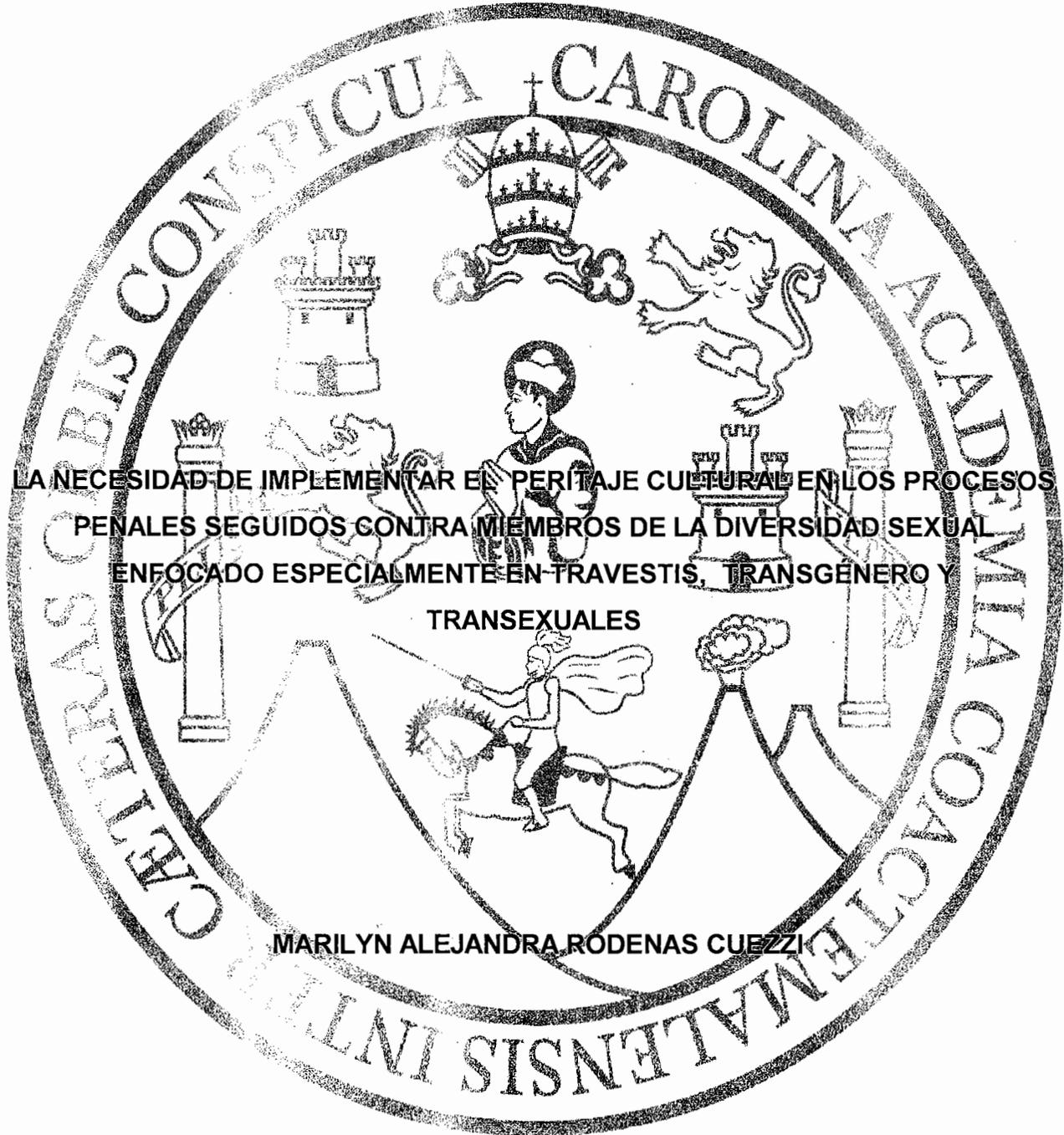


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL PERITAJE CULTURAL EN LOS PROCESOS
PENALES SEGUIDOS CONTRA MIEMBROS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL
ENFOCADO ESPECIALMENTE EN TRAVESTIS, TRANSGÉNERO Y
TRANSEXUALES

MARILYN ALEJANDRA RODENAS CUEZZI

Guatemala, octubre de 2015

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

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL PERITAJE CULTURAL EN LOS PROCESOS
PENALES SEGUIDOS CONTRA MIEMBROS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL
ENFOCADO ESPECIALMENTE EN TRAVESTIS, TRANSGÉNERO Y
TRANSEXUALES

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARILYN ALEJANDRA RODENAS GUEZZI

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2015

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 27 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, NORMA EUGENIA FRATTI LUTTMANN
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
RAÚL ALEXANDER RODENAS CUESI, con carné 9620612,
 intitulado LA NECESIDAD DEL PERITAJE CULTURAL, EN LOS PROCESOS PENALES SEGUIDOS CONTRA
MIEMBROS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL ENFOCADO ESPECIALMENTE EN TRAVESTIS, TRANSGÉNERO Y
TRANSEXUALES.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 26 / 6 / 2015 f) _____
 Asesor(a)

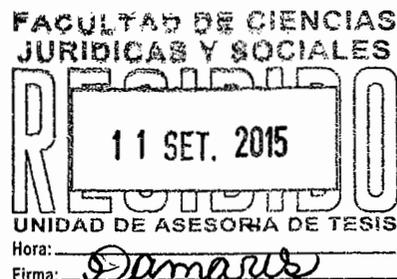




NORMA EUGENIA FRATTI LUTTMANN
ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, 11 de septiembre de 2015

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Atento saludo, Doctor Mejía:

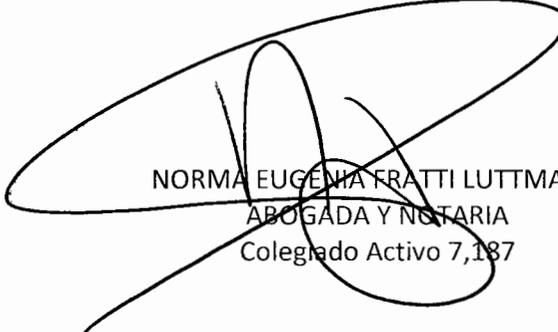
De acuerdo al nombramiento de fecha 18 de febrero del presente año, he procedido a asesorar la tesis intitulada: LA NECESIDAD IMPLEMENTAR EL PERITAJE CULTURAL, EN LOS PROCESOS PENALES SEGUIDOS CONTRA MIEMBROS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL ENFOCADO ESPECIALMENTE EN TRAVESTIS, TRANSGÉNERO Y TRANSEXUALES, el cual ha sido modificado por: LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL PERITAJE CULTURAL EN LOS PROCESOS PENALES SEGUIDOS CONTRA MIEMBROS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL ENFOCADO ESPECIALMENTE EN TRAVESTIS, TRANSGÉNERO Y TRANSEXUALES, del bachiller Marilyn Alejandra Rodenas Cuezzi, motivo por el cual emito el siguiente:

DICTAMEN:

- A. Con respecto al contenido científico de la tesis se puede verificar en las técnicas y métodos utilizados y con respecto al contenido técnico, considero que está presente en la redacción al utilizar un lenguaje jurídico el cual es acorde a un trabajo de esta índole.
- b. La investigación contiene suficientes referencias bibliográficas, resguardando el derecho de autor, elemento que ha servido de base para sustentar el tema tratado y por ende el desarrollo del mismo.
- c. Se han desarrollado adecuadamente cada uno de los capítulos, en ellos se fundamenta la comprobación de la hipótesis, lo cual genera una contribución científica al sistema formativo guatemalteco.
- d. En la conclusión discursiva el bachiller manifiesta que debido a: La población lesbiana, gais, bisexuales, travestis masculinos y femeninos, trans géneros masculinos y femeninos, transexuales, masculinos y femeninos e intersexuales LGBTI; se necesita regular el peritaje cultural como medio probatorio; cuyo objetivo es crear cero discriminación, rechazo social y estigma en dichas poblaciones.
- e. Declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.



Por lo anterior y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** del bachiller Marilyn Alejandra Rodenas Cuezzi, para que prosiga con los trámites necesarios para su graduación.



NORMA EUGENIA FRATTI LUTTMANN
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado Activo 7,187



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 23 de septiembre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARILYN ALEJANDRA RODENAS CUEZZI, titulado LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL PERITAJE CULTURAL EN LOS PROCESOS PENALES SEGUIDOS CONTRA MIEMBROS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL ENFOCADO ESPECIALMENTE EN TRAVESTIS, TRANSGÉNERO Y TRANSEXUALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

[Handwritten signature]



BAMO/srrs
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme permitido llegar a mi segunda carrera, por todo lo que he realizado, alcanzado y brindarme la fuente de sabiduría inagotable ya que cuando fui débil me distes fuerza para alcanzar el éxito.
- A MI PADRE:** Miguel Ángel Rodenas Ovando, por haberme dado la vida.
- A MI MADRE:** María del Carmen Cuezzi Maldonado, por ser la fuente de donde brota mi vida, por sus consejos, sus valores, por ser la motivación constante permitiéndome ser una mujer trans género, luchadora, por su amor y creer siempre en mí, gracias Mamá por ese apoyo incondicional y por aceptarme, con mi preferencia sexual e identidad de género, te amo mamá.
- A MIS HERMANOS:** Eddy Alexander Rodenas Cuezzi mi hermano gemelo y a mi hermano menor Oscar David Rodenas Cuezzi, por el apoyo incondicional que me has brindado, te quiero mucho y deseo que busques y logres tu felicidad y que siempre triunfes, los amo porque siempre han estado en mis tristezas y alegrías.
- A MIS TÍOS:** Félix Marín de León Maldonado, te quiero mucho tío por haberme cuidado siempre que Dios te bendiga y proteja, Ruth de Cuezzi.



A MIS PRIMOS: Especialmente a Brenda Azucena, Jacqueline Daniela, Verónica Maribel, Walter Rossel, Jose Branzini, John Estuard, Yessica Mariza, Ángel y Gerson Solano Cuezzi.

A MIS COMPADRES: Licda. Rosa Nydia Suruy Palacios de Contreras, Estuardo Enrique Contreras, Gloria y Byron.

A MIS AHIJADOS: Pablo Ruiz, Melissa Contreras y Nancy Estrada.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO: Mara, Glenda, Licda. Estefany Muñoz.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS: Miriam López, Yessenia Del Cid, Ana Rivera, Dayanna Lima, Lilian Boror, Mirna Rompich, Carlos Valdez, Israel Orrego, Byron Castro, Walter Solera, Zulema y Aníbal Suruy, Mayra Hernández, Thelma Escalante, Brenda Rosales, Dilia Jiménez, Ronald Velásquez, Gilberto Itzep, Herbert Hernández, Juan Luis Galicia, Juez. Carlos Antonio Aguilar Revolorio, Lic. Morey Zuleta, Lic. Juan Carlos Ríos, Lic. Otto Arenas, Lic. René Monterroso, Lic. Bladimir Gómez, Jueza Norma Eugenia Fratti Luttmann, Licda. Gladis Arriaza, Inga. Victoria Miranda, Licda. Gabriela Tuch, Licda. Gardenia Maza, Licda. Nidya de Corzantes, Licda. María Corzantes Arévalo.

MIS CLIENTES DE ESTÉTICA CUEZZI: Por su apoyo, comprensión y paciencia.



A:

La Tricentennial University of San Carlos of Guatemala, for forming me academically and with it giving me the opportunity to fulfill one of my longed-for dreams of my life project and thus be able to overcome professionally.

And the Faculty of Law and Social Sciences for integrating me in each one of its classrooms and thus as the opportunity to fulfill one of my longed-for dreams of my life project; to be able to stand out professionally.



PRESENTACIÓN

Se ha buscado durante los últimos años la revitalización del centro histórico de la ciudad de Guatemala, para elevar la calidad de vida de sus habitantes y que las personas puedan apreciar tanto su bellísima arquitectura como los eventos culturales que en él se desarrollan, con el fin que las personas tengan un lugar donde puedan encontrarse.

Pero el centro histórico; en su vida nocturna ofrece mucho más, ya que se ven en las esquinas de la octava a la catorce calle y de la segunda a la quinta avenida, el trans generismo que se refleja en personas que ejercen comercio sexual, a partir de las diecinueve horas, poniendo en riesgo su integridad física y moral.

Motivo por el cual las personas en Guatemala como en diversos países del mundo la población travesti masculino y femenino, trans género masculino y femenino, transexual, masculino y femenino e intersexual; es discriminada y estigmatizada, esto se debe al sistema hetero patriarcal, sistema erróneo y poco amplio, transmitido de generación en generación dentro del sistema jurídico penal.

Estas circunstancias contribuyen en la prevalencia de actitudes, valores, conductas y conocimientos que no permiten aceptar las diversas orientaciones y preferencias sexuales de los sujetos que son objeto de investigación especialmente la población travesti masculino y femenino, trans género masculino y femenino, transexual, masculino y femenino e intersexual.

Aplicándose el método científico, jurídico y enmarcándose en una investigación cualitativa; denominando así este estudio en la rama del derecho penal, ya que se difunde fenómenos específicos tales como violación de los derechos humanos, abuso de autoridad, represión, disfuncionalidad jurídica, machismo, transfobia y misoginia, dentro de los distintos ámbitos sociales, jurídicos, religiosos etc.

Debido a esta inquietud se ve la necesidad de que se implemente el peritaje cultural como medio de prueba en los procesos penales. La presente investigación se realizó desde el año 2008 al 2015



HIPÓTESIS

Debido a la vulnerabilidad, discriminación, estigma y rechazo social que se demuestra en contra de la población travesti masculino y femenino, trans género masculino y femenino, transexual, masculino y femenino e intersexual; ante la sociedad y aún más a nivel penal; se considera implementar la función del peritaje cultural como medio de prueba en la elaboración de un informe circunstanciado, con el objeto de dar a conocer la preferencia, orientación sexual e identidad de género de la población antes mencionada.

La comunidad trans se encuentra invisibilizada al momento de exigir sus derechos humanos dentro del centro de detención preventivo y de condena al ser privados y privadas de su libertad por algún delito o falta, tipificados en la normativa penal; asimismo, en la aplicación de la ley errando en los fallos de los tribunales de justicia, debido a la falta de objetividad en los mismos.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La carrera técnica del peritaje cultural es nueva en Guatemala, se ofrece únicamente en la universidad Rafael Landívar; sin embargo, la experiencia de otros países muestra que el derecho comparado con el de México, Perú y Colombia manifiesta que los dictámenes de peritaje cultural contribuyen efectivamente a tratar de perfeccionar el sistema de justicia. Otorgando una protección jurídica preferente a grupos vulnerables en sus derechos humanos; pues al ingresar a los centros de detención que están a cargo de la dirección general del sistema penitenciario nacional deben garantizar la tolerancia y el respeto de los derechos de las poblaciones de la diversidad sexual, actualmente conocidas como lesbiana, gay, bisexual, travesti masculino y femenino, trans género masculino y femenino, transexual, masculino y femenino e intersexual LGBTI.

En síntesis se utilizó el método científico, jurídico encuadrando la investigación en una técnica cualitativa debido que el peritaje cultural como medio de prueba provee herramientas útiles para que los jueces y magistrados dicten un fallo justo y acorde a la realidad nacional guatemalteca.

Estableciendo el respeto a la integridad física de las mujeres trans generas brindándole un trato ecuánime acorde a la orientación sexual e identidad de género en el momento de guardar prisión en los diferentes centros de detención a cargo de la dirección general del sistema penitenciario nacional.

Esta Institución se ha constatado como ente violador de derechos humanos, estigmatizando, discriminando y profiriendo vejaciones y tratos crueles inhumanos y degradantes.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	I
CAPÍTULO I	
1. Antecedentes históricos.....	1
1.1. La diversidad sexual en la Edad Media.....	1
1.2. La sexualidad o preferencia sexual distinta en Guatemala.....	4
1.3. Diferencia entre sexo, género, orientación y preferencia sexual.....	5
1.3.1. Orientación sexual.....	5
1.3.2. Preferencia sexual.....	5
1.3.3. Sexo.....	5
1.3.4. Género.....	6
1.3.5. La expresión de género.....	6
1.3.6. La identidad de género.....	6
1.3.7. Diferencia entre sexo y género.....	7
1.4. Definición de prostitución.....	7
1.5. Patrones de crianza.....	9
1.6. Roles sociales.....	10
1.7. Discriminación.....	10
1.8. Tipos de violencia.....	12
1.8.1. Violencia física.....	12
1.8.2. Violencia psicológica.....	12
1.8.3. Violencia patrimonial.....	12
1.8.4. Violencia sexual.....	13
1.8.5. Agresión sexual.....	13



CAPÍTULO II

	Pág.
2. Diversidad sexual.....	15
2.1. Definición LGBTI.....	15
2.2. Homosexualidad.....	16
2.2.1. Gay.....	17
2.2.2. Lesbiana.....	17
2.2.3. Clasificación de la homosexualidad.....	17
2.2.4. Homosexualidad esencial o absoluta.....	17
2.2.5. Homosexualidad neurótica (asintónica).....	17
2.2.6. Homosexualidad facultativa o anfigónica (bisexual).....	18
2.2.7. Homosexualidad substitutiva, ocasional (contingente).....	18
2.2.8. Homosexualidad latente.....	19
2.2.9. Personas trans.....	19
2.2.10. Transexuales.....	19
2.2.11. Trans género.....	20
2.2.12. Mujeres trans géneros.....	20
2.2.13 Hombres trans géneros.....	20
2.2.14. Travesti.....	21
2.2.15. Insters sexuales.....	21
2.3. Clases de fobias.....	21
2.3.1. Fobia cognitiva.....	22
2.3.2. Fobia afectiva	22
2.3.3. Fobia conductual.....	22
2.3.4. Fobia liberal.....	23
2.3.5. Homofobia.....	23
2.3.6. Transfobia.....	24
2.4. Tolerancia.....	24



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Proceso penal guatemalteco.....	27
3.1. Derecho procesal penal guatemalteco.....	27
3.1.1. Definición del derecho procesal penal.....	27
3.1.2. Definición del derecho procesal penal latu sensu.....	28
3.1.3. La instrumentalidad.....	29
3.1.4. Teoría de la relación jurídica.....	31
3.1.5. Teoría de la situación jurídica.....	31
3.2. Los fines del proceso penal.....	32
3.2.1. Fines generales del proceso penal guatemalteco.....	32
3.2.2. Fines específicos del proceso penal guatemalteco.....	32
3.3. Objeto del proceso penal guatemalteco.....	33
3.4. Importancia de la determinación.....	33
3.4.1. Criterios generales de determinación.....	34
3.4.2. Contenido de la norma.....	34
3.4.3. Finalidad de la norma.....	34
3.4.4. Efectos de la norma.....	34
3.5. Relación con la jurisdicción.....	34
3.6. Relación con la acción.....	35
3.7. Concepto de derecho penal.....	35
3.7.1 Definición de derecho penal.....	36
3.8. Garantías individual.....	37
3.9. Garantías constitucionales.....	37
3.10. Garantías procesales.....	38



CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Medios de prueba dentro del derecho proceso penal.....	47
4.1. Diferentes clases de definición de prueba.....	47
4.1.1. Prueba.....	47
4.1.2. Definición latu sensu de medio de prueba.....	51
4.1.3. Prueba admisible.....	52
4.1.4. Prueba legal.....	52
4.2. Requisitos que debe reunir la prueba para ser admitida.....	53
4.3. Fuentes de prueba.....	54
4.4. Principios de libertad de prueba.....	54
4.5. Legalidad de la prueba.....	54
4.6. Saneamiento.....	55
4.7. Cantidad y calidad de la prueba.....	56
4.8. Fases de la actividad probatoria.....	56
4.8.1. Producción.....	56
4.8.2. Ofrecimiento.....	56
4.8.3. Proposición.....	56
4.8.4. Diligenciamiento.....	56
4.8.5. Valoración.....	57
4.9. La instrucción probatoria.....	63
4.10. Medios de pruebas en el proceso penal.....	63
4.10.1. Prueba de informes.....	63
4.10.2. Prueba documental.....	63
4.10.3. Prueba de peritos.....	64
4.10.4. Prueba pericial.....	64
4.10.5. El peritaje como medio de prueba.....	65
4.10.6. Peritaje cultural.....	65
4.10.7. Prueba plena.....	70



	Pág.
4.10.8. Prueba pre constituida.....	70
4.10.9. Declaración de parte.....	71
4.10.10. Pruebas históricas.....	71
4.10.11. Pruebas críticas.....	71
4.10.12. Declaración de testigos.....	72
4.10.13. Dictamen de experto.....	72
4.10.14. Dictamen pericial.....	72
4.10.15. Partes de un dictamen.....	73
4.10.16. Reconocimiento judicial e inspección ocular.....	74
4.11. Tipos de pruebas en materia penal.....	74
4.12. Presunciones establecidas por la ley o la jurisprudencia.....	75
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	79



INTRODUCCIÓN

En Guatemala tradicionalmente se ha destacado por su gran diversidad sexual ahora conocida como lesbiana, gay, bisexual, travesti masculino y femenino, trans género masculino y femenino, transexual, masculino y femenino e intersexual LGBTI; por tal motivo, la presente investigación se justifica en la función del peritaje cultural que consiste en presentarle al juez un informe circunstanciado debidamente fundamentado en un análisis de los hechos de la población travesti masculino y femenino, trans género masculino y femenino, transexual, masculino y femenino e intersexual, que se juzgan dentro del marco cultural al que pertenece el supuesto infractor.

El objetivo general alcanzado en los años 2008 al 2014 en la administración de justicia guatemalteca, fue el Amicua Curea en la resolución favorable hacia la población antes mencionada. Sin embargo, no es suficiente como un medio de convicción que conlleva a dictar un fallo más acorde, por ello, es necesario implementar el peritaje cultural como medio de prueba dentro del sistema de justicia, debido a que las personas trans generas son vulnerables y víctimas de rechazo social, estigma y discriminación; en el cual se violentan derechos y garantías constitucionales consagrados para este tipo de personas.

Además, participan en estas violaciones otras instituciones; debido a que el sistema hetero patriarcal es un sistema erróneo y poco amplio, debido a que se vive frecuentemente una cultura machista y conservadora.

El trabajo de investigación está formado de cuatro capítulos distribuidos de la manera siguiente:

capítulo I; se describe los antecedentes históricos de la diversidad sexual, explicando el sexo de las personas como un dato biológico, el género como una construcción social, la orientación como una inclinación sexual con un patrón de atracción erótica, emocional o amorosa hacia determinadas persona del mismo sexo o sexo opuesto, la preferencia sexual como el grado de elección que determina la vida y el rol sexual, la identidad de género como la vivencia interna e individual donde se involucra la

modificación de la apariencia o función corporal a través de medios quirúrgicos y psicológicos; incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y de expresión física; aunado a todo esto se identifican tipos de violencia: física; la cual se refiere a las agresiones y golpes; la psicológica, que hace referencia a los ataques emocionales que afecta la integridad física; creando así sentimientos de inseguridad y trastornos psicológicos; la patrimonial, este tipo de violencia hace alusión del hurto y el robo; y la sexual, se refiere al acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona o bien la introducción de cualquier objeto en las vías señaladas; capítulo II, se desarrolla el tema de la diversidad sexual; tomando referencia la homosexualidad con su clasificación; los términos gay y lesbiana como una atracción del mismo sexo; trans generas quienes son las que transgreden su género a base de hormonas; trans sexuales son los que creen que sus genitales pertenecen a un genero y su cerebro a otro el cual se someten a un tratamiento quirúrgico y psicológico; travesti son los individuos que expresan y adoptan características físicas y psicológicas propias del sexo opuesto; intersexuales son los que nacen con los dos órganos genitales; capítulo III, se relaciona al proceso penal guatemalteco en donde se hace mención al marco legal, dentro del cual encontramos la doctrina, la teoría, los fines, el objeto, la importancia, los criterios, los efectos, las relaciones; así como, las diferentes garantías constitucionales y procesales del debido proceso; capítulo IV, este capítulo menciona los medios de prueba dentro del derecho procesal penal; encontramos el concepto, la definición, los diferentes tipos y requisitos de la prueba, asociando al saneamiento, cantidad y calidad de las diferentes fases probatorias como la producción, el ofrecimiento, la proposición, el diligenciamiento y la valorización que establece la prueba legal o tazada, la íntima o libre convicción, la sana crítica razonada y el peritaje cultural como un medio de convicción; utilizando el método científico y jurídico encuadrando la investigación en una técnica cualitativa.

Debido a lo antes expuesto, se incurre en una necesidad imperiosa de implementar en procesos penales la función del peritaje cultural como medio de prueba, que permite ampliar el enfoque jurídico de los administradores de justicia en el momento de analizar un caso concreto.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos de la diversidad sexual

1.1 La diversidad sexual en la Edad Media

La actitud hacia la homosexualidad y el trans generismo ha variado a lo largo de las diferentes épocas y entre los diversos grupos y sub grupos culturales, originándose entre la aceptación en la antigua Grecia, la tolerancia el imperio Romano, y la condena absoluta en muchas sociedades orientales y occidentales.

Sin embargo, gran parte de la incomprensión y de los prejuicios existentes contra la homosexualidad y trans generismo proceden de su clasificación como enfermedad en el siglo XIX.

Especialmente en la edad media, hasta que surgió la intervención de algunos precursores de la medicina y la psicología como: El neuropsicólogo alemán Richard Von Krafft-Ebing la considero una de generación Pneuropatica hereditaria que supuestamente se agrava por una excesiva masturbación.

El psiquiatra austriaco Sigmund Freud “postuló la existencia de una predisposición constitutiva, aunque también destaco el efecto determinante de experiencias durante la infancia como, por ejemplo, la falta de un progenitor del mismo sexo con el cual poder identificarse y la frecuencia de experiencias homosexuales masculinas durante la adolescencia, que considero como desviación sexual”¹.

La publicación de dos estudios sobre el comportamiento sexual en hombres y mujeres, que llevo a cabo el biólogo estadounidense Alfred Charles Kinsey, “rebatíó la hipótesis de la enfermedad.

Prueba psicológicas realizadas a homosexuales y a heterosexuales mostraron que entre ellos no había aspectos patológicos diferenciadores. Aunque existen algunas

¹ Sigmund Freud. Psicología del desarrollo. Pág. 24 y 33

evidencias en estudio de gemelos y mellizos que sugieren que los genes pueden ser un factor en la orientación sexual, otras teorías afirman que es más probable que los factores determinantes sean las experiencias vividas durante la infancia”². En 1973, la Asociación Psiquiatra de Estados Unidos elimino la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales y, en 1980, del DSM, manual de clasificación de las enfermedades mentales de la OMS.

Algunos homosexuales mantienen relaciones monógamas que se asemejan a los matrimonios heterosexuales. En algunas sociedades como la de los arunta o Aranda de Australia, la homosexualidad está prácticamente generalizada.

En algunos países de Europa, como Bélgica, países bajos, Dinamarca y muy recientemente España, el matrimonio legal ya ha sido aprobado. En otros países, como Alemania, Gran Bretaña y Estados Unidos de Norte América.

Los homosexuales se registran como parejas de hecho, y en los países bajos, además, algunas parejas estables han conseguido el derecho legal para adoptar niños.

El origen de la homosexualidad es el mismo que el de la heterosexualidad. Por lo que no existe ninguna diferencia física o mental entre quienes gustan de su mismo sexo, del otro o de ambos.

Alfred Kinsey “Afirmó que los heterosexuales exclusivos son menos frecuentes de lo que imaginamos. En cambio se descubrió que más de la mitad de los hombres investigados habían tenido un orgasmo con alguien del mismo sexo. Para este autor la sexualidad, la homosexualidad y el trans generismo son continuos que van entre la exclusividad del mismo sexo o del otro y la bisexualidad manifestada con un porcentaje de expresión”³

Para Karl María Kerbeny la atracción sexual de algunos individuos por personas de su mismo sexo era un aspecto inherente e inamovible de su personalidad. Entonces podríamos afirmar que la homosexualidad y el trans generismo existen como un atributo

² Kinsey, Alfred Charles . comportamiento sexual. Pág. 289

³ *Ibíd.* Pág. 289

de un tipo específico de personas, sino más bien de una potencialidad de cualquier ser humano.

De modo que acepta a la homosexualidad como orientación sexual, que tienen las personas y que no presentan ninguna enfermedad patológica o bien algún trastorno de la personalidad, se ha ido estableciendo cada vez con más certeza que la orientación y la identidad sexual no siempre son correspondientes.

Es importante percibir la diferenciación conceptual, pues está referida a características propias de la especie humana y su sexualidad. Esto ha existido desde la historia y de la cultura de la humanidad, para designar un mismo comportamiento homosexual, travesti, trans generismo o de trans sexualismo se pueden emplear tres palabras o expresiones:

Homosexualidad, sodomía y pecado nefando. La primera palabra pertenece a nuestro mundo contemporáneo; su significado es más amplio que el de sodomía, corresponde al tipo de conducta que sancionaba la justicia; pero no corresponde en absoluto al universo mental de los hombres del barroco.

Para los antepasados del siglo de oro no existía la palabra homosexualidad, se utilizaba el término pecado nefando o sodomía el cual es heredado de la terminología más generalmente difundida por todo el occidente medieval, llamaban pecado

Nefando de sodomía contra natural, no sólo la sodomía propiamente dicha, que ocurría entre dos hombres o entre un hombre y una mujer, sino también las relaciones sexuales entre mujeres y la bestialidad o zoofilia.

Estos tres términos molicies, sodomía y bestialidad son contra natura por ser medios de conseguir el placer vertiendo el semen fuera del único receptáculo que la naturaleza ha creado para recibirlo en el acto de generación.

La sodomía consiste en el coito, con una persona indebida, es decir del mismo sexo sodomía perfecta, con una persona del sexo opuesto pero en un lugar indebido, es decir extra vas náurale sodomía imperfecta.

La palabra sodomía tenía triple significado: en su sentido propio era uno de los pecados más graves de lujuria sin que el sexo de los interventores contara para el caso; en sentido general, viene a ser sinónimo de toda forma de sexualidad reputada contraria a la naturaleza, en su tercer significado designaba la penetración anal entre hombres y de allí, la homosexualidad masculina en conjunto y el trans generismo.

1.2 La sexualidad o preferencia sexual distinta en Guatemala

En Guatemala como en otros países, el hecho de ser homosexual travesti, transgénero y trans sexual o de practicar la homosexualidad puede ocasionar la pérdida del trabajo, la discriminación en el alquiler de una vivienda, el rechazo social e incluso, la cárcel donde se violentan sus derechos humanos y garantías constitucionales.

La Constitución Política de la República de Guatemala en los Artículos: 19,44,46,71,72,93,94,95,101; Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala 2, 6,10 al 18,20,22,28, 29 entre otros 47,48,49 y 83; Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala Artículos 139; Ley del Régimen Penitenciario Decreto 33-2006 del Congreso de la República de Guatemala Artículos cinco al 11,12 al 25 y 28; Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario Acuerdo Gubernativo 513-2011 Artículos tres, cuatro, cinco, siete, ocho,10,12,14 al 33

Durante los últimos años, los grupos a favor de los derechos de los gais y trans han luchado para conseguir una mayor aceptación de la homosexualidad por parte de la opinión pública y por la modificación, supresión o creación de leyes que defiendan sus derechos.

El nivel de aceptación alcanzado en la década de 1970. Disminuyó en la década siguiente debido a la reacción pública que ocasionó la expansión de la epidemia del VIH, que afectó en mayor proporción al colectivo homosexual masculino, este hecho condujo al rechazo social y al aumento de los prejuicios en contra de la homosexualidad y el trans generismo.

Toda forma de sexualidad reputada contraria a la naturaleza, en su tercer significado designaba la penetración anal entre hombres, y de allí, la homosexualidad masculina en conjunto y el trans generismo.

1.3 Diferencia entre sexo, género, orientación y preferencia sexual

Las poblaciones que son objeto de estudio deben de tener claro la definición de sexo, género, orientación y preferencia sexual; para obtener la identidad de género.

1.3.1 Orientación sexual

Es una tendencia sexual o bien una inclinación sexual la cual se refiere al patrón de atracción sexual, erótica, emocional o amorosa hacia determinada persona del mismo o del sexo opuesto en otras palabras personas definidas por su género.

Como también se podría emplear esta palabra de orientación hacia aquellas personas que tienen conflictos o inseguras de su sexualidad por lo tanto se ha definido como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

1.3.2 Preferencia sexual

Significa el grado de elección voluntaria que determina la vida sexual o bien optar por un rol sexual dentro de la diversidad sexual. De las personas o bien la inclinación de acciones sexo genitales tomando en cuenta la orientación y el género de las persona.

1.3.3 Sexo

El término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se



refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como hombre o mujer al nacer.

1.3.4 Género

Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre al significado social y cultural que se atribuye en la percepción interna de cada persona y la experiencia de la masculinidad y la feminidad.

La construcción social que asigna ciertos comportamientos en los roles masculinos y femeninos que varían a través de la historia, las sociedades, las culturas y clases. El género es, por tanto, fuertemente ligado a las expectativas de la sociedad.

Rol de género: cómo una persona expresa a sí mismo en términos de rasgos comúnmente asociada con la masculinidad y la feminidad. Por lo tanto es una construcción social.

1.3.5 La expresión de género

Ha sido definida como la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado.

1.3.6 La identidad de género

Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

1.3.7 Diferencia entre sexo y género

La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social.

1.4 Definición de prostitución

“Prostitución es el otorgamiento de favores sexuales por lo general en forma promiscua anónima y sin afecto, solo por dinero.”⁴

Al hablar de prostitución, se sobreentiende que la persona que la ejerce no aplica otro criterio en la elección del cliente: que el de recibir el pago correspondiente, es decir, que no existe ningún tipo de emoción ni relación afectiva.

De modo que, en un sentido más genérico y coloquial de la palabra, existen sinónimos de prostitución como lenocinio, trata de blancas, trabajo sexual y comercio sexual.

Debido a esta práctica es común que una persona reconocidamente travesti, transgénero y trans sexual consulta a un médico por cualquier dolencia o por haber adquirido una infección de transmisión sexual ITS se le indica que debe hacerse la prueba de ELISA. La prostitución ha sido calificada eufemísticamente como la profesión más antigua del mundo, ya que se conoce prácticamente desde que existen registros históricos de algún tipo, y en prácticamente todas las sociedades.

“En los tiempos más remotos en la historia de Guatemala, grupos indígenas como los Cakchiqueles que habitaban en Sololá, acostumbraban a pedirle a cada pueblo un tributo que era pagado con objetos preciosos tales como: metales, telas, etc., pero habían pueblos que preferían dar mujeres en lugar del tributo correspondiente, esta mujeres pasaban la noche con los cobradores para que no le fueran quitados sus tesoros”⁵

⁴ Solom, Philip y Vernon D Patch. **Manual de psiquiatría**, en su prostitución. Pág. 181

⁵ Recinos, Adrián. Traductor. **Memorial de Sololá o aranales de los cachiueles**, (México: Fondo de Cultura Económica, 1950), Pág. 89

“El ejercicio de la prostitución en Guatemala es un estado de peligrosidad por las relaciones que se entablan con personas delincuentes y por la propia degeneración al estar relacionada con el vicio, además de ser el principal sector de transmisión de enfermedades venéreas. Por eso, este hecho debe ser analizado desde el punto de vista social.”⁶

Si bien se ha catalogado la prostitución como la profesión más antigua del mundo, todo depende del contexto del que se trate. La mayoría de los casos de prostitución en Guatemala son consecuencia de graves problemas socioeconómicos, culturales y de abusos infantiles.

Las prostitutas prestan servicios, siempre que el contrato de prestación de aquellos servicios voluntario sea entre adultos, el negocio debería ser respetado como debe ser respetado cualquier otro acuerdo de esa naturaleza.

“El sistema económico implantado en Guatemala en el siglo XVI trajo la prostitución de la mujer indígena que vendía su cuerpo a cambio de la protección que debía proporcionarle el encomendero español. El precio de venta de su cuerpo era tasado en especie o en servicios”⁷

La prostituta comienza su carrera a una edad joven en su mayoría antes de los veinte años, aunque va en aumento el número de quienes comienzan entre los doce y trece años, se trata de muchachitas escapadas de su casa e inducidas al oficio por sus propios familiares.

Respecto a los travesti, trans género y trans sexual es inducido por la falta de oportunidades laborales motivo por el prestan servicios en horas nocturnas.

Poniendo en riesgo la integridad física y moral como estar a la defensiva y cometer actos antijurídicos y violación del bien jurídico tutelado de los delitos contra la vida y la integridad de la persona establecidos en el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso

⁶ Mc Creery David. **Folleto prostitución en Guatemala**, Pág. 67

⁷ Guzmán, Dora Estela. **Estudio psicológico de la prostitución en Guatemala**. Trabajo de Tesis, Pág 67

de la República de Guatemala Artículos 123,124,125,126,127,128,132,141,142,144 al 150,151 entre otros.

La población objeto de estudio la conforman personas trans que ejercen trabajo sexual y comercio sexual comprendidos entre 20 a 30 años de edad, con diferentes niveles académicos, con un trabajo completamente nocturno, con alto riesgo de contraer enfermedades, ser producto de violencia, discriminación e, incluso la muerte.

Motivo por el cual la lesbianas, gais, bisexuales, trans travestis masculinos y femeninos, trans géneros masculinos y femeninos, transexuales, masculinos y femeninos e intersexuales LGBTI.

En Guatemala no cuenta con trabajo digno por su orientación, preferencia sexual e identidad de género ya que las empresas privadas y públicas niegan la oportunidad de brindar un trabajo..

El sistema heteronormativo como sistema binario el cual es regido e implementado por hombres y mujeres mas no contemplan la tolerancia de las poblaciones trans generas, debido a que la legislación guatemalteca no reconoce la identidad de género solo en el derecho internacional ratificados por Guatemala.

1.5 Patrones de crianza

Es la educación, principios morales que brindan la familia cuyas reglas se encuentran inmersas y fomentan discriminación en una sociedad machista, instituyendo la intransigencia al homosexual, travestis, trans género y trans sexual para poder desplazarse como cualquier otro individuo heterosexual, jurídicamente la ley es clara que es permitido realizar actos que la ley no prohíbe según la Constitución Política de la República de Guatemala artículo cinco.

1.6 Roles sociales

Son las actitudes y conductas que la sociedad impone a las Lesbianas, Gais, Bisexuales, travestis masculinos y femeninos, trans géneros masculinos y femeninos, transexuales, masculinos y femeninos e intersexuales LGBTI para sobrevivir; instituyendo estereotipos como: cortar cabello, cocinar, confeccionar, decoradores de ambientes entre otros.

1.7 Discriminación

La discriminación del latín discriminatō, es una forma de violencia pasiva, convirtiéndose, a veces, este ataque en una agresión física. Quienes discriminan designan un trato diferencial o inferior en cuanto a los derechos y las consideraciones sociales de las personas, organizaciones y Estados.

Este tipo de delito se encuentra tipificado como delito en el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 202 Bis; Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario Acuerdo Gubernativo 513-2011 Artículo cuatro el cual hacen referencia que ya sea por el color de piel, etnia, la orientación y preferencia sexual e identidad de género, sexo, edad, cultura, política, religión o ideología. Los individuos que discriminan tienen una visión distorsionada de la esencia del hombre y se atribuyen a sí mismos características o virtudes que los ubican un escalón más arriba que ciertos grupos.

Muchas veces este rechazo se manifiesta con miradas odiosas o con la falta de aceptación en lugares públicos, trabajos o establecimientos educativos públicos y privados, acciones que afectan a la persona rechazada. El prejuicio hacia comunidades hace que las personas sean calificadas antes de ser conocidos. Debido al desconocimiento y a la convivencia estimula La intolerancia, el rechazo y actos discriminatorios.

Las creencias populares pueden convertirse en promotoras de odios. Los judíos son avaros, los gitanos ladrones, los coreanos sucios, el que tiene tez trigueña es cabecita, los bolivianos son inmigrantes ilegales.

Los individuos que son afectados por estas clasificaciones no son valorados por sus virtudes sino por características secundarias que no determinan sus cualidades como ser humano. Estos ejemplos son crueles e inhumanos pero son los clásicos dentro de nuestra sociedad.

Los afectados son las minorías aunque las poblaciones lesbianas, gais, bisexuales, trans travestis masculinos y femeninos, trans géneros masculinos y femeninos, transexuales, masculinos y femeninos e Intersexuales LGBTI, no son minorías pero aun así son rechazados.

No obstante, en su acepción más coloquial, el término discriminación se refiere al acto de distinción o segregación que atenta contra la igualdad y la integridad física. Normalmente se utiliza para referirse a la violación de la ley de igual libertad y la igualdad de derechos por cuestión social.

Para Vonfack en 1998 citado en Becerra, S., Tapia, C. y Barría, C. y Orrego, C. "existen tres procesos claves que explican las relaciones de rechazo en las relaciones interpersonales entre sujetos de distintos grupos: los Estereotipos, el prejuicio y la discriminación, además de esto la identidad social que es entendida como un constructor que discurre en esferas sociales, cognitivas y motivacionales."⁸

González y cols., 2005 y que es definida como "Parte del auto concepto que se deriva de la particular relación con ciertas categorías o grupos sociales, hace que el individuo se sienta identificado con el grupo de pertenencia mientras que se aleja de los grupos que los rodean y con los cuales no existe ninguna identificación, surge el fenómeno de inclusión y/o exclusión."⁹

⁸Tajfel y Turner citado en Smith, **Los roles sociales**. Pág. 73

⁹ **Ibíd.** pág. 74

1.8 Tipos de violencia

Las poblaciones lesbianas, gais, bisexuales, travestis masculinos y femeninos, trans géneros masculinos y femeninos, transexuales, masculinos y femeninos e Intersexuales LGBTI son objeto de sentimientos de inseguridad y trastornos psicológicos debido a los maltratos que se obtienen por el rechazo social, estigma y discriminación de los diferentes tipos de violencia.

1.8.1 Violencia física

Cuando hablamos de violencia física nos referimos a las agresiones, golpes con cualquier objetos pulso cortante, arma blanca o de fuego.

1.8.2 Violencia psicológica

Es cuando se agrede emocionalmente a las personas afectando su integridad, creando sentimientos de inseguridad y trastornos psicológicos debido a los maltratos que se obtienen por el rechazo social, estigma y discriminación delito tipificado en el Artículo 202 bis del Código Penal y el Artículo 4 del Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario.

1.8.3 Violencia patrimonial

Código Penal Decreto 17-73 Artículo 246 establece que el hurto es quien tomare, sin la debida autorización, cosa mueble, total o parcialmente ajena. Y el Artículo 251 indica que el robo es quien sin la debida autorización y con violencia anterior, simultanea o posterior a la aprehensión tomare cosa, mueble total o parcialmente ajena.

La población travesti, trans género y trans sexual son víctimas de hurto, robo y despojo de su bienes en los presidios a cargo de la dirección general del sistema penitenciario nacional, y en las calles o en algunos centros nocturnos de comercio sexual, por los

dueños, encargados del lugar y clientes que solicitan servicios sexuales de mujeres trans generas trabajadoras sexuales.

1.8.4 Violencia sexual

Es quien, con violencias física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas u obligue a otra persona a introducirselos a sí misma.

Código Penal Decreto 17-73 Artículo 173.

1.8.5 Agresión sexual

Es quien con violencia física o psicológica, realice actos con fines sexuales o eróticos a otra persona, al agresor o a si misma, siempre que no constituya delito de violación

Código Penal Decreto 17-73 Artículo 173 Bis.



CAPÍTULO II

2 Diversidad sexual

2.1 Definición LGBTI

Es el acrónimo para denominar de forma inclusiva a todos los individuos y a las comunidades que se identifican como:

L- lesbianas

G- gais la fundación española Urgente que la forma correcta en castellano en plural que gay es gais y no gais.

B- bisexuales

T- trans Travestis masculinos y femeninos, trans géneros masculinos y femeninos, trans sexuales, masculinos y femeninos

I- intersexuales

El primer término utilizado por hombres y mujeres heterosexuales era la palabra Homosexual desde 1969, la cual adquirió por muchas personas de cultura anglosajona connotaciones negativas.

Debido a esto fue reemplazarlo por la palabra gay tanto, sin embargo en la actualidad la palabra homosexual es considerada correcta. Cuando las mujeres homosexuales feministas empezaron a construir su propia identidad el término lesbiana se generalizó.

Las siglas LGBT está en uso desde 1990 y se volvió cada vez más común a nivel mundial, en la actualidad es el término internacional utilizado para referirse a las lesbianas, gais ,bisexuales, trans travestis masculinos y femeninos, trans géneros masculinos y femeninos, transexuales, masculinos y femeninos e intersexuales. Y se está empezando a incorporar a las siglas LGBT la letra "I" de Intersexuales.

La L al inicio se utiliza en pro de la visibilidad lésbica, el orden de las siglas LGBTI se está utilizando cada vez mayor, reemplazando al orden de siglas GLBT.

En algunos se casos se utilizan tres "T": TTT transexuales, trans género y travestis. Sin embargo con una sola T se denota la palabra trans que agrupa a transexuales, trans géneros y travestis.

Otros colectivos han realizado distintas combinaciones de las letras, anteponiendo una u otra según a la comunidad quieran otorgar mayor visibilidad.

A veces se añade una "P" en referencia a la pan sexualidad, "A" de asexuales, "H" de heterosexuales aliados y AN de la antro sexualidad.

El término LGBT ha sido un símbolo positivo de inclusión y ha ayudado, con el paso del tiempo, a integrar a individuos que han sido marginados sexualmente en la comunidad global.

Este tipo de siglas se utilizan para el posicionamiento político. Sin embargo las poblaciones vulnerables que integran la diversidad sexual son víctimas de la violencia de los derechos humanos por la orientación sexual e identidad de género.

Estas prácticas son sistemáticas y arraigadas en la región que da un ambiente de discriminación institucionalizada en el contexto; razón por la cual surgen instituciones que velan por las poblaciones antes mencionadas, cuyo objetivo es cumplir con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

2.2 Homosexualidad

Inclinación erótica hacia individuos del mismo sexo, es una variante de la sexualidad humana, que por su minoría dentro de la sociedad heterosexual, no se acepta como algo normal se define por porcentaje.

Las personas homosexuales se denominan de la siguiente manera:

2.2.1 Gay

Homosexual hombre atracción por hombre palabra que deriva del castellano gayo, que de acuerdo con el diccionario de la real academia española significa alegre, vistoso.

2.2.2 Lesbiana

Homosexual mujer atracción por mujer palabra que se deriva de la isla griega llamada Lesbos, hogar de la poetisa Safo siglo VII a.C. quien canto en sus poemas el amor entre mujeres.

2.2.3 Clasificación de la homosexualidad

Diversos investigadores han clasificado a la homosexualidad en diversos tipos:

2.2.4 Homosexualidad esencial o absoluta

El homosexual esencial es aquel que experimenta sus impulsos homosexuales como egos sintónicos y placenteros. No solamente se siente de acuerdo con su homosexualidad sino son los que esencialmente se sienten orgullosos de ella.

Esta clase de homosexuales son los que forman esencialmente la sociedad homosexual; y los que integran los grupos de militantes que defienden sus derechos a ser considerados como representantes de la diversidad sexual, exigiendo que la ley reconozca y legalice sus uniones.

2.2.5 Homosexualidad neurótica asintónica

El homosexual neurótico difiere del esencial en que siente sus impulsos como algo perturbador, extraño y aun horroroso para él. Intenta librarse de ello sin conseguirlo.

En ocasiones, ensaya el contacto sexual con mujeres sin que obtenga de tal experiencia más que un mayor convencimiento de su tendencia homosexual.

Algunos de estos homosexuales renuncian por completo a la satisfacción de sus impulsos sexuales, viviendo en completa abstinencia o, más frecuentemente utilizando la masturbación como único recurso.

La mayoría alteran la lucha contra sus tendencias con la experiencia de aventuras homosexuales más o menos esporádicas y breves.

2.2.6 Homosexualidad facultativa o anfigónica bisexual

Se trata de una variedad de la homosexualidad en la cual existe una atracción hacia los individuos del propio sexo y del sexo opuesto, pero casi siempre con predominio de esta última tendencia.

La vida heterosexual de estos individuos oscila desde la relación con una sola mujer a una amplia promiscuidad.

El comportamiento homosexual no suele estar presente en forma interrumpida, sino que aparece esporádicamente, con mayor o menor frecuencia, con ocasión de tratar con algún homosexual, como reacción a una situación de frustración, tras libaciones alcohólicas excesivas, etc.

En algunos casos, el impulso homosexual aparece bruscamente, en la edad media de la vida, en hombres que hasta aquel momento no habían presentado ninguna inclinación de esta.

2.2.7 Homosexualidad substitutiva, ocasional contingente

Se manifiesta únicamente en condiciones adversas al contacto heterosexual, se da en circunstancias de privación o aislamiento, tales como prisiones, campos de concentración, viajes marítimos de larga duración, seminaristas, etc.

Donde la relación heterosexual se hace imposible por razones externas. Usualmente, vuelven a la heterosexualidad una vez han cesado las condiciones de aislamiento que

imposibilitaban aquella, pero en ciertas ocasiones estas circunstancias desencadenan una homosexualidad latente que, una vez puesto de manifiesto se muestra irreversible.

2.2.8 Homosexualidad latente

Es propia de la condición bisexual del ser humano y que puede encontrarse en estado larvado en todos los individuos. Estas tendencias homosexuales emergen en muchas ocasiones, en la edad madura. Ocasionalmente, el descubrimiento de estos impulsos puede dar lugar a depresión y ansiedad, e incluso conducir al suicidio.

2.2.9 Personas trans géneros

Este término incluye la sub categoría transexualidad y otras variaciones es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona.

La identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Un trans generismo puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.

2.2.10 Trans sexuales

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por unas intervenciones médicas hormonales, quirúrgicas o ambas para adecuar su apariencia física biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

La teoría “transexual es una persona que encuentra una seria y profunda disconformidad entre su sexo psicológico y sus demás caracteres sexuales. El transexual sabe que sus genitales pertenecen a un género y su cerebro a otro. Es una persona que no está loca ni es farsante, es plenamente consciente de su dicotomía. El transexualismo es una realidad y no un producto de su imaginación”.¹⁰

¹⁰[www.transexualidad.wordpress.com/la transexualidad-en-la historia/27-09-2014](http://www.transexualidad.wordpress.com/la-transexualidad-en-la-historia/27-09-2014)

Las transexuales experimentan un sufrimiento psicológico y emocional debido al conflicto entre su identidad sexual y el sexo que les ha sido impuesto al nacer, por ser clasificados en base a sus órganos genitales.

Lo cual encuentran como única solución un proceso de reasignación de sexo. Este proceso puede incluir tomar hormonas N/E. terapia de sustitución hormonal para cambiar sus características sexuales externas.

Las transexuales comparan sus sentimientos a un rol que no están preparados; por ejemplo, tratar de ser el héroe cuando en realidad estaría mejor interpretando la heroína. Sin embargo, las palabras y conductas que estén ajenas a su naturaleza son forzadas por su apariencia física.

2.2.11 Trans género

“Personas que se identifican con el género opuesto a su sexo biológico, las conductas se diferencian de los roles de género normativos hombre o mujer que tradicionalmente reconoce la sociedad.”¹¹ Una persona trans genera es alguien que ya vive con el rol que le pertenece, y ha pasado por la fase de auto aceptación.

2.2.12 Mujeres trans géneros

Personas que tienen una identidad de género femenina, aunque su sexo biológico es masculino. Tiene una apariencia física de mujer.

2.2.13 Hombres trans géneros

Personas que tienen una identidad de género masculina, aunque su sexo biológico es femenino, tiene una apariencia de hombre.

¹¹Aguado Teresa, del Olmo Ondina Margarita, **Educación Intercultural perspectivas y propuestas, (s.e), (s.f).** Pág. 20

2.2.14 Travesti

Son aquellas que expresan su identidad de género de manera permanente o transitoria utilizando prendas de vestir y se manifiestan con actitudes del género opuesto. Por ello definimos a

“Los travestis personas que adoptan características físicas y psicológicas propias del sexo opuesto, motivación de un inconformismo de género y gusta representar ambos géneros.”¹²

Unos por fines lúdicos, como es el caso de las llamadas: Según Drag-queens, otros con fines sexuales fetichistas, en este caso puede sentirse cierta excitación al verse ya sea con tacones, falda, maquillaje y exploración y expresión de su lado femenino.

La persona travesti no desea cambiar su cuerpo por medio de hormonas y quirúrgicamente. A diferencia de las transexuales, no se sienten atrapados en un cuerpo equivocado.

2.2.15 Inters sexuales

Se ha definido la intersexualidad como todas aquellas situaciones del cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente.

El término se refiere a una gama de rasgos físicos o variaciones que se encuentran entre los ideales estereotipadas de hombres y mujeres. Nacen con características físicas, hormonales o genéticas que no son enteramente femeninas ni masculinas.

2.3 Clases de fobias

Las fobias a la diversidad sexual pueden ser de tipo cognitivo, afectivo o conductual a saber:

¹² www.transexualidad.wordpress.com/latransexualidad-en-la-historia/27-09-2014

2.3.1 Fobia cognitiva

Está en la cabeza, en los pensamientos. Yo creo que las personas homosexuales son enfermas, yo creo que las lesbianas no deberían casarse, está todo en lo cognitivo.

2.3.2 Fobia afectiva

No es yo creo o yo pienso, sino que es yo siento ¿tú qué harías si la persona con la que interactúas en el trabajo fuera gay? ante la pregunta muchos no respondían, simplemente daban un respingo y se separaban del compañero al que se marcaba supuestamente como homosexual. Es un rechazo que no está en la cabeza, sino un rechazo físico: asco etc.

En mi familia no hay de esa gente pero, si mi hijo o mi hija fuera gay o lesbiana, yo no le rechazaría, porque yo no creo que ser gay o lesbiana sea una enfermedad o sea peor que ser hetero.

Pero cuando yo voy por la calle y veo a dos hombres de la mano, me da una cosa aquí en el estómago... ¿Qué está funcionando? No es lo cognitivo, es lo afectivo, que también se aprende socialmente.

El aprender culturalmente a sentir ese rechazo creando molestias emocionales y psicológicas que actúan diferentes y agresivas contra estas poblaciones que son objeto de investigación, por tal motivo no tiene una homofobia conductual, cognitiva, pero tiene homofobia afectiva.

2.3.3 Fobia conductual

Sería convertir pensamientos y afectos en conducta real. Yo no soy homofóbico, porque aunque yo pienso que los gais y las lesbianas son enfermos, y a mí los gais me dan repugnancia, pero yo no rechazaría a un compañero por ser gay o lesbiana. Este

chico no tiene una homofobia conductual, pero sí tiene una homofobia cognitiva y afectiva.

2.3.4 Fobia liberal

Aquí se parte de la idea de que sí, puedes ser gay, puedes ser lesbiana, puedes ser bisexual, pero en tu casa. ¿Para qué tienes que ir haciendo ostentación por la calle? Es que si yo llego al trabajo el lunes y me preguntan ¿qué tal el fin de semana?, y yo digo pues nada, el sábado estuve con mi novia en el cine, te dicen ah, ¿y qué película visteis? Pero si yo respondo estuve en el parque de atracciones con mi novio, te dicen José, cómo sois los gay, siempre tenéis que ir con la bandera de la homosexualidad en la mano.

El espacio público debe ser heterosexual, es de la norma, pertenece solo a quienes están en la norma. Pichardo, José Ignacio 2012 "El estigma hacia personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales"¹³

2.3.5 Homofobia

Homofobia: se refiere a las creencias negativas culturales y personales, opiniones, actitudes y conductas basadas en prejuicios, repulsión, miedo y / o el odio de los homosexuales y quienes la catalogan como enfermedad psicosocial; comparándola con el racismo, la xenofobia y el machismo. Conocidas con el nombre genérico de fascismo. Lo cual se manifiesta en las diversas formas la más común violencia de física y de otros tipos de violencia, incitación al odio, la discriminación, las amenazas, la marginación, la exclusión social, burla e insultos.

Actitud hostil hacia las personas homosexuales, la homofobia que se dirige contra las mujeres la llamamos lesbofobia.

¹³Curso 2012-2013: **Antropología de la Cooperación y el Desarrollo** (Máster) || Antropología del Parentesco (Grado) || Introducción a la Antropología (Grado) || Antropología Aplicada (Grado) || Curso 2011-2012: Antropología de la Cooperación y el Desarrollo (Máster) || Antropología del Parentesco (Licenciatura) || Introducción a la Antropología (Grado) || Antropología Aplicada (Grado)

2.3.6 Transfobia

Se refiere odio a travesti, trans género y trans sexuales, transfobia como el fascismo, prepara siempre las condiciones del exterminio, las creencias negativas culturales y personales, tienen opiniones, actitudes y conductas basadas en prejuicios, manifestándose, por la exclusión social, agrediéndolos verbalmente con insultos.

Lo cual tiene una larga tradición en la historia de la humanidad, no tienen origen único, una cabeza visible, ni un objetivo, ni una razón histórica, enraizada en diferentes culturas, épocas, clases sociales e instituciones.

Por lo que aún no se han logrado que la real academia incluya el término transfobia en el diccionario, solicitándolo varias veces, distintos colectivo trans generismo y anti racistas, respaldando el marco de referencias agresivo contra las mujeres y hombres trans.

2.4 Tolerancia

En psicología es la capacidad de resistir o hacer frente a una sobre carga, también significa una actitud permisiva frente a comportamientos en otras personas distintas de lo que tiene un sujeto.

La tolerancia corresponde a una fase elevada en el desarrollo de la personalidad. Para Cabanellas "establece la forma civilizada de la convivencia entre discrepantes entre normas de mutuo respeto y comprensión recíproca. Para manifestar la diversidad de sentimientos sin violencias ni otros exceso"¹⁴.

En el aspecto político "requiere que el poder reconozca derechos a la oposición y el juego limpio del turno por las sucesivas mayorías auténticas y respetuosa a la vez por

¹⁴ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo VIII. Pág. 562

aquel que lo reemplace, la tolerancia debe surgir de la paz social o encaminar a ella, desde la intransigencia”¹⁵.

Con respecto a las definiciones anteriores se puede establecer que existe la tolerancia hacia las poblaciones conocidos como: lesbianas, gais, bisexuales, travestis masculinos y femeninos, trans géneros masculinos y femeninos, transexuales, masculinos y femeninos e intersexuales LGBTI.

Pero las normas jurídicas, sociales y religiosas son excluyentes y los aíslan de los sectores sociales, debido a que los heterosexuales manifiestan una conducta machista que induce a estigmatizar y discrimina.

Acto que se encuentra tipificado como delito en el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 202 bis; Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario Decreto 33-2006 del Congreso de la República de Guatemala Artículo cuatro.

Sin embargo el respeto no es promovido por los vínculos familiares e incitan a que se alineen o se mantengan al margen de las normas jurídicas, reglas sociales y morales. Aunado a la problemática que viven las poblaciones vulnerables crean condiciones precarias para el desarrollo psico-bio-social, económico y otros sectores sociales.

El travesti, trans género y transexual, ambiente poco alentador de sobrevivencia y desafíos que se exteriorizan por los sentimientos de inseguridad y trastornos psicológicos que la misma sociedad provoca por su intolerancia.

¹⁵ *ibíd.* Pág. 564





CAPÍTULO III

3. Proceso penal guatemalteco

La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

Constitución Política de la República de Guatemala Artículo 12 La defensa

... ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

3.1. Derecho procesal penal guatemalteco:

Inicia con un acto introductorio que puede tratarse de una denuncia, una querrela una prevención policial o un conocimiento de oficio.

Éste acto introductorio se hace llegar al Ministerio Público para que inicie con una investigación preliminar, posteriormente se ordena la detención por juez competente el detenido es llevado a los tribunales para que preste su primera declaración para que se determine si el sindicado permanece ligado a un proceso penal y para continuar en un debate y dilucidar en una sentencia.

3.1.1 Definición del derecho procesal penal

El derecho tiene, entre sus principales finalidades, la ordenación de la vida social: el derecho nos dice cómo deben desenvolverse nuestras relaciones sociales y cuáles son las consecuencias que se derivan cuando el derecho es incumplido o cuando surge un conflicto.

Es en este punto donde entra en juego el derecho procesal penal, en la situaciones de conflicto, ya sea intersubjetivo cuando se presenta entre sujetos particulares en materias de derecho disponible: Civil o mercantil, ya sea un conflicto de derecho público

cuando están implicados derechos o intereses públicos, es decir, en materias no disponibles: Administrativo o penal.

Teniendo en cuenta que el derecho procesal penal se configura sobre la base de tres conceptos básicos jurisdicción, acción y proceso, una primera aproximación al contenido concreto del derecho procesal penal puede hacerse señalando que está compuesto por las normas relativas a esos tres conceptos.

3.1.2 Definición del derecho procesal penal latu sensu

Es una rama del ordenamiento jurídico que rige la actividad de los órganos jurisdiccionales y de las partes en el seno del proceso penal con el fin de la aplicación del derecho sustantivo al caso concreto cuya resolución se dicta.

También se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que regulan las formas, procedimientos, facultades y obligaciones de observancia general para los órganos jurisdiccionales, sujetos procesales, las partes y los demás intervinientes en el proceso penal.

Desde los actos introductorios, hasta el final del mismo; ya sea que este concluya a través de salidas alternas o medidas desjudicializadoras, o a través de una sentencia.

Binder: establece al proceso penal como “el conjunto de actos realizados por determinados sujetos jueces, fiscales, defensores, imputados etc. con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de penas y en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, claridad y modalidades de la sanción.”¹⁶

Como señala Cortes Domínguez, “el derecho procesal es el conjunto de normas que regula los requisitos y los efectos del proceso y está formado por normas

¹⁶ Binder Alberto M. **Introducción al Derecho Procesal Penal** 1ra edición, 1993. Pág 49

procedimentales que regulan el procedimiento y por normas orgánicas que regulan la creación y el funcionamiento de los órganos judiciales”¹⁷.

En el Código Procesal Penal guatemalteco Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, a estos actos, se les denomina actuaciones o diligencias y para el caso de los órganos jurisdiccionales deben ser registrados o documentados por el funcionario que los practique.

Asistido por su secretario, levantará el acta correspondiente, en la forma prescrita por el código procesal penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 146 ... las audiencias orales, unilaterales o bilaterales, podrán ser grabadas en formato de audio y/o video, o cualquier otra forma de registro que garantice su fidelidad...

Las normas que afectan a las partes, así como las que afectan a la actividad desarrollada en el proceso o a la actividad extra procesal pero llamada a surtir efectos en el proceso cuyo instrumento a través del cual, los jueces y magistrados ejercen la potestad jurisdiccional.

Constituido por una sucesión de actos regulados por normas procesales que debe llevar a una resolución de los conflictos, entendiendo por tal, no sólo la resolución sobre el fondo cuando proceda, sino también su ejecución.

La cual no podría tratarse de una tutela judicial efectiva si obtenemos una sentencia que nos dé la razón pero no logramos que se ejecute, no estamos obteniendo una tutela judicial efectiva.

3.1.3 La instrumentalidad

En primer lugar, deriva, esencialmente, de la prohibición de auto-tutela: si se produce un conflicto debe acudir a un proceso en el que un tercero, ajeno a la controversia, va a dictar una resolución que pondrá fin a tal conflicto.

¹⁷ López Fernández, Mercedes. **Seguridad Pública y Detective Privado**. Pág. 2

Por lo tanto, el proceso es uno de los instrumentos dejando de lado medios como el arbitraje o la mediación que no admite el proceso penal a partir del cual se resuelven los conflictos que surjan en relación con el derecho material.

Cortes denomina “derecho para el derecho, haciendo referencia a este carácter instrumental, dirigido a la tutela de los derechos subjetivos, por tanto, el medio para hacer eficaz el derecho material”¹⁸

Por eso, las normas sustantivas van a estar en la base de las alegaciones de las partes y de la motivación de la resolución que ponga fin al conflicto; mientras que las normas procesales regulan la actuación de los intervinientes en el proceso y el modo en que éste debe desarrollarse.

En segundo lugar, el derecho procesal es autónomo respecto del derecho material, lo que también encuentra su explicación en la prohibición del auto tutela, dado que los ciudadanos se ven obligados a acudir al proceso para resolver sus conflictos.

Necesario es reconocer el derecho a instar la actividad jurisdiccional, como consecuencia de la existencia de este derecho, su ejercicio determinará que el proceso se ponga en marcha y con independencia.

Finalmente se declare o no la existencia del derecho, la relación jurídica reclamada en el momento de comenzar el proceso.

Es decir, puede suceder y de hecho sucede con mucha frecuencia, que una vez finalizado el proceso no se acoge la pretensión del actor, por entender que el derecho material ha sido adecuadamente cumplido y en este sentido el proceso ha llegado a su fin con independencia de la violación del derecho material.

Pero hay que tener en cuenta que el proceso se dilata en el tiempo, por lo que a lo largo del mismo pueden aprobarse normas que afecten al modo en el que deba desarrollarse.

¹⁸ López Fernández. *Op. Cit.* Pág. 2 y 3

El legislador suele establecer en la propia ley en las llamadas disposiciones transitorias un régimen a seguir en los casos de transitoriedad, que adopte alguna de las tres siguientes soluciones:

- a. Aplicación de la nueva norma en el momento en el que entra en vigor, con independencia de la fase en la que se encuentre el proceso, con los inconvenientes que ello puede suscitar de contradicciones entre dos normas.
- b. Aplicación de la ley derogada hasta la finalización del proceso.
- c. Dividir el proceso en fases, de forma que la ley derogada se mantenga temporalmente hasta la finalización de la etapa en la que se encuentre el proceso y sólo a partir de la siguiente fase aplicar la nueva norma.

En lo que respecta a la eficacia espacial, hay dos teorías importantes a determinar:

3.1.4 Teoría de la relación jurídica

En el proceso se da una relación de derecho público, entre el juzgador o tribunal y las partes, en la que cada uno tiene derechos y obligaciones plenamente establecidos, siendo necesarios, para su existencia los presupuestos procesales siguientes: la existencia del órgano jurisdiccional, la participación de las partes principales y la comisión del delito.

3.1.5 Teoría de la situación jurídica

Esta teoría establece que son las partes, las que dan origen, trámite y conclusión al proceso penal, no teniendo importancia la participación del juzgador.

Las dos teorías se complementan, porque necesariamente debe existir un juez para juzgar, un fiscal para acusar, una víctima a reparar, un sindicado a quien incoar, etc. todos estos sujetos procesales permiten su existencia.

Es decir, debe existir una relación y una situación jurídica en todo proceso penal.

3.2 Los fines del proceso penal guatemalteco

Tal y como lo estipula el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículo quinto el proceso penal tiene como fin la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma.

La víctima y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial afectiva.

El procedimiento por aplicación del principio de debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos; doctrinariamente el proceso penal guatemalteco, tiene fines generales y específicos.

3.2.1 Fines generales del proceso penal guatemalteco

Son los que coinciden con los del derecho penal, por cuanto tienden a la defensa social y a la lucha contra la delincuencia y además coinciden con la búsqueda de la aplicación de la ley a cada caso concreto, es decir, investigar el hecho delictivo y el establecimiento de la responsabilidad penal del acusado y estos se dividen en:

Mediatos: la prevención y represión del delito; a través de una política criminal sistemática y definida.

Inmediatos: investigar a un sindicado respecto de la comisión de un delito, su grado de participación, responsabilidad, determinación, así como de la ejecución de la pena.

3.2.2 Fines específicos del proceso penal guatemalteco

Es la ordenación y desenvolvimiento del proceso; o sea el cumplimiento de procedimientos y plazos establecidos en la norma adjetiva que regula la actuación de cada interviniente, en cuanto a su función y el momento procesal para ejercerla.

El establecimiento de la verdad histórica y material; a través de la investigación criminal objetiva por parte del ente investigador, utilizando técnicas y métodos permitidos por leyes, al momento de recabar la prueba considera como útil, pertinente y necesaria.

- a. individualización del sindicado y su comportamiento criminal; intimidación
- b. establecimiento de la responsabilidad penal; acusación y debate
- c. imposición de una sanción, fallo
- d. control del cumplimiento de esa sanción; ejecución penal

3.3 Objeto del proceso penal guatemalteco

El mantenimiento de la legalidad establecida por el legislador

Esto significa el respeto al ordenamiento jurídico guatemalteco, especialmente la normativa sustantiva penal, leyes especiales y norma adjetiva penal etc.

La protección de los derechos particulares establece la observancia de todo los bienes jurídicos tutelados, que generalmente van en función de las personas, sus derechos y sus bienes patrimoniales.

3.4 Importancia de la determinación

Los diferentes principios rectores del derecho material y derecho procesal exigen que se haga una delimitación clara entre las normas que pertenecen a un ámbito y a otro.

Esta delimitación es especialmente importante en relación otras materias del derecho en las que dada la tradición de incorporar normas procesales en textos de carácter material.

Por tanto, dependiendo del carácter de derecho sustantivo o de derecho adjetivo en una norma, ésta se va a regir por unos determinados principios que van a afectar a cuestiones como su eficacia temporal y territorial o su carácter dispositivo o imperativo.

3.4.1 Criterios generales de determinación

No hay criterios legales que determinen cuándo una norma es procesal o material, por lo que hay que atender a los criterios que han sido sentados en la doctrina. Los criterios para determinar cuándo una norma es procesal son básicamente tres:

3.4.2 Contenido de la norma

Una norma será procesal cuando regule materias procesales y tenga como objeto el proceso, entendiendo por esto que esté referida a la actividad del órgano jurisdiccional, a la actividad de las demás personas que intervienen en el proceso, a los actos procesales, etc.

3.4.3 Finalidad de la norma

Son procesales las normas que regulan relaciones procesales: partes entre sí, juez o partes objeto del proceso.

3.4.4 Efectos de la norma

Toda norma llamada a producir efectos en el proceso será procesal y ello con independencia de que el acto que regula se haya producido fuera del proceso.

3.5 Relación con la jurisdicción

Las normas que regulan la organización judicial y que componen lo que se llama derecho orgánico: clases de juzgados y tribunales, creación, demarcación, estructura, órganos de gobierno, estatuto jurídico del personal al servicio de la administración de justicia, jueces, magistrados y personal auxiliar como colaborador, los presupuestos de la jurisdicción y de la competencia.

Debido a este principio surge el carácter del conjunto con el ejecutivo y el legislativo cuyo "origen obedece a dos tipos de relación jurídica 1. Implica la obligación del Estado

de administrar justicia por jueces y magistrados, que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y 2. la obligación del particular de someterse al derecho del Estado de administrar justicia”¹⁹

3.6 Relación con la acción

Las normas que se refieren al derecho fundamental a la actividad jurisdiccional y las que afectan al objeto del proceso, entendida de dos formas: como el derecho fundamental a instar la actividad jurisdiccional.

El derecho de acceso a los tribunales para obtener una resolución sobre el fondo de lo planteado y como el derecho a obtener un tutela jurisdiccional concreta, es decir, a obtener una resolución que acepte la pretensión deducida en juicio.

3.7 Concepto de derecho penal

Asúa define “es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”²⁰

Cury establece al derecho penal como “el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociado a ciertos hechos, legalmente determinados, una pena o una medida de seguridad o corrección, con el objeto de asegurar el respeto por los valores fundamentales sobre los que descansa la convivencia humana”²¹

¹⁹ Aguirre R. Carlos E. Granados H. René, **Teoría del proceso**. Pág. 76.

²⁰ Jiménez de Asúa, Luis **Principios del derecho penal. La ley y el delito**. Editorial Sudamérica, Buenos Aires, 1997. Pág 18

²¹ Goldstein Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología**. Editorial Astrea de Agredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993. Pág 342

Núñez define al derecho penal “como la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles.”²²

3.7.1 Definición de derecho penal

Desde el punto de vista subjetivo el *ius puniendi*: es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano, determinando los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad.

Desde el punto de vista objeto el *ius poenale*: es el conjunto de normas jurídicas penales que regulan la actividad punitiva del Estado, determinando en abstracto delitos, penas y medidas de seguridad. Este principio de legalidad *Nullum crimen, nulla poena sine lege* es el que limita la facultad de castigar del Estado.

Según Asúa establece que “El derecho penal de hoy es público: porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones, en observancia del principio de legalidad.

Normativo: porque está integrado en su mayoría por normas jurídicas.

Valorativo: porque la filosofía de los valores ha penetrado en el derecho, especialmente en el derecho penal.

Finalista: porque el Estado debe recoger y enfocar, teleológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndose al fin de la vida.”²³

²² *Ibíd.* Pág. 342. .

²³ Jiménez de Asúa. *Op. Cit.* Pág. 19

3.8 Garantía individual

La Constitución Política de la República de Guatemala establece un conjunto de normas que consagran garantías individuales, que protegen los derechos de los ciudadanos en general.

Asimismo, contiene normas que regulan en particular, los derechos de las personas sujetas a un proceso penal, las cuales son establecidas en observancia general en todo el referido a procesos, aún en la fase de ejecución, con el propósito que la conclusión del proceso en cuestión ya sea a través de una sentencia, o a través de una salida alterna, todas las resoluciones deben ser apegadas a derecho, a equidad y justicia.

En materia penal todos los sujetos procesales convienen en la observancia del debido proceso, no solamente al imputado; a la policía nacional civil, porque debe evitar incurrir en detenciones ilegales, que repercutan en la libertad del imputado.

El juez para evitar que las partes cuestionen reiteradamente sus decisiones; al ministerio público, porque la construcción de un caso sólido garantiza una condena y evita el señalamiento de su irresponsabilidad, que puede contribuir a generar impunidad; al querellante adhesivo, al agraviado y/o la víctima, porque su reclamo debe ser justo.

3.9 Garantías constitucionales

Cabanellas define las garantías constitucionales como “el conjunto de declaraciones, medio y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen; esto se refiere a los derechos que protege la Constitución

Política de la República de Guatemala, en general, es decir son todos los derechos de todos los habitantes de la república”²⁴

3.10 Garantías procesales

“... los medios que se reconocen en juicio para hacer valer los derechos y para oponerse a injustificadas pretensiones del adversario. La audiencia de los distintos interesados, las diversas pruebas, los alegatos y los debates configuran este sistema generalizado”.²⁵

Se puede afirmar que dentro un proceso penal las garantías constitucionales y las garantías procesales son los derechos regulados por la Constitución Política de la República de Guatemala.

Para todos los sindicados o condenados por la comisión u omisión de un delito o falta que deben ser respetados por el órgano jurisdiccional.

Tales derechos humanos, son imprescriptibles, así lo establece el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 71 estatuye: los derechos que la constitución y este código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización...

El Artículo 283 del mismo cuerpo legal establece que no será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aún de oficio, los defectos concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece a los que apliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la constitución y por los tratados ratificados por el Estado.

²⁴ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo IV.26ª. Edición, Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá, Zamora y Castillo. Editorial Heliasta. Pag.146

²⁵ *Ibíd.* Pag.154

En Guatemala se puede constatar que las poblaciones objeto de estudio, son vulnerables, en cuanto enfrentan un proceso penal; desde su detención hasta el momento de dictar sentencia.

Debido al desconocimiento imperante en lo referente a preferencia, orientación sexual e identidad de género y su diversidad sexual; que implica un vacío legal y que comporta una debilidad dentro del sistema de justicia penal guatemalteco.

Denotando la importancia y necesidad de inclusión del medio de prueba de peritaje cultural cuyo objeto es proponer, valorar y diligenciar la prueba para apreciar otras circunstancias propias características intrínsecas Sui generis objeto de esta temática.

Análisis de la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

Se puede constatar que el objetivo de la ley es garantizar la vida, la libertad, la dignidad, la protección de todas las mujeres ante la ley.

Concretamente por condición de género, en las relaciones de poder y confianza, en el ámbito público y privado; cuyo fin es establecer la cero discriminación y promover e implementar disposiciones orientadas a las diversas violaciones contra ellas.

Convenio sobre los derechos políticos de la mujer

Se puede comprobar el fin de este convenio es igualar los derechos políticos de las mujeres con el de los hombres, sin discriminación alguna en los organismos públicos al momento de elecciones.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Dicha convención tiene la intención de evitar la desigualdad de tratos de hombres y mujeres y fortificar la lucha contra la discriminación que ha sido objeto la mujer.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

Esta declaración señala los diferentes tipos de violaciones contra la mujer, estableciendo las pautas jurídicas necesarias como ente justiciero restaurador de los daños causados a la integridad física.

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer convención de belem do pará

Cuyo objetivo es eliminar la violencia contra la mujer que también tiende que los Estados partes investiguen, procesen y castiguen a toda persona que cometan actos violatorios contra las mujeres.

El sistema jurídico guatemalteco se encuentra a un nivel embrionario ya que no existen leyes que protejan directamente a las minorías vulnerables objeto de este trabajo. Por lo que se hace imperiosa la creación de una legislación que haga factible la protección de los derechos humanos a este respecto: es necesario que la idiosincrasia se desarrolle al mismo ritmo que la demanda de la sociedad para no quedarse en un retroceso que entorpece la positivización de la ley y la hace inaplicable y de difícil interpretación en una justa dimensión que permee dicha necesidad.

Es importante destacar la opinión de Montero Aroca “que en la doctrina no existe uniformidad, en cuanto a los principios procesales del proceso penal y principios del procedimiento, de esta cuenta, cada autor señala lo que a su parecer o criterio y de acuerdo con la ideología que sustente, son fundamentales.

La constitucionalización de los principios básicos del proceso penal, tiene una larga tradición, dado que en el mismo son más evidentes los elementos ideológicos y se concede especial valor a los derechos de la persona, que pueden verse afectados por ese proceso.”²⁶

²⁶ Montero Aroca, Juan y otros autores “Derechos jurisdiccional”. Tomo I. Parte General, editorial J.M. Bosch, Barcelona, pág. 493

Para efecto del proceso penal se mencionan algunos principios procesales, de observancia general en el Proceso Penal guatemalteco en particular, en lo entendido que doctrinal o legalmente pueden mencionarse, lo cual se estima que es cuestión de criterios de los tratadistas, los juristas o las autoridades jurisdiccionales. Sin entender ningún orden en particular. Se describen los siguientes principios:

Imperatividad

Establece que ninguna de las partes o sujetos procesales pueden variar las formas del proceso, desde que se tiene conocimiento del acto introductorio, deben respetarse las formalidades del proceso, en sus diferentes etapas, hasta su finalización y ejecución.

Cualquier variación o inobservancia, constituye malicia y debe advertirse y subsanarse oportunamente Código Procesal Penal guatemalteco Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículos 3, 283 y 284

Oficialidad

Este principio indica que el desarrollo del proceso penal deber ser impulsado por el juez, excepto en los delitos de acción privada, en los delitos de acción público dependiente de instancia particular.

Oralidad

Es el principio mediante el cual el proceso debe sustanciarse en sus partes principales de viva voz y ante el juez o tribunal que conoce del litigio sometido a su competencia.

Este principio permite la presentación a los sujetos procesales directamente la prueba y los alegatos ante los jueces, en acoplamiento con el principio de inmediación tercer considerando, del Decreto 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala y código procesal penal guatemalteco Artículo 109.

Concentración

Este principio supone el examen de toda la causa en un período único que se desarrolla en una audiencia debate o en pocas audiencias muy próximas, de tal modo que los actos se aproximan en el tiempo debido sin interrupciones, tercer considerando de la reforma contenida en Decreto 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala.

Legalidad Nullum crimen, nulla poena sine lege

Conforme a este principio indica que solo la ley genera tipos penales, y sólo podrán considerarse delitos, los hechos que el Código penal, o las leyes penales especiales declaren delitos expresamente. La Constitución Política de la República de Guatemala Artículo cinco.

Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe ... además el principio de legalidad se encuentra tipificado en la constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 17; Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala Artículos uno; Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículos uno y dos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículos 9.1 y 15; Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículos 7.2, ocho y nueve.

Inmediación

Principio mediante el cual todas las actuaciones deben practicarse en presencia del juez o tribunal, excepto las actuaciones que por mandato legal corresponden únicamente al ministerio público.

La relación es directa entre el juez y las partes, los testigos o los peritos y los sujetos procesales, manteniendo una comunicación inmediata código procesal penal Decreto



51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 354 y 552 Bis, penúltimo párrafo.

Libertad de la prueba

Este principio indica que todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba, con observancia de las limitaciones que la ley establece, es decir respetado los límites establecidos en la ley.

Los derechos humanos y en observancia con lo que el código procesal regula como prueba inadmisibles, conocida en la doctrina penal como fruto de árbol envenenado. Son medios probatorios: la prueba pericial también llamada prueba científica testimonial, documental, y la material.

Comunidad de la Prueba

Mediante el cual la prueba ofrecida y diligenciada, puede ser útil y aprovechada por todos los sujetos procesales, indistintamente de la finalidad perseguida por parte que la ofrece, quien no la ofrezca puede contradecirla o hacer uso de ella.

Economía procesal

Rector del procedimiento judicial, que tiende a lograr el ahorro de recursos económicos y de tiempo en la administración de justicia; este principio se manifiesta a través del impulso de oficio, la oralidad Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 109 ...el requerimiento de audiencia se podrá hacer de la forma más expedita, utilizando para el efecto el teléfono, fax, correo electrónico o cualquier otro medio que lo facilite....

Contradictorio

En el proceso penal es adversario, en ese sentido, este principio se observa conforme el principio constitucional que garantiza el derecho de defensa todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria aún, cuando no esté presente en las audiencias, debe ser notificada de todo acto procesal, para consentirlo o contradecirlo.

Preclusión Procesal

Según el cual el juicio se divide en sucesivas etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla. También es la extinción, clausura o caducidad del derecho para realizar un acto procesal, por prohibición de la ley, por el transcurso de la oportunidad para verificarlo o por la realización de algo incompatible.

In dubio pro reo

Es una locución latina, que expresa el principio jurídico, de que en caso de duda, este principio es uno de los fundamentos del derecho penal, el cual va ligado al principio de legalidad, y podría traducirse como La duda favorece al reo.

Favor libertatis

Este principio hace alusión a la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión preventiva, debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho a la libertad del sindicado.

Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala
Artículo 14 2do. Párrafo... Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente;...



Principio de la publicidad

Consiste en dar a conocer las actuaciones del proceso penal, por el funcionario judicial, a las partes, por mandato legal, con el propósito que a través de su conocimiento, las consientan o manifiesten su inconformidad con ellas. Esta se manifiesta a través de dos formas:

Publicidad Interna

Se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso. Todas las resoluciones deben ser notificadas, Decreto 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 10; Reformado en el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 160

Publicidad externa

Es la posibilidad de que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y presencien la realización de determinada diligencia.

El tercer considerando de la reforma contenida en el Decreto 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala, vigente a partir del 25 de mayo de 2010.

Destaca la necesidad de establecer mecanismo para hacer prevalecer los principios de celeridad, oralidad, inmediación, publicidad, contradictorio y debido proceso, promoviendo que el procedimiento sea transparente, breve, concreto y desprovisto de formalismos innecesarios y reglas poco realistas.

Origen constitucional de los recursos

Según Guillén "El edificio jurídico que denominamos Constitución tiene unos cimientos, que son los derechos fundamentales, generador de los recursos procesales. Nos interesa señalar el principio de libre acceso a la justicia, que se corresponde con el

derecho a una tutela judicial efectiva. Ambos son, a nuestro entender, generadores del derecho a los recursos.

Mediante el primero, toda persona tiene el derecho de llegar hasta aquellos en que se encarna la administración de justicia.²⁷

Por eso Morey fundamenta "Que es de importancia advertir que la regulación internacional ha tendido vigorosamente a ubicar e instrumentar el poder punitivo del Estado.

En este aspecto, se entiende que toda persona contra la que ha recibido una sanción punitiva tiene derecho a un control de legalidad y justicia del pronunciamiento por parte de un órgano superior, lo que lleva a la idea de que, en realidad, los recursos en materia penal operan únicamente a favor del imputado.

En este sentido, la posibilidad de recurrir ante un tribunal superior que revise la razón y legitimidad del anterior pronunciamiento o resolución condenatorio, aparece como una garantía contra eventuales arbitrariedades o excesos o contra una defectuosa aplicación del derecho vigente, de tal forma, es el condenado al que, en todo caso, le asiste la instancia revisora.²⁸

²⁷ Fairén Guillén, Víctor, **Doctrina general del Derecho Procesal**, Editor Bosch, 1990, Pág. 35

²⁸ Suau Morey, Jaime, **Tutela Constitucional de los Recursos en el Procesos Penal**, citado por Vásquez Rossi, Jorge, **Derecho Procesal Penal**, Rubinzal Culzoni. Pág. 469

CAPÍTULO IV

4. Medios de pruebas dentro del derecho procesal penal

La veracidad o la falsedad de los hechos cuyo objetivo es demostrar la existencia o inexistencia, la verdad o falsedad de un hecho.

4.1 Diferentes clases de definición de prueba

Tomando en cuenta la importancia de los medios de prueba en el derecho procesal penal; a continuación se destacan definiciones de distintos autores.

4.1.1 Prueba

Muchos autores y doctrinarios concuerdan con el concepto de prueba Coteur dice que “es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio.”²⁹

Encaminan a demostrar la veracidad o la falsedad de los hechos cuyo objetivo es demostrar la existencia o inexistencia, la verdad o falsedad de un hechos, en materia penal: como el conjunto de medios por lo cual se probara como ocurrieron los hechos. Las pruebas son las que comunican al investigador con el hecho ocurrido, esta le van hablando hasta que el investigador logra llegar al punto final.

Goldstein, determina que “es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico; demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Razón argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o falsedad de algo.”³⁰

²⁹ Aguirre R. *Op. Cit.* Pág.100

³⁰ Goldstein, *Op. Cit.* Pág. 775

Las pruebas podríamos compararlas con un rompecabezas. El rompecabezas para que tenga forma, hay que armar todas las piezas, lo mismo pasa con las pruebas en materia judicial. Es necesario reunir todos los medios de pruebas para poder armar el hecho ocurrido.

La clave para presentar un determinado hecho en justicia y obtener una conclusión favorable, es practicando una buena investigación; reuniendo todos los medios de pruebas habidos y por haber.

En el procedimiento judicial se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que, conduzca lógicamente al conocimiento de la verdad, en base al principio de libertad probatoria y el propio funcionario podrá emplear cualquier medio legal, que establezca la autenticidad de la prueba. En derecho, es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley.

La prueba recae sobre quien alega algo, ya que el principio establece que quien alega debe probar. El que afirma algo debe acreditar lo que afirma mediante un hecho positivo, si se trata de un hecho negativo el que afirma deberá acreditarlo mediante un hecho positivo.

Peirano “sostiene que la prueba recae sobre ambas partes, se trate o no de un hecho positivo. Si no, puede recaer sobre quien esté en mejores condiciones de probar. Aquí se produce una distribución de la carga de la prueba”³¹.

En síntesis, la obligación de probar dependerá de la situación adquirida por las partes en un proceso.

Cada una de ellas deberá probar los hechos sobre los que funda su defensa, llámese así las actuaciones, que dentro de un procedimiento judicial, cualquiera que sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio.

³¹ Zavala Baquerizo Jorge **Tratado de derecho procesal penal. (s.e.)** Tomo I. Pág. 21

En materia penal son también las actuaciones que en el sumario o en el plenario tratan de investigar la culpabilidad o la inconsciencia del inculpado. Los medios corrientes de prueba son: la documental también llamada Instrumental, la prueba de informes, testimonial, pericial, el reconocimiento judicial llamado igualmente inspección ocular, el careo y las presunciones o indicios.

Los medios de prueba se han de practicar de acuerdo con los que para cada uno de ellos establecen los códigos procesales. En casos concretos en que se haga necesario también se pueda proponer el dictamen de un experto en una pericia determinada.

Para analizar el objeto de la prueba vamos a distinguir los siguientes rubros:

El objeto de la prueba: que son los hechos sobre los que versa la prueba.

La carga de la prueba: también denominado como principio del peso de la prueba, por regla general es la obligación que tiene la parte que afirma algo de presentar al proceso la prueba que demuestre la veracidad de su pretensión en un litigio, principio de carga de la prueba.

En materia penal sin embargo, por las garantías Constitucionales que revisten este tipo de procesos, entre las que destacan la presunción de inocencia.

El in dubio pro reo, hacen que en esta materia el peso de probar recaiga en el Estado, que en caso de no presentar medios suficientes y no probar, más allá de toda duda, que el acusado cometió el hecho, legalmente debe perder el caso.

Esto sobre la base de dos razones fundamentales:

1. En primer lugar hay que indicar que el imputado goza del derecho a la presunción de inocencia tal como lo establece la Constitución y del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 14.

Las partes acusadoras han de desvirtuar la presunción, demostrando su teoría si quieren lograr la condena.

2. En segundo lugar el ministerio público está obligado a extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las de descargo según el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículos 108 y 290.

El Ministerio Público no actúa como un querellante y no tiene un interés directo en la condena sino en lograr el esclarecimiento de los hechos y demostrar la veracidad de su hipótesis acusatoria, por lo tanto si la defensa alega alguna circunstancia favorable, el fiscal deberá investigarla.

El principio de carga de la prueba encuentra varias restricciones ilegítimas en nuestro ordenamiento procesal, como lo son:

- a. La instrucción suplementaria
- b. La facultad el tribunal de sentencia de requerir de oficio nuevos medios de prueba.
- c. La facultad del tribunal de dirigir preguntas a los testigos
- d. La reapertura del debate.

En todas estas normas el tribunal está vulnerando el principio acusatorio y de carga de la prueba, pues de alguna manera abandona su posición de tercero imparcial para colocarse como un sujeto productor de prueba, generalmente, a favor de la acusación.

Esta función inquisitiva puede apreciarse en mayor rigor en la apertura del debate, puesto que en este caso las partes ya terminaron de presentar su caso, y si el tribunal no quedó convencido entonces tiene el imperativo constitucional de absolver.

Al reabrir el debate y requerir nuevas pruebas vulnera claramente el principio in dubio pro reo.

Por lo tanto si la defensa alega alguna circunstancia favorable, el fiscal deberá investigarla. Es la atribución impuesta por la ley para que cada una de las partes

proponga y proporcione los medios de prueba que confirmen sus propias afirmaciones de hecho.

- a. El procedimiento probatorio, o sea la secuencia de actos desplegados por las partes, los terceros y el juzgador para lograr el cercioramiento judicial.
- b. Los medios de prueba, que son los instrumentos- objetos o cosas y las conductas humanas- con las cuales se trata de lograr dicho cercioramiento.
- c. Los sistemas consignados en la legislación para que los juzgadores aprecie o determinen el valor de las pruebas practicadas sistema de valoración de la prueba.

4.1.2 Definición latu sensu de medios de prueba

Prueba, de latín probo, bueno, honesto y probandum, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos, discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso.

En ese sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hechos expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.

Por último, por extensión también se suele denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho. Así se habla de la prueba confesional, testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etc.

También se puede definir que es la justificación, confirmación o verificación ante otro sujeto de la exactitud de un hecho.

Intento de demostración al contradictor de la inexactitud de sus dichos o hechos, o de la veracidad de los propios en un proceso, actividad desarrollada por las partes, a fin de lograr la convicción del juez respecto de los hechos controvertidos.

Podemos mencionar algunos tipos de prueba como:

4.1.3 Prueba admisible

Es cualquiera de los medios legales autorizados en los procesos civiles, penales, o de otra jurisdicción, que puedan ser incorporados, para ser analizados, cuantificados o valorados por quien corresponde, de pendiendo de la etapa procesal correspondiente.

4.1.4 Prueba legal

Es cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes adjetivas, obtenidos respetando los procedimientos legales y respetado las garantías establecidas en la ley para su obtención e incorporación.

Sin embargo, a través del tiempo se concluyó en que lo más sabio, lo más pertinente, lo más lógico y lo más prudente era delegar en determinada autoridad, la aplicación de un castigo, o el perdón de un acto lesivo para las personas, o sus bienes; a estas autoridades se les llamó jueces.

Quienes se les confían las decisiones de las contiendas, estableciendo la culpabilidad o inocencia del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual y el medio probatorio, para el debate oral y público.

La búsqueda de la verdad a través de los medios probatorios pertinentes, es el fin inmediato del proceso penal.

El Proceso Penal guatemalteco tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para la cual no hay otro camino científico ni legal que el de la prueba.

En ese sentido, el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su decisión, a su veredicto. La prueba ya en consecuencia va impactando en su conciencia, generando distintos estados de conocimiento.

Los agentes fiscales plantean su teoría del caso, como lo visualizan esperando que el juez lo vea igual. La defensa plantea su teoría del caso esperando lo mismo. Sin embargo el juez ve el caso en su conjunto, analiza y valora la prueba, para emitir su fallo.

“Para evitar confusiones cuando hablamos de prueba, tenemos que distinguir; el órgano de prueba: es aquella persona que actúa como elemento intermediario entre el objeto de prueba y el juez.

El medio de prueba: es el procedimiento a través del cual obtenemos la prueba y ingresamos en el proceso.

Objeto de la prueba: es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. Dentro los objetos de prueba se incluye tanto los hechos o circunstancias como las evidencias materiales.”³²

4.2 Requisitos que debe reunir la prueba para ser admitida

Útil: la prueba útil será aquella que sea idónea para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar.

Pertinente: el dato probatorio deberá guardar relación, directa o indirecta, con el objeto de la averiguación. La prueba podrá versar sobre la existencia del hecho, la participación del imputado, la existencia de agravantes o atenuantes, el daño causado, etc.

No Abundante una prueba será abundante cuando su objeto haya quedado suficientemente comprobado a través de otros medios de prueba. No legítima en su

³² **Manual del Fiscal**, segunda Edición, 2001 Páginas 120 y 121.

obtención deben observarse los requisitos legales y el cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales aplicables al debido proceso.

4.3 Fuentes de prueba

Hechos, objetos o personas constituyen fuente de prueba. En ese sentido, una fuente de prueba se refiere a todo aquello que potencialmente se puede incorporar a un proceso judicial como elemento de prueba.

4.4 Principio de libertad de prueba

Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículos 182 Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.

Artículo 185 Además de los medios de prueba previstos en este capítulo, se podrán utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas de dicho código, o afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará a lo medio de prueba más análogo de los previstos, en lo posible.

Artículo 343...en caso de otros medios de prueba se identificarán adecuadamente, indicándola forma de diligenciamiento y el hecho o circunstancia que se pretende probar...

4.5 Legalidad de la prueba

Los elementos de prueba sólo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

No obstante existe un sin números de casos, en los cuales se han presentados pruebas ilícitas, por ejemplo, la presentación ante el tribunal de un testigo falso.

La prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales y el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado.

Asimismo, no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del ministerio público, salvo que el defecto haya sido convalidado.

En vista, de que la presentación de pruebas es un proceso, este debe seguir un orden, al pie de la letra, para que las pruebas presentadas tengan legalidad y surtan efectos.

Observado que no se violen derechos o garantías del imputado, los actos defectuosos pueden ser inmediatamente saneados, renovando el acto, rectificando el error, de oficio o a petición del interesado, en todo proceso de presentación de pruebas existe un saneamiento.

4.6 Saneamiento

No es más que la depuración de las pruebas que puedan ser consideradas como innecesarias o ilícitas o aquellas que pueden tender a entorpecer el proceso. No se puede retrotraer el proceso a etapas anteriores, bajo pretexto del saneamiento, salvo los casos expresamente señalados por el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

4.7 Cantidad y calidad de la prueba

Este principio se basa en la ausencia de valores predeterminados para los distintos medios de prueba.

El sistema acusatorio no se basa en sistemas acumulativos para efecto de dar credibilidad o no a determinado medio de prueba, sino más bien la calidad individual de cada medio, el juzgador puede oír a mil testigos y no creerle a ninguno y puede en cambio escuchar una explicación experta sobre él porque un hecho ocurre de determinada forma y asignarle un importante valor probatorio.

4.8 Fases de la actividad probatoria

Al momento de dictar sentencia correspondiente se debe de otorgar y desestimar algún medio de valoración tomando en cuenta las siguientes fases:

4.8.1 Producción

Es el momento en que las partes producen la prueba o la recolectan para acreditar los distintos puntos de sus aseveraciones.

4.8.2 Ofrecimiento

Es la solicitud que el Ministerio Público y las partes formulan ante el tribunal para que se disponga la recepción de los medios de prueba, y en lo civil se hace al momento de presentar la demanda o de contestar.

4.8.3 Proposición

Que es solicitud de admisión, y es cuando ya se está en el periodo de prueba.

4.8.4 Diligenciamiento

Son todas las formalidades esenciales para presentar la prueba en el proceso.

4.8.5 Valoración

Es el examen que el tribunal o juez hará al momento de dictar la sentencia correspondiente al otorgar y desestimar algún medio de métodos de valoración tomando en cuenta la funcionalidad de la prueba por circunstancias especiales.

El Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República Artículo 91... quien deba valor el acto apreciará la calidad de esas inobservancias.

En cuanto a la valoración de la prueba existen distintos sistemas para valorar la prueba, como lo señala el manual del fiscal de la siguiente manera:

Sistema de prueba legal o prueba tasada:

Este sistema de valoración de prueba, no siempre se ha reglado o se disciplina la valuación de la prueba del mismo modo, como lo revela la historia y el derecho comparado.

Mientras que en una misma ley puede adoptar distintos criterios o sistemas, según las normas que expresa o implícitamente determinan el poder que incumbe al juzgador para valorar los elementos de prueba.

Si prescindimos de las ordalías que sólo tienen valor histórico, y nos limitamos a los sistemas que las leyes procesales establecen en la actualidad, procurando superar discrepancias puramente terminológicas.

Podemos admitir que ellos son tres: el de íntima convicción, el de prueba legal y el de libre convicción o sana crítica racional, la Ley procesal estima abstractamente los elementos de prueba, estableciendo las condiciones formales que ellos deben reunir para adquirir la fuerza de plena o semiplena prueba, mas tarde, cuando por imperio de los sentimientos de humanidad, de razón y de justicia, el legislador abandona el régimen inquisitivo y retorna al acusatorio.

Así consagra al final el triunfo de la prueba razonada, de la persuasión racional lograda con arreglo a reglas de sana crítica; es decir la libertad de convicción en la valoración de las pruebas.

Son fórmulas o expresiones distintas que se usan para expresar el mismo concepto. Esto explica que las condiciones del juez que debe condenar y bajo cuales debe absolver, independientemente de su criterio propio.

El Código Procesal Penal anterior Artículos 701 estipulaba que la confesión lisa y llana, con las formalidades de la ley, hacia plena prueba y 705 establece que no hacia prueba en adulterio la confesión de uno solo de los encausados, se basaba en este sistema.

De fondo este sistema se basa en la desconfianza hacia los jueces y pretende limitar su criterio interpretativo. Actualmente la valorización conferida por la ley a la prueba, es decir la ley claramente establece como se debe valorar cada una de ellas.

Es un análisis que realiza el juzgador, de los informes que se han presentado en el debate, cuyo fin es establecer cuál de las hipótesis planteadas por los sujetos procesales en el debido proceso penal.

La íntima o libre convicción

El método de íntima convicción implica de consumo: a. inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe acordar a los elementos de prueba.

b. que él no está obligado a explicar las razones determinantes de su juicio. Ambos rasgos lo perfilan y permite distinguirlo de los otros sistemas: lo primero acredita que la conciencia no está aprisionada por el dogma: lo segundo consagra la irresponsabilidad del juez.

Por la influencia de ambas características, el régimen parece consentir, más que una convicción íntima, una mera manifestación de voluntad en cuanto a la fijación de los hechos.

Si el jurado no lo comprende, si da a su libertad y soberanía a otro sentido y sustituye el sentimiento a la convicción, no es digno de juzgar y es preciso no constituirlo o suprimirlo, cuando la justicia es administrada por jueces técnicos como felizmente ocurre en Guatemala y en la mayor parte de América Latina.

La verdadera razón para no admitir este sistema no es que él sea un exponente de dictadura judicial, sino otra fundamental de orden político, que emerge en el régimen de gobierno democrático, republicano y representativo.

En efecto, como es bien sabido que los jueces son representantes del pueblo soberano, y como tales deben de resolver, a fin de que pueda hacerse efectiva esa responsabilidad, es indispensable que las sentencias sean públicamente motivadas a las reglas de la lógica de la experiencia y de la psicología.

En definitiva se concluye que la decisión no se basa en reglas abstractas y generales de valoración probatoria, sino que en base a la prueba presentada debe decidir cuál es la hipótesis que estima como cierta.

A diferencia del sistema de sana crítica razonada, no se exige la motivación de la decisión. Este sistema es propio de los procesos jurídicos, y es cuando el juez aplica su libre albedrío en atención al llamado de su conciencia o ideas, pero está es arbitraria.

Prueba legal o tazada

Este método consiste en una exigencia del proceso inquisitorio; dando al juez todo poder de iniciativa, de indagación, de decisión, el legislador interviene para limitar los poderes del juez en el momento señalado, cuando debía proceder deduciendo el total, a base de los resultados de su propia obra, a absolver o condenar.

La ley no podía deducir los criterios o sus cánones más que de elementos extrínsecos, como el modo, la constitución, la manifestación de los singulares medios probatorios, graduando su eficacia según el ritmo de las externas accidentalidades.

Salvo algunas pocas excepciones, el sistema de prueba legal ha sido abandonado por las legislaciones modernas, y con toda razón. Es una obra artificial del proceso inquisitivo, ideada para proteger tardíamente al imputado; una especie de arrepentimiento del legislador, que primero consagra un secreto absoluto de la instrucción y le niega al imputado el derecho a su defensa, y después pretende encontrar una garantía en la tarifa de las pruebas.

La defensa se afana en demostrar, no la inocencia real de su cliente de conformidad a las pruebas, sustancialmente valoradas, sino la falta de esos requisitos formales o externos de la ley.

El Estado consagra un sistema que rechaza a la justicia, al no basarse en la verdad real o sustancial de los hechos y que, lógicamente, atenta con el interés represivo de la sociedad. Los jueces tienen la obligación legal de absolver a acusados evidentemente culpables.

Libre convicción o sana crítica razonada o racional

En conciencia o la sana crítica razonada: El método de libre convicción o sana crítica racional es identificado por "Calamadrei,"³³ con el de persuasión racional, oponiéndolo al de prueba legal.

Consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictivos como las relativas al cuerpo del delito ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir. Toda prueba que

³³ JÁUREGUI, Hugo. *Manual de derecho procesal penal*. Pág. 322

estime útil al esclarecimiento de la verdad en principio, todo se puede probar y por cualquier medio, y para apreciarla conforme a las reglas de lógica, de la psicología y de la experiencia común.

El sistema incorporado a la nueva legislación, aunque significa una impetuosa revancha de la conciencia sobre el dogma no puede degenerar en arbitrio ilimitado, en criterio personal que equivaldría a autorizar juicios caprichosos, en una anarquía en la estimulación de las pruebas.

El reinado de elementos subjetivos e incontrolables, o de otro modo, ya no se trata de un convencimiento íntimo o inmotivado, sino de un convencimiento lógico y motivado, racional y controlable, que se base en elementos probatorios objetivos.

La vida inocultable, que se reflejan en la conciencia del juzgador, para dar origen al estado psíquico duda, probabilidad, certeza en que él se encuentra al dictar al proveído.

Por esa razón se piensa que la motivación no tiende tanto a convencer a las partes que el fallo es justo, a demostrar la fidelidad legal observada por el juez y controlable por otro grado superior, para impedir que la resolución se inspire en una vaga equidad, en simples conjeturas, en opiniones carentes de base legítima o en el capricho.

Impulsa al juez a convencerse sobre la confirmación o no de la hipótesis, pero en base a un análisis racional y lógico. Por eso es obligatorio que el juez motive todas sus decisiones, demostrando el nexo entre sus conclusiones y los elementos de prueba en los que se basa. La motivación es requisito esencial de la sana crítica, ya que de lo contrario la resolución del juez sería incontrolable y podría ser arbitraria.

El Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. Artículos 186... los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este código.

Artículo 385. Para la deliberación y votación, el tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolverá por mayoría de votos...

Si bien “la valoración de la prueba es tarea eminentemente judicial el fiscal deberá recurrir a la sana crítica para elaborar su hipótesis y fundamentar sus requerimientos o solicitudes, al momento de exponer sus conclusiones.

Principio que también debe ser invocado por la defensa del imputado al momento de formular sus conclusiones, alegando su aplicación, su inobservancia o su incorrecta aplicación en los razonamientos en que el tribunal fundamente su decisión.”³⁴

El tribunal de sentencia debe respetar las reglas de la sana crítica razonada; en caso de no hacerlo; la misma contiene un vicio que habilita el planteamiento de recurso de la apelación especial por motivo de forma, motivo por el cual el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 415.

La reglas de la sana crítica razonada; deben ser aplicadas conforme los principios de la lógica, las reglas de la experiencia la lógica jurídica y las reglas de psicología. Los principios de la lógica formal son: identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente.

El tribunal tiene el deber de aplicar las reglas de la psicología, como ciencia empírica del pensamiento. No es necesario que indique cuál sea el procedimiento psicológico que utilice solamente debe aplicar un procedimiento de ese tipo.

Las reglas de la experiencia común, son aquellas nociones que corresponden al concepto de cultura común, aprehendidos espontáneamente por el intelecto. Los jueces deben motivar la sentencia utilizando las máximas de la experiencia existente y aceptable.

³⁴ Manual. Op. Cit. Pág. 107

4.9 La instrucción probatoria

A la fase preparatoria de la instrucción sigue la forma probatoria, dedicada a la denominada asunción o reunión de las pruebas. Desde el primer intento, se comprendió la necesidad y, al mismo tiempo, la importancia de distinguir entre pruebas históricas y pruebas críticas.

Después de haber meditado bastante sobre aquella relación entre prueba y juicio que constituye ciertamente la clave del problema, se entiende que la prueba a inspección compleja se debe dedicar una particular actividad por eso, junto a la instrucción preparatoria y a la instrucción incidental solución de los incidentes no perjudiciales debe colocarse la instrucción probatoria.

La instrucción probatoria toma el nombre, en la práctica y también en el código de asunción de los medios de prueba. Por supuesto que tal asunción requiere tiempo y trabajo, es decir que la asunción debe ser ordenada por el juez.

4.10 Medios de pruebas en el proceso penal

La prueba se acepta para discernimiento de un hecho, persona u objeto y se requiere de conocimientos especializados de un arte, oficio o ciencia.

4.10.1 Prueba de informes

Informaciones que se solicitan a las oficinas públicas, que deben versar sobre hechos concretos, claramente individualizados, controvertidos, en el proceso.

4.10.2 Prueba documental

Puede presentarse originales o fotocopias, si son en materia penal deben ser autenticadas.

Los requisitos para que los documentos sean admitidos son: que no deben estar alterados, tachados, quemados, rotos, cancelados, porque si lo anterior ocurre en su

parte sustancial, no harán fe y en algunos documentos en donde se pueden entrelinear o salvar, esto debe hacerse o el otorgamiento no procederá.

Los documentos privados que estén debidamente firmados por las partes se tienen por auténticos, salvo prueba en contrario.

4.10.3 Prueba de peritos

Conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica u oficio, especializada que puede ser admisible cuando lo requiere la apreciación de los hechos controvertidos. Debe observarse lo establecido en Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículos 225, 226, 227 y 28, haciéndose la salvedad de que si un profesional conoció el hecho o parte de este por razón de su trabajo, no puede ser perito y viceversa.

Para el autor Víctor Moreno Catena, Vicente Gimeno Sendra y Valentín Cortez Domínguez el ser perito es

“... una persona con conocimientos científicos o artísticos de los que el juez por su específica preparación jurídica, puede carecer; llamada al procedimiento precisamente para apreciar, mediante máximas de experiencia especializadas propias de su preparación, algún hecho o circunstancias que han sido adquiridas con anterioridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la investigación.

De esta manera, el perito viene a las actuaciones judiciales a fin de que el juez pueda llegar a conocer lo sucedido, tomando en consideración aquellas máximas de experiencia.”³⁵

4.10.4 Prueba pericial

Medio probatorio fundado en la técnica y la ciencia, que se concreta a través de la actuación de peritos, quienes pueden limitarse a comprobar, o constatar, el hecho cuya existencia se controvierte o puede emitir opinión sobre las causas o efectos que lo

³⁵ Moreno Catena, Víctor Vicente Gimeno Sendra y Valentín Cortez Domínguez, **Derecho procesal penal**. Pág. 422

rodean. Prueba pericial médico legal: informe realizado mediante conocimientos científicos, artísticos o industriales o comerciales, que no son comunes a los integrantes de la sociedad, que se presenta ante las autoridades judiciales que tienen facultad de disponer.

4.10.5 El peritaje como medio de prueba

El peritaje o prueba de expertos, es aquel medio de prueba en virtud del cual el juzgador ilustra su criterio.

En el debido proceso, al mecanismo que tiene por objeto, resolver un conflicto social se le conoce como proceso, será a través de los medios de prueba como se intenta reproducir la realidad de los hechos, para que se encuentre la y solución jurídica más adecuada al caso concreto.

El juez al disponer de este medio de prueba acepta que para el mejor conocimiento de un hecho, persona u objeto, se requiere conocimientos especializados de un arte, oficio o ciencia.

El peritaje cultural garantizará que el sujeto procesal obtendrá una justicia más cercana y acorde a su realidad social y no tendrá que enfrentarse a una resolución tomada con base en normas jurídicas y patrones culturales ajenos a su cosmovisión, en países como Guatemala donde los distintos procesos establecidos en la ley han sido tomados de realidades distintas a la nuestra.

4.10.6 Peritaje cultural

Es una institución nueva dentro de los medios de prueba doctrinariamente conocida en documentos, informes, declaración de parte, de testigos, dictamen de expertos, reconocimiento judicial, reproducción de los hechos para comprender la naturaleza del peritazgo se deben de tomar en cuenta los elementos de esta institución.

El peritaje es un medio de prueba que tiene como finalidad ilustrar el criterio del juzgador con el objeto de que el peritaje aporte al conocimiento de un hecho, personas y objeto y en este caso particular, de los referentes culturales de un sujeto procesal. Para practicar el peritaje, se requieren conocimientos especializados de un arte, oficio o cultural determinada; tomando en cuenta todos estos elementos podemos comprender entonces que el peritaje cultural auxilia al juez a ilustrarlo acerca de la cultura de los sujetos procesales, incluyendo las normas sociales que regulan la conducta del sujeto procesal como miembro de un grupo social o población de lesbianas, gais, bisexuales, travestis masculinos y femeninos, trans géneros masculinos y femeninos, transexuales, masculinos y femeninos e intersexuales LGBTI.

Todo este medio de prueba se somete para que el juez lo valore utilizando los criterios de la psicología, la experiencia y la sana crítica razonada para ser tomado en cuenta al momento de resolver, así mismo respeta la cultura del sujeto procesal, siempre y cuando no se vulneren derechos constitucionales y/o tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala.

Dicha figura del peritaje cultural debe interpretarse en aplicación según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Artículo 8, que tiene preeminencia sobre el derecho interno, la Constitución Política de la República de Guatemala Artículo 46 .

La Constitución Política de la República de Guatemala Artículo 44 los derechos y garantías no excluye otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherente a la persona humana...

La figura del peritaje cultural está contemplada en el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 225 el ministerio público o el tribunal podrán ordenar peritación a pedido de parte o de oficio, cuando para obtener, valorar o explicar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimiento especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio... por su figura introduce importantes mecanismos.

En primer lugar hace posible excepciones al derecho positivo; en segundo lugar, cuando la existencia de la ley resulte discutida y controvertida y en tercer lugar, que cuando la costumbre se admite como fuente de derecho, en cuyo supuesto hay que probarla.

Por eso se debe considerar al peritaje cultural como un mecanismo de seguridad jurídica, frente a la desprotección y falta de garantías y observando que el debido proceso es un componente de la seguridad jurídica.

La cultura consiste en todas las formas de vida y expresiones de una sociedad determinada, como tal incluye costumbres, prácticas, códigos, normas y reglas de la manera de ser, vestirse, religión, rituales, normas de comportamiento y sistemas creencias. La cultura incluye el conocimiento, el arte, la moral, el derecho, las costumbres, y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre.

La UNESCO tomando diversas definiciones presentó en 1982, la siguiente, en la que se refleja la utilidad de la cultura para los seres humanos la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos.

A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones, a través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden UNESCO, 1982: declaración de México.

La cultura provee los valores que son la base de la convivencia humana dentro de una sociedad, por lo tanto constituye el marco de referencia en el que las personas realizan sus actividades. Todo sistema cultural tiene la misma validez y riqueza, las culturas y sus distintas manifestaciones no deben ser valoradas desde ningún punto de vista moral o ético, que no sea la moralidad y la ética de la propia cultura.

Esto significa que se debe considerar cualquier aspecto de otra sociedad o grupo en relación con los estándares culturales de ese grupo en vez de hacerlo desde un punto de vista supuestamente universal o en relación a la valoración de otras culturas, en una

definición amplia, la diversidad comprende aspectos relacionados con la etnicidad, el género, la edad, la religión y la orientación sexual de las personas. La diversidad cultural implica que los grupos traen consigo actitudes, percepciones, motivaciones y necesidades propias y por lo tanto diferentes.

En otras palabras, la diversidad cultural se deriva del hecho que cada cultura da respuesta de manera distinta a hechos similares; así también existen tantas interpretaciones de la realidad como sociedades humanas existen.

Además los sistemas e instituciones cambian de una sociedad a otra y se crean estrategias diferentes para dar respuesta a similares desafíos que presentan la naturaleza y la vida social.

La antropología define pluralismo cultural, como la coexistencia de grupos culturalmente homogéneos en una sociedad; y pluralismo social a la coexistencia de grupos social y económicamente diferenciados, los que pueden ser culturalmente homogéneos o no. Las sociedades plurales están constituidas por grupos cultural o socialmente diversos que coexisten dentro de un mismo país y se relacionan política, económica y socialmente.

También implica que existe un sistema político común y una interdependencia económica entre los grupos que integran una sociedad. Modernamente el pluralismo se ha reinterpretado y origina una corriente ideológica llamada también "pluralismo"; la cual postula la equidad como base para el relacionamiento de los portadores de las culturas y como principios el derecho y el respeto a la diferencia.

Esta nueva interpretación del pluralismo enfoca la diversidad cultural desde una perspectiva distinta que va más allá de la coexistencia de culturas.

El pluralismo dos derechos fundamentales, el derecho a la diferencia y el de la participación en la toma de decisiones de un país desde la propia perspectiva cultural. Existe pluralismo cuando operan en un mismo territorio diversidad de sistemas de naturaleza distinta, tales como el sistema jurídico indígena los sistemas jurídicos

internacionales o sistemas jurídicos transnacionales que actualmente rigen en casi todos los Estados.

La diversidad cultural se manifiesta en todos los ámbitos de la vida social, en tal sentido el Derecho, en cualquier sociedad es producto de la cultura.

Está basado en valores y principios propios de cada cultura, por lo que las normas. La existencia de sistemas de naturaleza distinta implica que cada sistema jurídico es independiente, tiene vida autónoma en el sentido que cada uno tiene un desarrollo propio.

La diversidad jurídica, se refleja en los principios y valores que fundamentan un sistema de justicia, los procedimientos y la normativa. La diversidad en este ámbito, implica que un hecho puede ser considerado un delito o no, o que la gravedad de un hecho puede tener distinto grado, dependiendo del lente cultural con que se le juzgue.

Así, una persona que realiza actividades consideradas apropiadas en el marco de su tradición cultural, podría estar transgrediendo normas desde la perspectiva jurídica de otra cultura, asimismo, una norma o ley dentro del marco jurídico del Estado.

Podría estar reñida con las tradiciones, costumbres, creencias y forma de vida de la cultura a la que pertenece la persona, a lo cual podría muchas veces añadirse que las personas que pertenecen a una cultura diferente no pueden comprender ciertas normas o no captan su sentido moral o ético porque éste no concuerda con el que ellos sustentan.

El peritaje cultural también llamado peritaje antropológico o prueba judicial antropológica, provee datos importantes del contexto social en que se desenvuelve el caso y aporta las pruebas sobre un hecho o conducta que proviene de parámetros culturales y/o diversidad distinta, este mecanismo constituye y permite aportar medios de prueba.

La ley contempla para acreditar la cultural y/o diversidad que propicia y condiciona una conducta tipificada como delito o faltas en los códigos del sistema jurídico oficial.

4.10.9 Declaración de parte

Testimonio de partes y puede ser judicial o extrajudicial, la declaración probatoria es la prestada legalmente delante de juez competente produciendo plena prueba, porque se hace bajo juramento.

4.10.10 Pruebas históricas

El testimonio es la narración de un hecho, con mayor precisión, de una experiencia del narrador. Los juicios pasados se pueden poner a disposición del juez, con el objetivo de verificar sus juicios, en ausencia del narrador, el documento presenta una formación inversa: en presencia del hecho y en ausencia del juez, o, en general, del destinatario de la representación.

4.10.11 Pruebas críticas

Es la comprobación de una operación aritmética, puede tener lugar mediante el juicio diverso no por la persona que lo forma sino por su objeto, en el juicio penal, el hecho desconocido es precisamente el delito que se debe constatar si ha sido cometido.

Esto significa que la prueba crítica está constituida por un hecho diverso, sobre el cual debe ser realizado el juicio, en cuanto el uno está vinculado al otro por una ley natural, por lo que establece un proceso penal no se habla de presunciones, sino de indicios.

Estos dos términos aluden a un menor valor de la prueba crítica en comparación con la prueba histórica, debido probablemente a que, en apariencia, el testigo o documento, en cuanto representa, constituye un equivalente sensible del hecho a probar.

Mientras la prueba crítica sirve al juez para descubrirlo; pero se trata de una impresión falaz en cuanto, a priori, no es posible establecer un más o un menos de validez de uno o de otro tipo de prueba.

Se puede establecer que la prueba histórica y la prueba crítica cualquiera de estas dos servirán al juzgador, debe ser percibida por él, la percepción es, la primera fase de su empleo.

Pero varía según se trate de prueba histórica o de prueba crítica, el medio de la percepción que para la segunda es la vista y para la primera el oído; la prueba histórica se escucha, la prueba crítica se observa. Esto implica que no toda prueba crítica implica una prueba histórica, toda prueba histórica implica una prueba crítica.

4.10.12 Declaración de testigos

Se caracteriza por ser una prueba circunstancial y esta puede ofrecer en el escrito inicial, al contestar la demanda.

En materia penal en la fase intermedia los testigos pueden tener tachas para poder participar dentro de un proceso tacha es comprobar que el testigo no tiene capacidad legal para declarar, es decir que no es persona idónea para hacerlo.

4.10.13 Dictamen de expertos

Es la utilización de peritos o expertos en busca de la comprobación de un hecho, la determinación de las causas y efectos del mismo.

Todo dictamen debe hacerse por escrito, en algunos procesos se requiere de la legalización de la firma y su ratificación ante el tribunal, puede solicitarse por cualquiera de las partes.

Las partes pueden ponerse de acuerdo en la designación del experto o el juez lo designa, dependiendo de la rama del derecho de que se trate.

4.10.14 Dictamen pericial

Un dictamen pericial es el informe que rinde un experto sobre una materia, hecho o cuestión sometida a su consideración. Dicho informe contiene el resultado del examen

o análisis realizado, contiene además el punto de vista u opinión del experto según su conocimiento.

El dictamen de un peritaje cultural, constituye la opinión de un experto o profesional en la antropología que conoce la cultura. El entorno social y las características del ámbito o del asunto sobre el que a petición de una autoridad competente emite, con el fin de aclarar y explicar científicamente el comportamiento o proceder de una persona, que forme parte activa o pasiva de un hecho punible y que se anexa al expediente como material que explica o prueba dicho comportamiento.

El antropólogo que interviene como perito ya sea porque se desempeña como tal en alguna institución o por que se le solicita por parte de un tribunal, o por el Instituto de la Defensa Publica penal o el Ministerio Público, debe tener en cuenta que: el dictamen se hace bajo juramento, debe ser corto, preciso, detallado, ético y no debe emitirse juicios de valor o juicios de responsabilidad.

4.10.15 Partes de un dictamen

El dictamen pericial está compuesto por:

- a. **Presentación e introducción:** esta parte debe llevar a quien va dirigido, el objeto o la referencia y quien hace el informe.
- b. **Fundamento técnico:** es el espacio donde se enumeran de manera resumida los pasos y labores que se llevaron a cabo para la investigación.
- c. **Fundamento científico:** breve disertación del fundamento antropológico del comportamiento en cuestión o del hecho a explicar.
- d. **Observaciones,** aspectos que el perito consideren relevantes para ampliar sobre aspectos relacionados que no han sido expresamente requeridos por la autoridad que solicitó.

El peritaje por lo que este medio probatorio serviría para las poblaciones motivo de investigación, que contribuyan a la construcción de un sistema judicial respetuoso de un Estado incluyente a las necesidades que plantea la realidad pluricultural, multiétnica y multilingüe del país.

Por lo tanto la función del peritaje cultural es presentar un dictamen debidamente fundamentado en análisis de los hechos y conceptos básicos de la población antes mencionada tomando en cuenta el juicio y recomendaciones de la Corte Interamericana de derechos humanos y otras instancias.

4.10.16 Reconocimiento judicial e inspección ocular

Se puede solicitar en algunas materias en cualquier momento del proceso de esa forma o como reconstrucción de los hechos, ya sea de oficio o a petición de parte, se puede realizar en personas o lugares y cosas

4.11 Tipos de pruebas en materia penal

La ley reconoce como medios específicos de prueba las siguientes:

La inspección judicial y la reconstrucción de hechos, los dictámenes de peritos, las declaraciones de testigos, los careos, los documentos públicos y privados, las visitas domiciliarias, las fotografías, cintas magnetofónicas, registros dactiloscópicos, videocintas y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia, o por la técnica.

El sistema judicial, las mayorías de estas pruebas son aceptadas, como aportar nuevas pruebas siendo el único medio científico de prueba, no obstante, existe unas que son más accesibles que otras y por tales razones en este trabajo de investigación.

4.12 Presunciones establecidas por la ley o la jurisprudencia

Se refieren a la actividad de razonamiento del juez para descubrir ciertos hechos que aparecen demostrados en el proceso y se dividen en legales y humanas

a. Presunciones humanas

Son las formadas por el juez a través del proceso.

b. Presunciones legales

Son las contempladas dentro de la ley, se ubican dentro de ellas la cara de la prueba. Los efectos son lograr el convencimiento del juez.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La población lesbiana gay, bisexual, travesti masculina y femenina, trans género masculino y femenino, transexual, masculino y femenino e intersexual LGBTI; se encuentra invisibilizada al exigir sus derechos humanos en centros de detención debido a que el Estado no ha legislado a favor de la protección de las garantías propias e intrínsecas de estas personas.

Así mismo el derecho consuetudinario basado en cánones socialmente condicionados por un sistema jurídico endeble resultado de fallos en los tribunales de justicia, por la cultura machista y pseudo- religiosa imperante en la sociedad, discriminando a toda persona perteneciente a este segmento de la sociedad y que transgreda la ley penal.

Hábida cuenta, de esta situación surge la necesidad de la implementación del peritaje cultural, como medio de prueba en el debate oral y público guatemalteco; a efecto de que se diligencie la misma tomando en cuenta las reglas de la sana crítica razonada para que consecuentemente como resultado de ello se obtenga una sentencia apegada a derecho que responda a la necesidad imperante de protección a todo nivel de las personas que se encuentran sometidas a un proceso penal perteneciente a este tipo de población vulnerable.

Actualmente se utilizan los mismos mecanismos probatorios aplicables a toda los sindicados no tomando en cuenta los rasgos sui géneris propios de la minoría a tratar constituyendo una debilidad en todo el sistema de justicia en detrimento de los valores consagrados en la constitución y en todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional provocando un rezago en la positivización de la ley propia de un Estado cumplidor de la ley y que toda su normativa esté acoplada a estándares internacionales aceptados en legislaciones comparadas y por supuesto avanzadas.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO, Teresa, Ondina, Margarita del Olmo. **Educación intercultural perspectivas y propuestas.** (s.l,i): (s.e.), (s.f).
- AGUIRRE R. Carlos E, René Granados H. **Teoría del proceso.** (s.l,i): (s.e), (s.f).
- BERGER, Edmundo. **Homosexualidad, decisión y forma de vida.** México, Manual moderno, 1972.
- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal.** 1ra edición, (s.l,i): (s.e), 1993.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** (s.l,i): (s.e), (s.f).
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal.** (s.l,i): Editorial Harla, (s.f.).
- CODERECH, Juan. **Psiquiatría dinámica.** España: hender 1987
- COHEN, Jean, Dahn, Natha, Tordjman y Verdoux. **Enciclopedia de la vida sexual.** Inglaterra: Argos Vergara, 1979.
- DORCH, Friedrich. **Diccionario de psicología.** España: Herder, S.A. (s.f.).
- DORF, Julie, Sydney Levy. **Amnistía internacional y homosexualidad.** Inglaterra: Naciones Unidas, (s.e), 1999.
- DRAD QUEEN. Definición en **Merriam-webster's dictionary.** (s.l,i): (s.e), consultado enero 16 de 2012.
- El derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires. **Reflexiones sobre el rol del poder judicial y las políticas públicas.** Colección: De Incapaces a sujetos de Derechos. Cuatro: (s.l,i): (s.e), (s.f).



FAIRÉN GUILLERN, Víctor. **Doctrina general del derecho procesal.** (s.l.i): Editor Bosch, 1990.

FERRARTER MORA, Jose. **Diccionario de filosofía,** Buenos Aires, sudamericana, (s.f.).

FITZGIBBONS, M.D. **Factores causante de la homosexualidad.** México: Trillas, 1978.

FREUD, Sigmund. **Los textos fundamentales del psicoanálisis.** Barcelona: Alta ya, S.A. 1993.

FREUD, Sigmund. **Psicología del desarrollo.** Barcelona: Diane E. Papalia Sally Wendkos Olds. (s.f.).

GOLDSTEIN, Mabel. **Diccionario jurídico.** (s.l.i): Editorial Lexus, (s.f.).

GOLDSTEIN, Raúl, **Diccionario del derecho penal, la ley y el delito.** Buenos Aires: editorial Sudamérica, 1997.

GUZMAN, Dora Estela. **Estudio psicológico de la prostitución en Guatemala.** (s.l.i), (s.e), 1979.

HARVEY F. John. **La verdad sobre la homosexualidad.** México: Mc Graw –Hall Interamericana de México, S.A. 1989.

HELMINIAK, Daniel. **El homosexualismo en la actualidad.** Estados Unidos: If, 2000.

https://unfe.org/system/unfe-23-UN_Fact_Sheets_-_Spanish_v1e.pdf. (Consultado 27-09-2014).

<http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/13/13.pdf> (Consultado: 27-09-2014).

http://descargas.idpp.gob.gt/Data_descargas/losdocumentos/delfinalsistematizacion.pdf. (Consultado: 27-09-2014).

<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9765/3/Material%20complementario%20para%20Derecho%20Procesal%20Penal%20I.pdf> (Consultado: 27-09-2014).



<https://hectorberducido.files.wordpress.com/2008/08/principios-del-derecho-procesal-penal1.pdf>, (Consultado: 27-09-2014).

JÁUREGUI, Hugo. **Manual de derecho procesal penal**. (s.l.i): editorial supervisada s.a. tomo I, (s.f).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios del derecho penal, la ley y el delito**. Buenos Aires: editorial Sudamérica, 1997.

KINSEY, Alfred Charles. **Comportamiento sexual**. Estados Unidos: Institute For Sex, 1956.

LÓPEZ FERNANDEZ, Mercedes. **Seguridad pública y detective privado**. (s.l.i): (s.e), (s.f).

Ministerio Público, **Manual del fiscal**. 1ra. Edición, (s.l.i): (s.e), (s.f).

Ministerio Público. **Manual del fiscal**. 2da edición. (s.l.i): (s.e), (s.f).

Mc CREERY, David. **Folleto de prostitución en Guatemala**. (s.l.i), (s.e) 1983.

MONTERO AROCA, Juan y otros autores. **Derechos jurisdiccional**. Tomo I. Parte General, Barcelona: editorial J.M. Bosch, 1991.

MORALES, Sergio Federico. **Guía práctica para clínicas penales**. III edición, (s.l.i): (s.e), (s.f).

MORENO CATENA, Víctor Vicente Gimeno Sendra y Valentín Cortez Domínguez. **Derecho procesal penal**. (s.l.i): (s.e), (s.f).

NICOLAS, Jean. **La cuestión homosexual**. España: Fontamera, 1978.

POROJ SUBUYUJ, Oscar Alfredo. **El proceso penal guatemalteco**. tercera edición, Tomo II. (s.l.i): (s.e), (s.f).

RECINOS, Adrián. Traductor. **Memorial de Sololá o anales de los cachiqueles**. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

SOLOM, Philip y Vernon D Patch. **Manual de psiquiatría, en su prostitución**. (s.l.i): (s.e), (s.f).



SUAU MOREY, Jaime. **Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal.** citado por Vásquez Rossi, Jorge, derecho procesal penal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires: (s.e), 1997.

TAJFELI y Turner citado en Smith, **El trans generismo.** (s.l.i), (s.e), 2002.

Transparencia y democratización de los poderes judiciales provinciales, (s.l.i): (s.e) (2006-2007).

[www.transexualidad.wordpress.com/la transexualidad-en-la historia](http://www.transexualidad.wordpress.com/la-transexualidad-en-la-historia) (consultado:27-09-2014).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras judiciales.** Buenos Aires, (s.e), 1994.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge **Tratado de derecho procesal penal.** Tomo I. Quito-Ecuador: (s.e), (s.f).

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convenio Sobre los Derechos Políticos de la Mujer. Casa presidencial: San Salvador, a los 3 de enero 1994.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. 22 de noviembre de 1969.

Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes O.N.U. 1984.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura O.N.U. 9 de diciembre 1985

Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas O.E.A. 9 de junio 1994.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. 18 diciembre 1979.



Convención Interamericana Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra la Mujer
“Convención de Belem do Prá” O.E.A. 9 de junio de 1994.

Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer. 30 de mayo de 1991.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 16 de diciembre 1966.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Régimen Penitenciario. Decreto número 33-2006 del congreso de la República de Guatemala.

Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer Decreto número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario. Acuerdo Gubernativo 513-2011. Guatemala, 27 de diciembre del 2011. Presidente de la República de Guatemala Álvaro Colom en Consejo de Ministros.