el tipo de transporte, puede subir hasta siete o diez años. Esta variación que se da en los límites de la escala penal a nivel latinoamericano hace pensar que es necesaria una revisión de los límites por el valor fundamental que están llamados a tutelar. Esto además que en nuestro país se regula que para el homicidio culposo, en el caso de que se provoquen varias muertes por el mismo hecho, o se den además de la muerte lesiones, la pena únicamente se aumenta en tres años, es decir un máximo de ocho, no importando el número de víctimas. (art. 127 C.P.) Iguales observaciones se hacen con respecto a las lesiones culposas, que nuestro código penal regula en su artículo 150, en donde también se da un tratamiento benigno a los responsables, pues no importando el tipo de lesión ni el número de personas afectadas, la pena tiene como máximo dos años de duración, límite muy inferior al que se le asigna al delito de lesiones gravísimas, aunque ambos hechos provoquen los mismos resultados, o el culposo aún más nefastos.

RECOMENDACIONES

"2) La revisión legislativa de las escalas penales del homicidio y de las lesiones culposas, a efecto de proveer una adecuada protección jurídica a la vida y la integridad física de las personas." 47/

12) Desconocimiento de Principios Básicos en materia de Tentativa y de Participación.

Dentro de este núcleo problemático de los Derechos Humanos, podemos distinguir los siguientes aspectos:

47/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pag. 64

a) La criminalización de Actos preparatorios: En el campo del derecho penal, los actos preparatorios, que son todas aquellas conductas o actividades que el delincuente puede realizar con anterioridad a la comisión de un hecho delictivo, pero que son totalmente ajenos y previos a la ejecución propia del delito, no pueden ser penalizados, en virtud que no ponen en peligro ningún bien jurídicamente tutelado. Sin embargo, pese a las profundas diferencias que existen entre la tentativa y los actos preparatorios, algunos textos legales han seguido la corriente de penalizar de acuerdo a la tesis de la inequívocidad o univocidad de los actos de tentativa, muchas conductas que son consideradas simples actos preparatorios. Visto desde este punto de vista, tal criminalización es violatoria de los Derechos Humanos, en virtud que estos hechos pueden ser equívocos, y que no representan peligro ninguno, por lo que según el principio de racionalidad, no puede haber delito sin un bien jurídico que al menos sea puesto en peligro. Nuestro país al respecto no hace mención alguna sobre los actos preparatorios, y únicamente se limita, por vía de excepción a penalizar ciertos actos que son tratados como delitos sui generis: "cuando revelan de un modo seguro el propósito de delinquir o cuando encierran un grave peligro." 48/ Como la tenencia de explosivos, o la tenencia de instrumentos de falsificación, arts. 287 y 333 del C.P.

b) La forma de tratamiento de la "Tentativa Imposible": Comprendidos dentro de la expresión "tentativa imposible", la legislación guatemalteca en su Código Penal, artículo 15, congloba los institutos penales de la Tentativa inidonea, "si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados..." y el delito imposible, "o sobre un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho resulte totalmente imposible...." los cuales, pretendiendo eludir la imposición de una pena, para actos o conductas que no afectan bienes jurídicos en forma alguna, prescribe en lugar de ésta, la aplicación de una medida de seguridad, circunstancia que no deja por ello de ser violatoria de los Derechos Humanos, pues conduc-

48/ Cuello Calón, Eugenio, Op. Cit. pag. 622

tas atípicas e impunes corren el riesgo de ser convertidas en típicas mediante esta fórmula, por ejemplo, un acto de vudú que no es considerado delito en nuestro medio podría ser considerado como una tentativa imposible de homicidio y se le aplicaría una medida de seguridad con los problemas y violaciones que de las mismas se han señalado en este trabajo.

c) Problemas relacionados con el Encubrimiento: El encubrimiento como forma de participación en el delito, constituye otra grave violación a los derechos humanos, ya que lesiona el principio de racionalidad del derecho penal, al atribuirle a una persona, haber tomado parte en un hecho sucedido en el pasado. Guatemala, en su anterior Código Penal (Decreto Legislativo 2164) lo reguló como forma de participación en el delito, junto a la autoría y la complicidad, en su artículo 32; afortunadamente, dicha situación fue modificada por la actual legislación, la cual fundamentada principalmente en las ideas que sobre dicho tema expresara el connotado penalista Karl Binding, lo sitúa como una figura delictiva autónoma, contenida en el Título XIV, capítulo VI, artículos del 474 al 476. Sin embargo, dicha tipificación todavía conserva un punto de contradicción con los Derechos Humanos, en virtud que en su forma simple, Encubrimiento Propio, se le asigna una punibilidad cuya cuantía se establece entre los dos meses a tres años de prisión, pena que podría implicar una mayor punición para el encubridor que la que se le asignara al autor o cómplice de aquellas figuras delictivas cuyo límite máximo sea menor que el asignado para ésta (dentro de estos delitos cuya pena máxima es menor encontramos los contenidos en los artículos 134, 142, 150, 159, 176, etc.) o también en el caso de todas aquellas figuras delictivas que únicamente se sancionan con una multa, en las cuales el encubridor, siempre sería sancionado con una pena de prisión por mínima o conmutable que esta sea. La Ley de la Narcoactividad, recientemente aprobada, contempla dentro de su articulado dos formas de encubrimiento, distintas a las contenidas en el Código Penal, éstas son:

a) Encubrimiento Real, contenido en su artículo 50, según

el cual comete dicho ilícito, la persona que con el fin de conseguir un provecho para sí o para algún tercero, sin haberlo concertado previamente, oculte, adquiera o reciba dinero u objetos con pleno conocimiento de que proceden de un hecho delictivo de los contemplados en esta ley, o sirvieron para cometerlo, sancionando dicha conducta con una pena de tres a cinco años de prisión y una multa de un mil a cien mil quetzales; y b) El encubrimiento personal, contenido en su artículo 51, el cual consiste en ayudar sin previo consentimiento, pero con conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, a cualquiera de los responsables a eludir las investigaciones de la autoridad o poder sustraerse de ésta, sancionándolo con una prisión de dos a cinco años y una multa de un mil a cien mil quetzales. Para el tema que se desarrolla en este apartado, debe resaltarse que como la aplicación de estos delitos de encubrimiento necesariamente quedan ligados a cualquiera de los delitos contemplados en esta ley, se mantiene el núcleo problemático que nos ocupa, pues si una persona encubriera en forma personal al responsable de un delito de Alteración (art. 42), quedaría sujeto a una pena restrictiva de libertad, cuyo mínimo -dos años- es igual al máximo de la pena asignada al delito que se encubre, y en relación a la pena de multa, el valor máximo que puede imponérsele al autor del delito de alteración es apenas el 10% del máximo que puede imponérsele al autor de encubrimiento personal. Por todo esto, la doctrina actual se inclina a que en el caso del delito de encubrimiento, "su penalidad no puede exceder la de los autores y cómplices del delito encubierto, pues en tal caso, se sobreponen los intereses de la administración de justicia a los bienes jurídicos tutelados." 49/

RECOMENDACIONES

"1) Procurar por vía legislativa e interpretativa, excluir del ámbito de la tentativa los actos preparatorios, evitando fórmulas e interpretaciones que extiendan el ámbito de lo punible a actos que no afectan bienes jurídicos.

49/ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pag. 67.

- 2) Propugnar para la tentativa escalas penales atenuadas en forma obligatoria.
- 3) Excluir del ámbito punible las llamadas "tentativas inidóneas" o "delito imposible", incluso mediante "medidas".
- 4) Consignar en las fórmulas legales de la tentativa o erigir en requisito de ésta por vía interpretativa, la idoneidad de la misma.
- 5) Promover escalas penales obligatoriamente atenuadas para los simples cómplices.
- 6) Promover la derogación de las fórmulas que consideran al encubrimiento como forma de participación.
- 7) Cuidar que en las escalas penales para la tipificación autónoma del encubrimiento en la forma simple, la pena no supere la que correspondería a los autores y partícipes del delito encubierto". 50/

13. Problemática vinculada a la magnitud de las penas.

En latinoamérica, pese a sus semejanzas culturales, sociales, políticas y a la semejanza en los problemas de delincuencia que afrontan, los límites máximos en sus respectivas escalas de punibilidad son totalmente dispares, pues mientras un reducido grupo de países contemplan en su legislación todavía la aplicación de la pena capital o pena de muerte, entre estos Guatemala; y otros todavía contemplan la pena perpétua de prisión, instituciones hartamente criticadas en la doctrina, otros Estados regulan sus límites máximos de prisión personal entre una duración que comprende desde los 40 años (1 código), 30 años (11 códigos incluido el nuestro), 25 años (1 código), 20 años (2 códigos) y 16 años (1 código)

go) 51/. Por lo que resulta cuestionable que entre países de una misma situación social como se expresara anteriormente, las alternativas sean tan lejanas, máxime si se toma en cuenta que los límites referidos, pueden ser considerados tradicionales ya que no se han efectuado estudios o análisis que permitan hacer una realista y adecuada valoración de las necesidades de tutela de los bienes jurídicos protegidos así como del objetivo social de readaptación efectiva que dichas penas alcanzan en quienes las sufren o han sufrido.

En materia de derechos humanos, la tendencia general de los instrumentos que se han suscrito, entre ellos especialmente la Convención Americana, es la de abolir la pena capital, por considerarla en muchos casos hasta una forma de tortura psicológica para quien se le impone; en cuanto a las penas de duración prolongada, se ha señalado que las mismas causan un deterioro irreversible después de cierto número de años, lo cual no puede ir acorde a los fines que la Convención Americana les asigna en su artículo 5 inciso 6.: "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados." Se ha sostenido igualmente en el ámbito de los derechos humanos, que las penas muy extensas de prisión tienen por objeto el inutilizar a los condenados, de modo que no resulte reprochable para los Estados, como sería si lo hicieran por otros medios, por ejemplo la necrosis eléctrica del tejido nervioso.

RECOMENDACIONES

1) La abolición de la pena de muerte y de las penas perpetuas.

2) Una urgente revisión legislativa y doctrinaria de los límites máximos vigentes en la mayoría de los países para las penas privativas de libertad a la luz de los fines que los instrumentos de derechos humanos asignan a las mismas.

3) El establecimiento de límites máximos de privación de libertad que no excedan de aproximadamente veinte años." 52/

14. Desigualdades en la concesión de beneficios.

El derecho de igualdad ante la ley, es uno de los que más lesiones puede tener dentro del derecho penal, en este apartado se pretende analizar los casos más relevantes y comunes que en materia de concesión de beneficios que otorgan la libertad, se suele incurrir:

a) La reparación del daño causado como requisito previo: Dentro de los beneficios que pueden concederse a las personas condenadas, y que se encuentra contenido en la mayoría sino en todos los códigos penales latinoamericanos, encontramos el de la Libertad Condicional. Dentro de los requisitos que suelen establecerse para la concesión de este beneficio se encuentra el de que el delincuente debe haber reparado el daño que el delito provocó, situación que afecta el derecho a la igualdad en virtud que únicamente podrán cumplir tal exigencia las personas que tengan la capacidad económica que les permita hacerlo e inversamente, la gran mayoría de delincuentes que no cuenten con fondos para ello automáticamente quedan excluidos del mismo.

En nuestro Código Penal, se regula la Libertad Condicional en los artículos del 78 al 82, y en relación al requisito que nos ocupa, en su inciso 3o., se indica que es necesario que "...haya restituido la cosa y reparado el daño en los delitos contra el patrimonio y, en los demás delitos, que haya satisfecho, en lo posible, la responsabilidad civil a criterio de la Corte Suprema de Justicia.", por lo que como se puede apreciar, si bien la disposición no es tan restrictiva, debemos tomar en cuenta en primer lugar que la mayoría de delitos que se cometen en nuestro país son de carácter patrimonial, con lo que la reparación del daño al tener que ser total para

este grupo, prácticamente está limitando en la mayoría de casos el acceso a este beneficio, en segundo lugar, con respecto al resto de delitos la fórmula que plantea el código deja una amplia discrecionalidad en cuanto al monto que hay que cubrir para poder estar en condiciones de disfrutarlo, y finalmente, tiene que volverse a insistir en que siempre se debe tener en cuenta la situación de supervivencia económica que se atraviesa en Guatemala para poder aplicar dicho sustitutivo penal, y analizar más concienzudamente si no es posible implementar otra clase de medidas, como pudiera ser la de fijar a la persona que está gozando de esta libertad como condición de ella la amortización de las responsabilidades civiles en cuotas acordes a sus ingresos personales.

b) El límite máximo de la condena como requisito para disfrutar del beneficio; otro de los contrasentidos que en materia de derechos humanos se encuentra con respecto a los requisitos del beneficio analizado, lo constituye el que contemplan muchas legislaciones, entre ellas la nuestra, al limitar la aplicación de éste sólo para condenas mayores a los dos o tres años. Dicha actitud se ha querido fundamentar racionalizando que si en las penas de corta duración se permitiera la aplicación de la libertad condicional, éstas perderían su función "rehabilitadora", y por ende, también su carácter preventivo por convertirse en ínfimas las combinaciones que pudieran hacerse. Dichos razonamientos no encuentran respaldo en el campo de los Derechos Humanos, pues no se concibe que se le prive en mayor forma a una persona del bien jurídico libertad, sólo por haber cometido un injusto de menor gravedad, y seguir este criterio implica violar el principio de racionalidad de la pena, pues si a dos personas que hubieran sido condenadas a dos años once meses una y a tres años de prisión la otra no se justificaría que, al aplicársele el beneficio señalado, la primera pasara más tiempo en prisión que la segunda, siendo esta última la que cometió un injusto más grave. En nuestro medio, este aspecto sí nos afecta, puesto que el límite que se establece para gozar de la Libertad Condicional, debe exceder a los tres años, implicando esto las situaciones antes relacionadas.

c) Otro de los modos en que se suele vulnerar el principio de igualdad, consiste en el requisito que muchos países exigen para la aplicación de la Condena Condicional, y que consiste en que el recluso no haya sido condenado con anterioridad, lo cual deviene en ser una clasificación que no es tolerable ante dicho principio. Nuestro país, en su Código Penal contempla el beneficio de la Condena Condicional bajo el nombre de Suspensión Condicional de la Pena, en sus artículos del 72 al 77. Y también limita su aplicación con el requisito contenido en su artículo 72, inciso 2o., en el cual se establece que el condenado, para optar al mismo, no debe haber sido condenado anteriormente por delito doloso, por lo cual, si una persona cometió un delito culposo dicho beneficio sí puede aplicarse, circunstancia que implica una nueva violación a los Derechos Humanos, por que dichos delitos culposos, entre los que se encuentran el Homicidio y las Lesiones, no impedirían que una persona disfrutara de la suspensión, en cambio si alguien hubiere cometido un delito doloso como el hurto no podría disfrutarlo, y esto parece irracional pues es inadmisibles que de este modo se reprima en forma más severa al que lesionó el patrimonio que a quien lesiona la vida o la integridad de las personas.

RECOMENDACIONES

"1) Que en la regulación legal de las condiciones para beneficios y sustituciones, en su interpretación doctrinaria y jurisprudencial se cuide de evitar meticulosamente cualquier afectación al principio de igualdad o tendencia a criterios discriminatorios." 53/

15. Problemática de la Individualización Punitiva en Relación con la Peligrosidad como medida de Cuantificación.

En las legislaciones latinoamericanas, influidas grandemente por el movimiento positivista, muchos textos penales, entre ellos el guatemalteco, hacen referencia expresa a la peligrosi-

dad como factor cuantificante de las penas que se imponen. De esta forma se crea una dependencia directa de dicho concepto con el determinismo de los resultados que el mismo prevé, con lo cual se rechaza expresamente la capacidad de decidir del ser humano, pues si se infiere que una persona por ser considerada peligrosa debe ser reprimida más severamente por un ilícito, en virtud de su posible reincidencia, se le está negando la posibilidad de que él pueda decidir a cambiar su conducta, en este sentido los conceptos de "peligrosidad" y "persona" son términos incompatibles, ya que como exponen varios autores, "la peligrosidad requiere que haya una clasificación de personas, en que las superiores puedan juzgar a las inferiores, pues es el único modo de considerarlas "peligrosas". 54/; y es esta clasificación de peligrosos y no peligrosos la que afecta a los Derechos Humanos, ya que la peligrosidad o como se le quiera llamar no es más que un cierto grado de pronóstico basado en probabilidades de conducta que sirve para cuantificar la pena, de este modo lo contempla nuestro Código Penal en su artículo 65; y esto actualmente es discutible, puesto que no puede tomarse medida de cuantificación penal una mera probabilidad, ya que el límite de las mismas debe basarse en la culpabilidad y no en estos medios. Un último aspecto que debe señalarse también dentro de la cuantificación penal, es la falta de desarrollo doctrinario con que ésta cuenta, y que se ha visto reflejado en los amplios márgenes de punibilidad que se dan en el derecho penal, con lo que la discrecionalidad de la punición puede ser considerada muchas veces arbitraria o sujeta al azar, lesionándose con ello la seguridad jurídica de las personas, pues si el sistema de flexibilidad de la pena no lesiona la legalidad, dejar dicho sistema sujeto a criterios arbitrarios sí.

RECOMENDACIONES

"2) Insistir en la incompatibilidad conceptual e ideológica de la peligrosidad en sentido tradicional y los Derechos Huma-

54/ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *ibidem* pag. 74.

nos.

3) Limitar los efectos de cualquier consideración fundada en pronóstico de conducta o en la prevención especial a disminuir eventualmente la cuantía máxima de la pena señalada por la culpabilidad del acto, pero nunca a aumentarla.

5) Promover un rápido desarrollo doctrinario de la Teoría o derecho de cuantificación o individualización penal y un perfeccionamiento de las fórmulas legales que reduzcan en la mayor medida posible la arbitrariedad en este ámbito." 55/

16) Multa e Igualdad:

La multa como pena principal, es considerada en la doctrina como uno de los mejores medios para poder sustituir las penas restrictivas de libertad; esto en latinoamérica sin embargo cuenta con varios obstáculos, empezando por la estructura económica de nuestros países y su marcada estratificación social, situación que deviene en lesionar el principio de igualdad, aunque se siga el sistema de flexibilidad en la pena como lo contempla Guatemala, puesto que los límites máximos de la multa puede resultar de relativa o hasta insignificante magnitud para algunos, y los límites mínimos pueden ser agobiantes y hasta inalcanzables para otros. Esto, aunado a que por lo variable de nuestro sistema y los riesgos que el fenómeno de la inflación monetaria genera, de producir una devaluación como en muchos países latinoamericanos acontece, deviene en poner en peligro los bienes jurídicos por la desprotección que una posible devaluación conllevaría. Por ello, puede afirmarse que el sistema de multa fija o flexible, es o puede fácilmente ser violatorio de los Derechos Humanos, tanto por violentar el principio de igualdad, como por posibilitar la desprotección de determinados valores fundamentales. Una alternativa para poder implementar los beneficios de la pena de multa, sería el de optar por el sistema de "día multa" o "sistema nórdico" como también se le conoce, siem-

55/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pag. 76.

pre que se regule adecuadamente, pues hay países que lo siguen como el caso de Brasil o México, que pueden resultar desiguales en su límite máximo, por eso de las dos vertientes de este sistema, el de Renta Real al estilo de Alemania resulta menos recomendable que el de Renta Potencial de origen Austríaco, que aplicando los principios de intrascendencia, humanidad y racionalidad de la pena, es el más adecuado, ejemplo de este último lo encontramos en el Código de Costa Rica.

Otra grave lesión a los Derechos Humanos en materia de la Pena de Multa, lo constituye el hecho de que se establezca su conversión a prisión en caso de falta de pago. Guatemala regula esto de tal modo que la insolvencia da lugar a la conversión sin ningún otro tipo de opciones previas como podría ser el pago mediante prestación de libre trabajo, esta actitud es lesiva por cuanto equivale a una prisión por deudas, por ello se recomienda que la conversión sólo se efectúe cuando la insolvencia se mantenga en forma maliciosa, es decir cuando pudiendo pagar no se quiera hacer o se pretenda eludir; finalmente, otro aspecto violatorio de la conversión es el tiempo máximo de la privación de libertad sustitutiva puesto que en los países latinoamericanos varía de noventa días a cinco años. Guatemala tiene como máximo 3 años, aspecto que por lo antes expuesto debe analizarse para que dicha sustitución sea proporcional a las penas privativas de libertad que reemplaza.

RECOMENDACIONES

- "1) El establecimiento del sistema del "día de multa" conforme al criterio de la renta potencial del capital, con estricta observancia de los principios de igualdad, intrascendencia o personalidad, humanidad y racionalidad.
- 2) El rechazo de la conversión automática en razón de la mera insolvencia, como de cualquier otra situación que pueda dar lugar a una injusticia tan notoria como la prisión por deudas.

3) El establecimiento de límites máximos a las privaciones de libertad sustitutivas de la multa que guarden una razonable proporción con las penas de esa naturaleza que la multa reemplaza en la respectiva legislación.

(En el curso de la discusión de Buenos Aires se ha cuestionado la pena de multa como lesiva del principio de igualdad cuando opera como pena única)." 56/

17. Inhabilitaciones Accesorias a la privación de Libertad como Punición Infamante.

No puede concebirse actualmente, la existencia de penas infamantes, entendiéndose por éstas "las que privan o lesionan el honor y la dignidad del condenado, teniendo por objeto humillar al condenado." 57/; esto en razón de que las mismas penas restrictivas de libertad hoy en día ya no se conciben como un mal o un castigo, sino más bien como un medio de reforma y readaptación social de los condenados. De este modo, la aplicación de penas accesorias no plantea ningún problema en el ámbito de los derechos humanos, siempre y cuando no se incurra en un sentido infamante al aplicar las mismas, es decir que siempre que la función de las penas accesorias se pretenda ejercitar por medio de la infamia del condenado, la misma lesionará garantías como la dignidad y el honor de las personas. Entre los indicios que pueden ayudarnos a determinar cuando una inhabilitación es lesiva para los derechos fundamentales de las personas encontramos:

- a) Cuando las inhabilitaciones accesorias exceden el tiempo de duración de la pena.
- b) Por regla general la "inhabilitación absoluta" es históricamente considerada infamante.

56/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pags. 78 y 79

57/ De Mata Vela y De León Velasco, Op. Cit. Pág. 260

El Código guatemalteco contempla como penas accesorias, la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial, artículos 42, 56, 57, 58, del Código Penal.

RECOMENDACIONES

"1) La urgente eliminación de cualquier medida o pena accesoria a la privación de la libertad, de contenido marcadamente infamante.

2) El análisis particularizado de todas las inhabilitaciones que acompañen a penas privativas de la libertad, a efectos de establecer su carácter y rechazar las que respondan a objetivos puramente infamatorios."

3) Tener en cuenta que las dos recomendaciones precedentes no obstan en absoluto a la imposición de penas accesorias de inhabilitación considerablemente prolongadas a autoridades o partícipes de crímenes contra la humanidad o gravísimos abusos o usurpaciones del poder, cuya amnistía e indulto sería incluso recomendable que estuviesen vedados por disposición constitucional." 58/

18. Reincidencia y Habitualidad como conceptos estigmatizantes.

La idea de una mayor penalización, no basada en el delito mismo, sino en un delito anteriormente cometido, que ya fue previamente criminalizado, plantea cuestiones muy interesantes para analizar en materia de Derechos Humanos. Así, la primera es si esta actitud no constituye una violación al principio *non bis in idem*. Quienes apoyan la aplicación de penas más gravosas en base a delitos anteriores, plantean su fundamento en el sentido de que "se trata de una segunda infracción normativa, que presenta mayor contenido injusto, mayor grado de culpabilidad o revela una mayor peligrosidad

en el autor." 59/; por su lado, la corriente que no está de acuerdo con dicha tesis argumenta que todo tipo de injusto que se vea agravado por la existencia de un ilícito anterior necesariamente tiene que hacer referencia a este último, situación en la que se cae si se intenta predecir en la misma forma una mayor peligrosidad o posibilidad de volver a delinquir; y en virtud de estas posiciones encontradas, la posición que más se apega al espíritu de los derechos humanos actualmente, es la que tomarán los legisladores colombianos quienes para evitar estos problemas decidieron no hacer referencia alguna a delitos anteriores en su cuerpo legal, ello evita que se cometa un aumento en la penalidad por causa de un delito ya juzgado, y por que también se evita, de este modo, que se lleve a una clasificación de las personas entre "disciplinados" e "indisciplinados", que implica una estigmatización penal de las personas. Dentro de estas referencias a delitos anteriores en que suelen incurrir las legislaciones, encontramos: a) la reincidencia; b) la multireincidencia o habitualidad, y c) la profesionalidad, analizaremos las dos primeras por ser las que implemente nuestra legislación:

a) Reincidencia:

En la legislación latinoamericana, hacen referencia a la reincidencia sólo en base al hecho que la persona haya sido condenada por un delito anterior no importando si cumplió la pena o no, de donde se desprenden dos clases de la misma: a) Reincidencia Real; la que considera reincidente al que ha cumplido pena con anterioridad; y b) Reincidencia Ficta: la que sólo exige la existencia de una condena anterior haya o no cumplido la pena, criterio que sigue la legislación guatemalteca en su artículo 27 inciso 23; de éstas, la Real es la que más responde a la teoría del tratamiento al poderse intuir la insuficiencia de la pena anterior, mientras la ficta únicamente fundamenta el deslucido rol del estado para poder brindar seguridad jurídica, aunque la posición de las legislaciones generalmente sea la de reforzar la autoridad del Estado,

59/ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Pag. 87

quien así impone una pena más grave al indisciplinado que vuelve a desafiarlo.

Las consecuencias de la reincidencia pueden aceptar la siguiente clasificación: a) la que autoriza a aumentar la escala penal del segundo delito; b) la que opera como agravante genérica del segundo ilícito, situación en la que se ubica nuestro país; y c) la que autoriza la imposición de una medida de seguridad. En general, un efecto común de la reincidencia es el hecho de impedir que se otorgue a los condenados determinados beneficios como sería en nuestro medio la prohibición de otorgar el Perdón Judicial (art. 83 inciso 1o.) o la suspensión condicional de la pena (art. 72 inciso 2); en lo referente a la "prescripción de la reincidencia", puede ir desde una duración vitalicia hasta tres años. Guatemala la contempla en diez años (art. 34 C.P.). Finalmente, debe señalarse que estos puntos anteriormente expuestos llevan a la conclusión de que este tipo de regulación viola los principios de igualdad ante la ley, la racionalidad de las penas, el fin readaptador de la pena privativa de libertad y el Registro de las condenas anteriores colocan al que la sufrió en un plano de desigualdad y en una posición estigmatizada, que repercute en su vida social impidiéndole su incorporación efectiva a ésta. Guatemala padece en alto grado de este problema, y aunque constitucionalmente se consagra en su artículo 22 que los antecedentes penales no son causa de restricción de derechos, la realidad es otra y se convierte en el que los posee en una medida que los señala y los pone en un plano de desigualdad y marginamiento social.

b) **Habitualidad:**

El concepto de habitualidad es en muchos casos ignorado por un cierto grupo de códigos penales latinoamericanos, tal el caso de Brasil, Colombia, Puerto Rico, etc. Otros agravan la escala penal por su apareamiento, y la limitan a veces a la preexistencia de la reincidencia, otras tendencias en cambio, ni siquiera requieren de una anterior de ésta. Sobre los problemas que para los derechos humanos plantea la habitualidad, es posible señalar los anteriormente mencionados

por la Reincidencia, pero puede señalarse otros aspectos particulares de ésta, como sería el hecho de que con la habitualidad la punición que se le impone al condenado ya no guarda relación al último delito que éste cometió, por que no se base en éste, sino más bien responde a un signo de desaffo de la persona a la autoridad estatal que debe ser escarmentado, lo cual viola profundamente los derechos fundamentales de la persona. Guatemala, regula este aspecto en su Código Penal en los artículos 27 inciso 4o. en donde se conceptualiza a la reincidencia como la circunstancia agravante que se produce por la acumulación de más de dos condenas, se hayan cumplido o no dentro o fuera de la República, y que provoca que la penalidad que corresponde a la última infracción cometida sea sancionada con el doble de la pena, y también su artículo 33 que establece como consecuencia adicional la aplicación para el delincuente habitual de medidas de seguridad.

RECOMENDACIONES

- "1. Una seria reflexión acerca de la compatibilidad de la reincidencia con los Derechos Humanos y el rechazo de cualquier consecuencia legal estigmatizante.
- 2) El rechazo de conceptos jurídicos como el de habitualidad y profesionalidad genéricos.
- 3) La reducción de cualquier consecuencia de un delito que no se halle en relación razonable con la entidad del mismo.
- 4) La regulación estricta de registros de condenas y penas y la eliminación de cualquier anotación sobre condenas o penas que se hayan extinguido.
- 5) El establecimiento de penas y sanciones administrativas para el funcionario que proporcione informes acerca de condenas y penas extinguidas.

(En el curso de la discusión de Buenos Aires se ha defendido

el concepto de "profesionalidad" -no así la reincidencia y la habitualidad- y la facultad estatal para conservar un registro de penas extinguidas con las debidas garantías y secretos). 60/

19. Disposiciones Legales que tornan incierta o Arbitraria la Privación de Libertad Punitiva.

El presente punto guarda estrecha relación con el tratado en el numeral anterior, y concretamente se refiere a todos aquellos factores que violando garantías y derechos fundamentales, permiten al Estado y sus organismos, agrandar en forma por demás arbitraria, la privación de la libertad de las personas condenadas. Dichos factores en la legislación latinoamericana pueden agruparse de la siguiente forma:

a) En este primer grupo encontramos todos aquellos textos en donde se violan los derechos fundamentales en forma totalmente abierta y arbitraria, mediante la cual se puede burlar todo límite punitivo y convertir en perpétua toda pena temporal, basados en el argumento de que la pena no ha alcanzado el fin propuesto, entre ellos encontramos los de los países de México, Costa Rica y El Salvador.

b) El segundo grupo, está integrado por aquellos textos en los que se tienen instituciones que permiten alargar la prisión hasta un límite máximo, que pueden llegar hasta el doble de la pena. El instituto más utilizado como medio de prolongación lo constituye la aplicación de medidas de seguridad para aquellos condenados estigmatizados como habituales, profesionales o autores de tentativas inidóneas. Dentro de este grupo se pueden citar los textos de Panamá y Puerto Rico.

c) Finalmente, el tercer grupo, en el cual está incluido el Código de Guatemala, contiene dispositivos que prolongan

60/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pag. 92

la privación de libertad por tiempo indeterminado, que en ocasiones, por no tener un límite máximo puede devenir en perpétuo; por ejemplo en nuestro medio se aplican Medidas de Seguridad por tiempo indeterminado a los declarados delincuentes habituales, quienes quedan sujetos a la medida de Régimen de Trabajo posteriormente a su condena (art. 91); los autores de una tentativa imposible, quienes quedan sujetos a la medida de internamiento en centro educativo o de tratamiento especial. (arts. 88 y 92); y a los ebrios o toxicómanos habituales, con medidas de internamiento o restrictivas de libertad, (arts. 88, 94). Otros de los textos que encierran este problema son Argentina, Bolivia, Perú y Honduras.

Finalmente, se señala que en la actualidad las Medidas de Seguridad, son una institución desacreditada, y que ante los derechos humanos no puede aceptarse ninguna institución por la cual se prive de libertad a una persona en forma indeterminada o perpetua, en base a criterios arbitrarios e inciertos, no importando las tesis en que se fundamenten.

RECOMENDACIONES

"Considerar violatoria de derechos humanos y, por ende, ilegal, la prolongación de cualquier consecuencia jurídica del hecho punible privativa de derechos que no guarde relación racional con la magnitud del hecho punible cometido y de la culpabilidad, que no tenga un término cierto o que no se establezca sobre la base de un presupuesto claramente definible, sea cual fuere el argumento con que se pretenda racionalizar su imposición." 61/

20. Insuficiente Previsión de la Reparación a Inocentes.

El fundamento jurídico más específico, en relación a la reparación de inocentes lo encontramos en el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos la cual expre-

61/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pags. 93 y 94.

sa textualmente: "Derecho a indemnización; toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial." Art. 10; sin embargo, aunque todos los países latinoamericanos, a excepción de México, contienen el Recurso de Revisión, Guatemala, por ejemplo lo contiene regulado en los artículos 762 al 769 de su Código Procesal Penal; estableciéndose que el mismo podrá interponerse tanto en vida como después del fallecimiento del condenado. Son muy pocos los que hacen referencia al derecho de indemnización por errores judiciales y aunque esta reparación a los inocentes afectados por una pena injusta pudiera lograrse en la vía civil, lo jurídicamente ideal es que tal mecanismo sea consagrado en el ámbito penal, ya sea procesal o sustantivo, en una forma sencilla y rápida que permita su positividad. En este orden de ideas, también resulta atinente a los derechos humanos, otra reparación que por las especiales características de nuestros sistemas de justicia se torna indispensable, tal el caso de la prisión preventiva que se sufre por una persona que posteriormente es absuelta. En Guatemala, por ejemplo, dicha privación por prisión preventiva puede alargarse en el tiempo sin que para ello haya regulado ningún tipo especial de reparación; el único país que lo contiene es Panamá, aunque tampoco ha gozado de una efectiva aplicación.

RECOMENDACIONES

1. Instrumentar procedimientos rápidos para que el Estado repare los perjuicios sufridos por las víctimas de errores o arbitrariedades judiciales, sin perjuicio del derecho de repetición que le pudiera caber respecto de sus funcionarios o terceros.
2. Extender el recurso de revisión en caso de fallecimiento del penado o cualquier persona que como consecuencia de la condena errónea vea perjudicado alguno de sus derechos.
- 3) Prever expresamente el derecho a reclamar del Estado la correspondiente reparación por parte de quienes fuesen

absueltos después de sufrir prisión o detención preventiva sin que el Estado pueda justificar la racionalidad de la misma." 62/

62/ Zaffaroni, Eugenio R. Op. Cit. Pag. 95.

Capítulo IV

I) LA BASE IDEOLOGICA DEL CODIGO PENAL VIGENTE Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS HUMANOS

La base ideológica que contiene el actual Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República, debe ser considerada dentro del marco de la realidad política, económica, histórica y doctrinal existentes en la época de su creación, por un lado y por el otro, analizar su compatibilidad con los derechos humanos y las ideas que sobre los mismos se tienen actualmente. Nuestra ley penal vigente fue promulgada en los primeros años de la década de los setenta, exactamente el cinco de julio de mil novecientos setenta y tres, cuando se encontraba en vigencia la anterior Constitución Política de la República, emitida en mil novecientos sesenta y cinco; en virtud de esto, al momento de su elaboración se vio influenciado grandemente por distintas corrientes ideológicas de pensamiento que marcaron técnicamente su contenido y alcance. Dentro de estas tendencias ideológicas consideramos que las más influyentes fueron:

a) La ideología peligrorista:

Como hemos señalado anteriormente, este conjunto de ideas denominadas "peligroristas", de corte marcadamente positivista es incompatible con la ideología de los derechos humanos, en virtud que tiene una acentuada y decidida matización racista; y aunque en dicho tiempo impactó a la mayoría de legislaciones de la región, e incluso actualmente todavía tiene amplia vigencia en la criminología, aunque desde hace décadas se encuentra superada. Guatemala como otros países incluyó en su ley muchos principios de esta doctrina, entre ellos la idea de la culpabilidad de "autor" y no de "acto", la agravación según el grado de peligroridad plasmado en nuestro artículo 65.

b) La ideología Pre-neoidealista:

De esta ideología, que tiene su fundamento en los distintos códigos suizos que se sucedieron a partir del año de mil ochocientos noventa (1890), nuestro Código adoptó la aplicación en *doble vía* o aplicación simultánea de las penas y las medidas de seguridad, para los que luego se denominarían como delincuentes "habituales", y que se basa en una forma de punición para un "tipo de autor". Mediante este sistema se trata de disciplinar por vía retributiva a los delincuentes, salvo que se les califique como indisciplinados y entonces desaparece la teoría de la retribución de la pena y se sustituye por la sanción que pena la personalidad y que se disimula bajo el término de medida de seguridad, por lo que al establecer una clasificación de personas viola y menoscaba los derechos humanos fundamentales.

c) Ideología Neo-idealista:

Especial influencia ejerció sobre nuestros legisladores, los conceptos y doctrinas que esta ideología plantea, en virtud que apareció rodeada de un alto prestigio técnico y predica una limpieza ideológica sumamente peligrosa por encubrir su origen y consecuencias que son totalmente contrarias a los Derechos Humanos. A tal punto tuvo predominio en esta región dicha ideología, que se materializó en el llamado "Código Penal tipo latinoamericano" que sirvió de modelo para el nuestro, y de ahí provienen las medidas de seguridad curativas, por tiempo absolutamente indeterminado, que se pueden imponer conjunta o separadamente con una pena, las medidas restrictivas de libertad, el aumento exagerado de las penas por el solo hecho de la "habitualidad", con lo que se demuestra el marcado carácter arbitrario y disciplinarista de este modelo que riñe con las garantías mínimas que deben gozar las personas.

Como podrá apreciarse nuestro código penal vigente, riñe con los derechos humanos en muchos aspectos, en virtud de inspirarse en ideologías de marcada tendencia estigmatizadora; pero además encuentra otros graves puntos de conflicto

en los aspectos siguientes, contradice el principio Republicano de Gobierno, al contener dentro del listado de delitos que lo componen, figuras que tienen un marcado contenido moralista, en las cuales se confunde el campo del derecho con el de la moral, pese a que en este segundo ámbito, un Estado respetuoso de los derechos humanos debe abstenerse de intervenir, a guisa de ejemplo todavía se regulan en el mismo delitos como el incesto, el adulterio o el concubinato, materias que corresponden al ámbito moral o civil de otro tipo de normas y no a las de tipo penal. En su sistema de penas choca con la ideología establecida por los instrumentos internacionales de derechos humanos, al consagrar todavía la pena capital, violando de este modo la protección que todo Estado debe al bien jurídico por excelencia, La Vida. Sintetizando los argumentos anteriormente expuestos, puede asegurarse plenamente que el Código guatemalteco actualmente vigente, no sólo no protege los derechos humanos, sino que además ideológicamente contiene principios, instituciones y figuras delictivas que los violan.

II) LA BASE IDEOLOGICA DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS HUMANOS.

El proyecto de Código Penal que fuera elaborado para Guatemala por el doctor Martín Alberto Binder, penalista argentino de reconocidos méritos académicos, por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia en 1990, y que está siendo sometido a consideraciones, observaciones y modificaciones por todas aquellas entidades que tienen interés y conocimiento al respecto de la materia, tal el caso de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala, es en su esencia, un instrumento legal novedoso, que forma parte de la reforma penal que en los últimos años se ha querido impulsar en nuestro país, y que junto con el ya aprobado Código Procesal Penal forman un conjunto armónico.

La nueva Constitución Política Guatemalteca, elaborada en el año de 1985, es como ya expresamos, de una tendencia hondamente democrática y humanista y por las contradicciones

ya señaladas con la ley penal actual, también fue un factor determinante para esta reforma en la cual los principios contenidos en nuestra Carta Magna, sirven de sustrato a la nueva ley que se quiere implementar, así como también se toman en cuenta todos los tratados de derechos humanos de los que es parte Guatemala, y que constitucionalmente son de mayor jerarquía que cualquier norma de derecho interno. Entre las ideas básicas que contempla el proyecto encontramos: -Que el derecho penal debe ser una garantía, un límite al poder estatal que evite cualquier abuso de poder. - que debe ser efectivo, pero a la vez debe ser considerado el último recurso del que el Estado puede disponer para solucionar un problema dado. - Que el Derecho Penal debe ser reorientado de tal forma que no sea un medio represivo de las clases más desposeídas, sino una rama que se ocupa de problemas verdaderamente trascendentales, - es un texto que requiere una exégesis adecuada, basada en la dogmática penal que se ha desarrollado ampliamente en el mundo, y que debe desarrollarse en cada país para poder dotar de racionalidad a sus decisiones judiciales.

Entre los textos que sirvieron de modelo al presente proyecto, se cuenta con "...el Proyecto Argentino de Parte General de 1974, el Proyecto Alternativo Alemán de 1966. La Reforma Parcial Española de 1983, las discusiones que se llevaron a cabo para elaborar el Código Penal tipo para latinoamérica, el Código Penal Argentino de 1921, el Proyecto de Código Penal Internacional de Cherif Bassiouni (1979) y el Código Penal Colombiano de 1980. Pero, especialmente, he trabajado sobre la base del Proyecto de Código Penal para Guatemala elaborado por Sebastian Soler, Benjamín Lemus Morán y Romeo Augusto De León. (1960)." 63/

En la Parte General como en la Parte Especial del proyecto puede observarse una modificación sustancial en cuanto al contenido del actual código, producto de esta ideología

63/ Binder, Martín Alberto. Exposición de Motivos del Proyecto del Código Penal para Guatemala.

democrática, humanista y técnica que contiene; sin embargo, esto será tratado más adelante, por ahora sólo nos interesa resaltar que el catálogo de delitos se ha modificado de acuerdo al patrón establecido en el derecho comparado tanto europeo como americano. También debe considerarse que en la elaboración del proyecto se ha tomado en cuenta todas las investigaciones y estudios que ha realizado el denominado movimiento latinoamericano de Criminología Crítica, que se ha ocupado de señalar el funcionamiento real de los sistemas penales.

Por todas las fuentes que sirvieron de base y los principios que de ellas se tomaron, considero que el proyecto de Código Penal que se está analizando, es coherente con la ideología de los Derechos Humanos, ya que plantea una política criminal respetuosa de los mismos, y aunque todavía conserva algunos puntos que chocan con éstos, en lo esencial sí es compatible, y es susceptible de ser mejorado de acuerdo a las particulares necesidades de nuestro país, por lo que puede llegar a ser una piedra angular en la nueva ideología de protección y promoción de los derechos fundamentales de las personas en la que se inspira y anhela el mundo entero.

Capítulo V

PRINCIPALES OMISIONES LEGALES Y FACTICAS EN LA LEGISLACION PENAL GUATEMALTECA QUE IMPLICAN OTRAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Nuestro Código Penal vigente cuenta con una regulación de tipos que no está acorde al desarrollo ideológico y legal de los derechos humanos, y por ello cuenta con varios vacíos legales que violan dicha materia. Se señala concretamente la presencia de figuras delictivas que regulen hechos que a nivel de realidad social han ocurrido, ocurren y podrán seguir ocurriendo si permanece la indiferencia o impotencia legislativa ante ellos, las movilizaciones masivas que dieron origen a la huída de centenares de campesinos guatemaltecos que después de diez años de exilio forzoso retornan, demuestra la falta de tipos que regulen tales situaciones, ya que en dicho tiempo esta situación no se ha contemplado penalmente; así no se cuenta con otras figuras que protejan a las personas de arbitrariedades que cometen sectores en pugna ante la más completa impunidad. Esto en el campo de los derechos civiles, en el campo de los derechos humanos colectivos encontramos entre otros aspectos que no están regulados como los que ahora se señala:

A) Derecho Penal Económico y Delitos de "Cuello Blanco":

Dentro de los Derechos Humanos consagrados internacionalmente encontramos los llamados Derechos Económicos Sociales y Culturales, que incluso han sido desarrollados especialmente en un Pacto Internacional elaborado por la ONU y del cual es parte nuestro país, por todo esto es necesario recalcar la importancia de que a nivel penal las legislaciones cuenten con institutos y figuras delictivas que permitan por un lado limitar el abuso económico de las clases poderosas, e igualmente tutelen los derechos mínimos de las grandes

masas de población empobrecida que caracteriza a nuestro país, al igual que al del resto de la región. Este aspecto tiene una particular relevancia si se consideran aspectos como los vacíos de punibilidad que determinan los cambiantes perfiles del desarrollo humano frente a la inamovilidad o tardanza de los cuerpos normativos. Esto además de la marcada benignidad con que la legislación penaliza a las conductas perfiladas en el Código, todo como consecuencia de la concentración del poder económico y los mecanismos de control social en la clase o estrato económico hegemónico; así en nuestra legislación vigente ni siquiera se le ha dado importancia como Bien Jurídico que requiera protección penal a aspectos como la economía popular, regulación de sociedades, y en otros casos cuando se han regulado como se dió con la Ley de protección al consumidor que defendía precisamente los Derechos de los Consumidores, rápidamente han sido atacados por los sectores perjudicados quienes han derogado tales disposiciones. Nuestro Código actual regula apenas algunos tópicos muy generalizados en su título X en donde regula el delito de Monopolio con una pena máxima de cinco años y una pena de multa máxima de quinientos quetzales, que como puede verse son benignos si se compara con las que se les asigna a los delitos de hurto y robo, que tienen menor trascendencia social que el primero, con la agravante de que no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas, resultando así penalizadas una o varias personas físicas que se les sindique del hecho, mientras el resto queda impune; otras figuras que se tutelan es la Especulación, Destrucción de Materias Primas; Propagación de enfermedades etc., que no tienen una penalidad de prisión mayor a los tres años o sólo deriva en multa. Por lo que se estima crudamente insuficiente la protección jurídica que se brinda en nuestro país a los Derechos Económicos de la población. Esto ligado al hecho de que "lo dicho se robustece al enfocar el tema de los abusos de poder económico de las empresas transnacionales. Puede aseverarse que no existe, en toda latinoamérica, un aparato normativo básicamente suficiente para enfrentar tales formas de delincuencia, fatídico azote para nuestras

expoliadas economías". 64/ Un aspecto que también vulnera los Derechos Económicos de la población lo constituye la venialidad con que la ley penal sanciona delitos de gran riesgo colectivo, tal el caso de la malversación de fondos que en países como el nuestro llega a alcanzar cuantías considerables y al cual se le impone una pena irrisoria de multa que tiene como máximo un mil quetzales y en caso de afectar el servicio que los mismos debían prestar la duplicación de ésta (art. 447).

B) Deréchos Culturales: En este campo nuestro Código no preceptúa ningún tipo de protección penal para el Bien Jurídico Cultura, y de este modo se han desprotegido los bienes culturales de la nación, el derecho de ésta a la preservación de su cultura étnica, la no discriminación por su práctica etc.

C) El Medio Ecológico: Este es otro aspecto de singular relevancia en el campo internacional que tampoco ha sido legislado en nuestro medio, de tal suerte que en el Código Penal no existen figuras específicas que lo contemplen y protejan.

D) Violaciones en el Derecho del Trabajo: Este es un ámbito tampoco protegido en nuestro Código Penal y que ha sido señalado incluso por las mismas organizaciones sindicales o los grupos de presión que manifiestan la necesidad de un tipo de regulación punitiva penal que permita el respeto de los derechos consagrados en los instrumentos nacionales o internacionales que regulan la prestación de los servicios.

E) Violaciones vinculadas a prácticas médicas: La práctica médica entraña en muchos casos hechos que constituyen violaciones a los Derechos Humanos o que corren el riesgo de cometerse, y que nuestro Código no ha previsto adecuadamente o con la importancia que se requiere. Tales circunstancias

64/ Zaffaroni, Eugenio Raúl op. cit. pag. 286

de peligro no legisladas adecuadamente serían: -el lanzamiento de medicamentos que no hayan sido suficientemente experimentados; -la compraventa de órganos y tejidos de seres humanos, práctica conocida públicamente en nuestro medio y que no se ha regulado en forma alguna, empezando por la conocida y reiterada práctica que se ha adquirido en nuestro medio de la venta de sangre para aquellas personas que la requieren por cualquier operación o circunstancia análoga, a la cual nuestra legislación como la mayoría de latinoamérica, es indiferente; y finalmente, la falta de regulación específica sobre negligencias médicas que provoquen resultados dañosos, sea de la magnitud que sea.

Capítulo VI

PROMOCION Y PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL GUATEMALTECO

1) Principales innovaciones contenidas en el proyecto de Código Penal.

El proyecto de Código Penal que se pretende establecer en nuestro país, sigue una proyección más acorde con los derechos humanos y por ello, entre las innovaciones progresistas que contiene se puede señalar:

1. En la Parte General:

Crea un doble orden de imputación con el cual reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas que responden a principios de responsabilidad totalmente objetivos, y por otro lado desarrolla la responsabilidad penal de las personas físicas, la cual se basa en principios de un injusto personal y el de culpabilidad.

1.1. Ley Penal:

1.1.1. Incluye el Principio de Tipicidad en forma complementario al de legalidad.

1.1.2. Extiende el contenido del Principio de Legalidad, a las denominadas leyes en blanco.

1.1.3. Se incluye el principio "favor rei" (en favor del reo); para la interpretación de las normas penales.

1.1.4. Extiende expresamente la aplicación de las normas generales de este código a todas las demás leyes

especiales.

1.1.5. Consagra la fórmula de aplicación de la "Ley más Benigna al Reo".

1.1.6. Se excluyó la posibilidad de leyes penales temporarias por considerarlas que pueden prestarse a arbitrariedades o persecuciones de carácter político.

1.1.7. Define la conducta humana delictiva en base a principios de la Teoría Finalista de la Acción, superando en esta forma el criterio de la Causalidad Jurídica.

1.1.8. Desarrolla los principios de dolo y culpa. Los cuales tienen por objeto resaltar la ilicitud personal en base al criterio definido anteriormente de acción, con lo cual se busca abandonar el peligrosismo, que viola claramente los derechos humanos de las personas.

1.1.9. Se incluye entre las exclusiones de culpabilidad la de la tentativa inidónea; liberándola de este modo del flagelo de las medidas de seguridad, por considerarla una conducta desvaliosa.

1.1.10. Desarrolla igualmente un capítulo especial de las ilicitudes penales cometidas por las personas jurídicas.

Estos principios básicos que se consagran en el proyecto de Código Penal responden a las garantías mínimas de aplicación de la ley penal congruentes con los derechos humanos.

1.2. De las Penas:

1.2.1. La medida más significativa de avance en materia de Derechos Humanos, y que es plenamente concordante con los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos, es la abolición de la "Pena Capital" o "Pena de Muerte", y esto constituye un avance notable, pues si la Constitución y el Código Penal de Guatemala pretenden enseñar

a la sociedad que la vida es el valor supremo, no podrían legitimarlo autorizando al Estado a suprimirla.

1.2.2 Se consagran expresamente los fines constitucionales de la privación de libertad.

1.2.3. Se incluye como pena el arresto domiciliario.

1.2.4. Se contempla también el sistema de arresto en días no laborables como otra clase de pena.

1.2.5. Se crea una amplia gama de sistemas por los que se puede sustituir las penas restrictivas de libertad.

1.2.6. Se le da preponderancia a la pena de multa y se sigue el sistema de días de multa, otorgándole facultades a la Corte Suprema de Justicia para que actualice las cantidades límites que deben ser pagadas por cada unidad.

1.2.7. Se establece un límite de duración para el caso de la inhabilitación absoluta.

1.2.8. Se regula que la prisión preventiva debe ser abonada al tiempo de la condena a razón de un día por un día.

1.2.9. Se elimina la necesidad de reparación total de la responsabilidad civil para el otorgamiento de beneficios.

1.2.10. En materia de medidas de seguridad, éstas se regulan sólo para el caso de inimputables cuando éstos resulten peligrosos para sí o para terceros, se acaban con las ficciones legales como la vagancia, inaceptables en una sociedad democrática, y se establece que para la medida de internación, ésta no podrá ser mayor al máximo de la pena prevista para el delito cometido.

1.2.11. Se regula la creación de un Registro de Antecedentes, donde se computarán las condenas, pero acorde a la ideología moderna de derechos humanos, y para evitar

circunstancias adversas a las personas que estuvieron condenadas, se regula que "El Registro sólo podrá emitir certificados sobre la existencia o falta de antecedentes, por orden judicial y para ser utilizados en un proceso judicial." (art. 61).

1.2.12. Dentro de las disposiciones finales, art. 72 del proyecto se incluyó la definición de tortura, de acuerdo a lo que preceptúa la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura 65/, lo cual constituye un pequeño pero significativo avance en cuanto al cumplimiento de los compromisos adquiridos en dicha Convención.

2. Parte Especial:

En el catálogo de delitos que el presente proyecto de código penal contiene resaltan, en relación con la tutela de los Derechos Humanos, los siguientes:

2.1 En los delitos que atentan contra la vida, considerada como el valor supremo que debe proteger el Estado, se encuentra además de las tradicionales figuras de los homicidios, el homicidio cometido por militares, funcionarios o agentes de seguridad, en el cual se establece una agravante especial en el caso de que cualquiera de los homicidios simples, agravado o preterintencional, sea cometido por éstos, las penas se aumentarán en forma considerable, y el objeto de este aumento es reprimir los actos violatorios de este Derecho por parte de aquellos que están legalmente llamados a protegerlo.

(art. 75 del Proyecto. Dentro del mismo marco ideológico, que busca limitar los abusos de poder por parte de los miembros de seguridad del Estado, el Capítulo II del Título I, art. del 81 al 85 del Proyecto, entitulado Desaparición de Personas, contiene figuras que castigan la desaparición institucional de personas, los centros clandestinos de prisión o cautiverio,

65/ Instrumento suscrito en Cartagena, Colombia el 9 de diciembre de 1985.

y los cementerios o enterramientos clandestinos delitos todos que han afectado conocidamente el área latinoamericana y muy especialmente nuestro país. Se contempla el delito de Genocidio de acuerdo a los parámetros establecidos en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que fuera ratificada por nuestro país el 13 de diciembre de 1949. 66/

2.2. El título II que consagra el Bien Jurídico Libertad, contempla por primera vez un artículo que penaliza los actos de tortura que se inflijan contra las personas, por parte de funcionarios o empleados del Estado, con una agravación específica si los autores fueran militares o autoridades de seguridad, con lo cual se cumple con lo establecido en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, ratificada por Guatemala el 10 de diciembre de 1986. Finalmente, en este capítulo se contempla el delito de Esclavitud y sometimiento a servidumbre. En el capítulo 3 de dicho título se regula por vez primera un delito específico en contra de cualquier acto que atente contra la libertad del pensamiento, independientemente de lo que prescriba la ley específica de Emisión del Pensamiento.

2.3. Dentro del Capítulo 2 del Título IV del Proyecto, se regulan los ilícitos relativos a la discriminación, en los cuales se incluyen el delito de discriminación, promoción a la discriminación y denegación de servicios. Arts. 153, 154 y 155; los cuales responden a las ideas planteadas en las convenciones internacionales relativas "a la discriminación en materia de empleo y ocupación"; "a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza"; la "Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial"; y los demás convenios relativos a la materia, la pena del delito se agrava cuando se haga contra un miembro de una etnia nacional.

66/ Ver Capítulo I de esta obra.

2.4. Los delitos que atentan contra la familia están contenidos en el Título V, y entre las modificaciones más marcadas de este proyecto, se encuentran las de destipificación del adulterio, el concubinato y el incesto, figuras que regula nuestro actual Código, y que han sido duramente criticadas por considerar que son normas que responden más a pautas morales que al ser penalizadas atentan contra los derechos humanos. Se regulan posteriormente los delitos de incumplimiento del deber alimentario y el de deberes de asistencia y educación, con una atenuación específica que evite prácticas extorsivas o poco ajustadas a la realidad nacional incluyendo en la fórmula de la excusa absolutoria por pago de estos la frase de "que quedará exento de pena quien pagare", en la medida de sus posibilidades", los alimentos debidos "arts. 164 y 165 del Proyecto.

2.5. En el Título VI se regula lo relativo a las figuras típicas que atentan contra la propiedad individual, y además de legislarse las tradicionales figuras que de este tipo se conocen, hurto, robo, estafa, etc., se crea un capítulo referente a los Derechos de Propiedad Intelectual, otro respecto a los delitos informáticos, que son una forma de tutelar derechos humanos de propiedad y de libre creación.

2.6. Dentro del Título VII se crea la figura delictiva de "Libramiento de Cheque sin fondos", que es distinta de la figura de estafa mediante cheque, que como analizáramos con anterioridad, puede convertirse en una forma de violación de Derechos Humanos, al convertirse, muchas veces maliciosamente, en una forma de prisión por deudas, aspecto que infringe los Instrumentos Internacionales que regulan esta materia 67/, la acción penal que se establece para la persecución de este delito es la privada.

2.7. En el ámbito de los derechos culturales de las personas, el Proyecto brinda una especial protección a los bienes culturales de la nación que forman parte del patrimonio

67/ Ver capítulo I de esta obra.

cultural de toda la población, y para redactar el mismo se siguieron los lineamientos que estableciera el Convenio de la Unesco, sobre los medios de prohibir y prevenir la importación, exportación y transferencia ilícita de bienes culturales emitida el 14 de noviembre de 1970.

2.8. Mediante el siguiente Título se intenta criminalizar todas aquellas acciones ilícitas que se cometen en el plano económico y se denominan "Delitos de cuello blanco", dentro de los que se incluye el agiotaje, el monopolio, el desabastecimiento y la regulación económica.

2.9. En el Título que protege la salud, se han aumentado el número de figuras para protegerlo, entre ellas la contenida en el art. 265 que se refiere a la Compra y Venta de Organos y Tejidos Humanos.

2.10. Se crea por vez primera en el Título XIII una protección penal en contra de los delitos contra la naturaleza y el medio ambiente, que está imbuída de la creciente preocupación de los Estados y las Organizaciones de Derechos Humanos sobre el medio ambiente reconocido como derecho humano de carácter universal, y que hasta hoy no se había tutelado en forma alguna.

2.11. Los derechos políticos de las personas se introducen dentro de la esfera de protección penal del proyecto al incluirlos en su Título XVI, que se denomina "Delitos contra la Voluntad Popular".

2.12. Dentro del apartado de las faltas o contravenciones leves a la ley penal, el proyecto ha suprimido algunos casos, especialmente cuando se trataba de faltas contra la autoridad, por considerarlas más una forma de control social, y se crean nuevos tipos como las faltas contra la seguridad común, contra el medio ambiente.

II) Problemática relacionada con los Derechos Humanos que conserva el Proyecto de Código Penal.

De acuerdo con el análisis que se efectuó en el Capítulo III, pueden señalarse los siguientes núcleos problemáticos entre los Derechos Humanos y el Proyecto de Código Penal que se pretende promulgar:

a) Que aunque se consagra el principio de retroactividad de la ley penal más benigna, sin excepción alguna, no se legisla que la ampliación de la misma debe ser OPERADA DE PLENO DERECHO Y QUE SE TRAMITARA DE OFICIO POR LOS TRIBUNALES.

b) Se mantienen ciertas figuras de pura o mera tenencia, que afectan el principio del "Nullum Crimen Sine Actio", por ejemplo la Tenencia de Instrumentos de falsificación (Art. 221).

c) El proyecto de Código Penal conserva la figura delictiva de Desobediencia (Art. 312), en la cual lo que se protege es la autoridad estatal y no un bien jurídico determinado.

d) Se siguen incluyendo en el ámbito punible la tentativa inidónea o delito punible, art. 14 del proyecto.

e) En cuanto a la Magnitud de las Penas, cabe señalar que el Proyecto de Código Penal mantiene la pena máxima de prisión de treinta años, aunque para la protección de Derechos Humanos dicho límite no debiera exceder de veinte.

CONCLUSIONES

1. En la actualidad, todos los organismos de carácter mundial, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), han emitido una serie de instrumentos jurídicos que buscan la protección de los Derechos Humanos, dentro de los cuales se establece la necesidad de que los Estados que suscriben los mismos creen o modifiquen su legislación interna, especialmente en el área de lo penal, como medio de alcanzar dicho objetivo.
2. El Estado de Guatemala, como miembro de la Comunidad Internacional, ha suscrito y ratificado muchos de estos instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos, por lo que tiene la obligación ineludible de adoptar todas las medidas de orden interior que garanticen a todos los seres humanos que vivan en su territorio el efectivo goce y respeto de sus Derechos Fundamentales.
3. La Constitución Política de la República de Guatemala, como la piedra fundamental en que descansa todo nuestro sistema jurídico, y en donde se consagran los valores máximos que inspiran el Estado, desde su inicio, y a lo largo de todo su articulado, tutela y garantiza en forma expresa y como uno de los objetivos básicos de la misma, la efectiva protección y promoción de los Derechos Humanos, estableciendo inclusive que los Tratados y Convenciones que de esta materia haya aceptado y ratificado nuestro país, tienen preeminencia sobre cualquier otra norma del derecho interno.
4. El Código Penal vigente en Guatemala actualmente, Decreto 17-73 del Congreso de la República, se fundamenta en una ideología que se contrapone totalmente

a las concepciones que se sustentan en la actualidad, en materia de Derechos Humanos, por los distintos Organismos Internacionales que existen, así como por la Constitución Política de nuestro país. Adoleciendo además de una serie de defectos técnicos y omisiones legislativas que lo convierten en un instrumento legal inadecuado para la efectiva protección de los Derechos Humanos.

5. El índice de violaciones que en materia de Derechos Humanos se registran en nuestro país, hace imperativo que el Estado adopte todas las medidas necesarias que permitan conseguir la protección que en este campo debe brindar toda nación democrática, respetuosa de los Derechos Fundamentales del Hombre.
6. El Proyecto de Código Penal, que se estudia y analiza actualmente en nuestro medio, y que forma parte de la Reforma Penal que fuera impulsada por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, es un documento que en su esencia ideológicamente respeta y desarrolla los Principios de Respeto y Protección a la persona humana, como sujeto y fin último del Estado, así como el del sistema Republicano Democrático de Gobierno, con el cual se busca evitar el abuso de poder por parte de las autoridades y las fuerzas del Gobierno.
7. Las Instituciones y doctrinas que se desarrollan en la Parte General del Proyecto de Código Penal, corresponden plenamente a los avances que en materia de Derecho Penal se han alcanzado por otros países más adelantados en este aspecto, y que respetan plenamente el campo de los Derechos Humanos.
8. En la Parte Especial del referido proyecto, se enumera un listado de figuras delictivas, que adaptándose a nuestro medio, protegen Derechos Humanos anteriormente no tutelados, y que son violados cotidianamente sin ninguna punición en la actualidad.

9. Se han descriminalizado igualmente otros delitos que hoy en día ya se consideran conductas que no ameritan sanción penal, e igualmente se han reformado otras figuras delictivas, con el fin de adecuarlas a los lineamientos de la doctrina moderna.
10. Con un criterio hondamente humanista, y de acuerdo al espíritu de los documentos que se han suscrito en materia de derechos humanos, se suprime la Pena de Muerte y se modifica todo el sistema de penas, buscando alcanzar los fines de prevención y rehabilitación del Derecho Penal sin menoscabar las garantías fundamentales de las personas.
11. El Proyecto de Código Penal que se está analizando, es una Ley Técnica y Doctrinariamente más avanzada que el Código Penal que se encuentra vigente, y es un medio adecuado para salir del estancamiento y retraso en que se encuentra sumido nuestro país, en la Protección Penal que debe dársele a los Derechos Humanos en estos tiempos.

RECOMENDACIONES

1. Que el Proyecto de Código Penal que actualmente se pretende implementar, sea motivo de un minucioso análisis por todos aquellos sectores de la población, especialmente todos los profesionales del Derecho del medio guatemalteco, con el objeto de que aporten sus ideas respecto al mismo, manifiestan sus puntos de controversia con éste, y aporten soluciones o mejoras que permitan el perfeccionamiento de dicho instrumento.
2. Al finalizar la fase de discusión del proyecto de Código Penal, inmediatamente se inicie el procedimiento legislativo respectivo ante el Congreso de la República, con el fin de que dicho cuerpo legal sea promulgado en el menor tiempo posible.
3. Que se conserve dentro del Proyecto la abolición de la Pena de Muerte, en virtud que dicha medida es de suma importancia en materia de Derechos Humanos, por constituir la Vida Humana el pilar fundamental donde residen éstos, así como por estar Constitucionalmente prevista dicha posibilidad.
4. Que se integre una comisión especialmente encargada de analizar dicho Proyecto, con el afán de poder eliminar cualquier núcleo problemático que en éste exista en relación a los derechos fundamentales de las personas.
5. Que se le de principal participación al Procurador de Derechos Humanos, así como a las distintas organizaciones que existen de Derechos Humanos para que puedan participar y sugerir cualquier tipo de reforma o innovación en el articulado del mismo.
6. Que se procure realizar una exhaustiva revisión de todos

aquellos instrumentos que en materia de Derechos Humanos ha ratificado o que pudiera ratificar Guatemala, y que de alguna forma pudieran ser tutelados mediante una especial protección penal.

7. Que se fomente el intercambio de ideas en materia de Protección Penal de los Derechos Humanos, a través de la organización y participación en eventos de carácter nacional e internacional sobre estos aspectos.
8. Que se implemente dentro del Curso de Derecho Penal de las distintas Universidades, o preferentemente como un curso independiente, el de "Derechos Humanos", como un medio efectivo para difundir su contenido y despertar la inquietud de su investigación para los efectos de su promoción y protección especialmente dentro del área de Derecho Penal.
9. Que mientras no se cree un Código Penitenciario o un cuerpo legal especial que regule lo relativo a la ejecución de las Sentencias, se incluya dentro del Proyecto de Código Penal, la obligación de las autoridades carcelarias de regirse por los distintos instrumentos que en materia de Derechos Humanos regulan estos aspectos, y preferentemente que Guatemala los ratifique y acepte.
10. Que se implemente en el Proyecto de Código Penal, la disposición legal que establezca, al momento de su promulgación, el trámite de pleno derecho y de oficio, para la aplicación de la ley más benigna para todas aquellas personas que se encuentren sufriendo condena por delitos que con la nueva ley queden descriminalizados, o sometidos a una pena inferior.

BIBLIOGRAFIA

1. Bacigalupo, Enrique "Estudios de Derecho Penal y Política Criminal". Ardenas Editor y Distribuidor. Primera Edición, México 1989.
2. Bustos Ramírez, Juan "Manual de Derecho Penal". Parte General. Tercera Edición, Edit. Ariel S.A. Barcelona España. 1989
3. Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal Español. Editorial Bosh Decimocuarta Edición. Barcelona, España 1975.
4. Creus, Carlos Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Editorial Astréa. De Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires 1990.
5. De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Editorial Edi-Art, Guatemala 1987.
6. García Bauer, Carlos Los Derechos Humanos, Preocupación Universal. Editorial Universitaria. Guatemala, 1960.
7. García Ramírez, Sergio "Los Derechos Humanos y el Derecho Penal", Editorial Porrúa. Primera Edición, México 1976.
8. Garro, Cristóbal "Declaración Universal de los Derechos Humanos". Primera Edi-

- ción. Editorial De Palma, Buenos Aires. 1985.
9. Hassemer, Winfried Fundamentos de Derecho Penal, Casa Editorial Bosh S.A. Urgel 51 Bis. Barcelona 1984.
10. Laviña, Félix Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Editorial De Palma, Buenos Aires Argentina, 1987.
11. Martínez Peláez, Severo Algo sobre Repartimientos. Editorial Universitaria, Guatemala, 1986.
12. Ramella, Pablo A. "Crímenes contra la Humanidad". Editorial De Palma. Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina 1986.
13. Ramella, Pablo A. Los Derechos Humanos. Editorial De Palma. Argentina, 1980.
14. Rojas, Fernando "El Estado en los ochentas, un régimen policivo". Editorial Rolers. Primera Edición, Bogotá, Colombia, 1988.
15. Sánchez Sandoval, Salomón "Violación de los Derechos Humanos en América Latina" Punto de Vista Penal y Criminológico. Tesis Multicopiador México 1980.
16. Zaffaroni, Eugenio Raúl "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina". (informe final) Editorial De Palma. Primera Edición. Argentina, 1986.

17. Zaffaroni, Eugenio Raúl "Tratado de Derecho Penal". Editorial Cárdenas Editor. Primera Edición. Bolivia 1988.
18. Zenteno Barillas, Julio César Derecho Internacional Público. Depto. de Reproducciones. Facultad de C.C.J.J.S.S. USAC. Guatemala 1991.

INFORMES:

- Los Derechos Humanos en Guatemala
Informe de la Presidencia de la República
Guatemala, 1989
- Diálogo Nacional
Comisión Nacional de Reconciliación 1991
- Informe sobre los Derechos Humanos en Guatemala.
Departamento de Estado de los Estados Unidos de América,
1992.

DICCIONARIOS:

- Diccionario de Derecho Penal y Criminología
Raúl Goldstein
Segunda Edición Actualizada y Ampliada.
Editorial Astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma
Buenos Aires Argentina, 1983.
- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales
Manuel Osorio
Editorial Heliasta S.R.L.
Buenos Aires, Argentina.
Primera Edición 1981.

TESIS:

- Pérez Minera, Edgar Roberto Remanentes del Principio Versari
in Re Illicita en la Legislación

LEYES:

Constitución Política de la República de Guatemala

Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso

Ley contra la Narcoactividad, Decreto 48-92

Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto 68-86

CONVENIOS INTERNACIONALES

1. Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
2. Convenio Relativo a la Discriminación en materia de Empleo y ocupación.
3. Convenio relativo a la lucha contra la Discriminación en la esfera de la enseñanza.
4. Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales.
5. Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio.
6. Esclavitud, Servidumbre, Trabajo Forzado e Instituciones y Prácticas Análogas.
7. Convención sobre la Esclavitud.
8. Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud.

9. De los delitos contra la Administración de Justicia: Protección de Personas Sometidas a Detención o Prisión.
10. Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos
11. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
12. Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.
13. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
14. Salvaguardias para garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte.
15. Declaración sobre los Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

PROYECTOS DE LEY

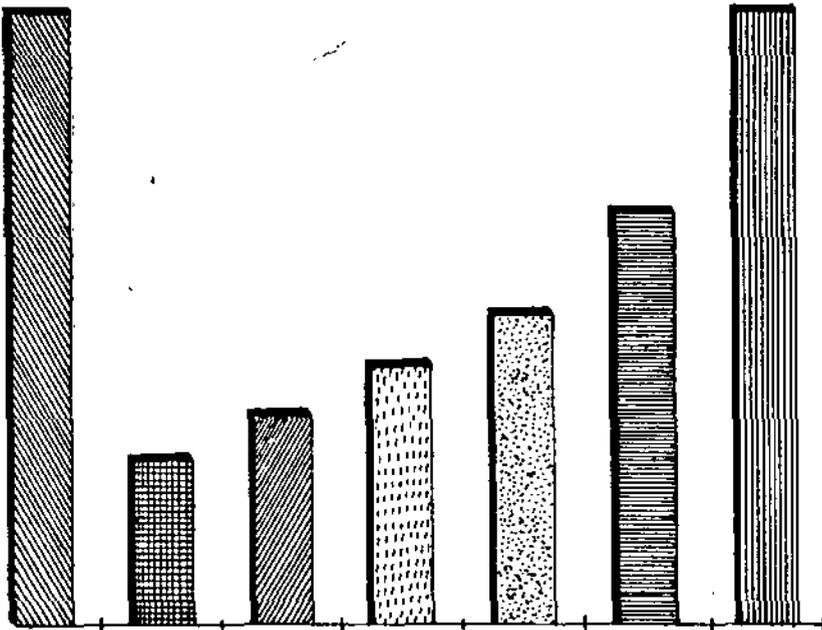
Anteproyecto de Código Penal presentado a la Corte Suprema de Justicia por el Doctor Martín Alberto Binder.

Proyecto de Código Penal para Guatemala, 1991.

LEGISLACION EXTRANJERA

- Constitución Política de la República Alemana.
- Código Penal Colombiano, 1980.
- Código Federal Mexicano.
- Código Penal Argentino.

ANEXO I
MAGNITUD DE LAS PENAS EN LATINOAMERICA



LIMITES MAXIMOS DE PENALIDAD:

-  **Penas de Muerte:** Cuba, Chile, Guatemala, Haití, Nicaragua, Paraguay y El Salvador.
-  **16 años** Ecuador.
-  **20 años** I. C.P. Honduras y Panamá
-  **25 años** II. C.P. Costa Rica.
-  **30 años** I. C.P. Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, República Dominicana, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, El Salvador, Uruguay y Venezuela.
-  **40 años** I. C.P. México.
-  **PERPETUA** V.C.P. Argentina, Chile, Haití, Perú, Puerto Rico.