

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

**"LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 211 DEL DECRETO 17-73
DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, EN VIRTUD DE ATENTAR CONTRA
EL PRINCIPIO DE INOCENCIA CONTENIDO EN LA CONSTITUCION
POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA"**

TESIS

**Presentada a la Honorable Junta Directiva
De la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
De la Universidad de San Carlos de Guatemala**

POR

JORGE DAVID MELGAR GOMEZ

**Previo a optar al Grado Académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**Y a los títulos de
ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, Octubre de 1998

**PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central**

64
7 (34572)
5-7

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

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppl
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Ing. José Samuel Pereda Saca
VOCAL V	Br. José Francisco Peñáz Córdón
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

PRIMERA FASE:

PRESIDENTE	Lic. Oscar Edmundo Bolaños Parada
VOCAL	Lic. Raúl Antonio Chicas Hernández
SECRETARIO	Lic. Manuel Arturo Estrada Gracias

SEGUNDA FASE:

PRESIDENTE	Lic. José Víctor Taracena Alba
VOCAL	Lic. Carlos Humberto Vázquez Ortiz
SECRETARIO	Lic. Jorge Romeo Rivera Estrada

NOTA:

"Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis" (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes técnico profesionales de abogacía y notariado y Público de Tesis).

PROCESO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central



3230-98 *[Handwritten signature]*

29/9/98
[Handwritten initials]

Guatemala, 28 de septiembre de 1998.

Señor Decano
De la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

29 SET. 1998

RECIBIDO
Hora: 17:27:03
Fecha: *[Signature]*
Oficial: *[Signature]*

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de informarle que asesore el trabajo de tesis del Bachiller JORGE DAVID MELGAR GOMEZ el que se denomina LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 211 DEL DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, EN VIRTUD DE ATENTAR CONTRA EL PRINCIPIO DE INOCENCIA CONTENIDO EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.

Manifestando al señor Decano, que el trabajo de investigación se realizó con dedicación por parte del bachiller MELGAR GOMEZ, y al mismo tiempo se hicieron las recomendaciones del caso al Principio de Inocencia, así como al delito de Sustracción de Menores; por lo que considero que llena los requisitos necesarios para ser evaluado en el respectivo examen público.

Sin otro particular, me es grato suscribirme del señor Decano.

ID Y ENSEÑAD A TODOS

[Handwritten signature]

Lic. Cesar Augusto Morales Morales
Asesor.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 18
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:
Guatemala, treinta de septiembre de mil novecientos noventa
y ocho _____

Atentamente, pase al LIC. LISANDRO DE JESUS GODINEZ ORANTES,
para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del
Bachiller JORGE DAVID MELGAR GOMEZ y en su oportunidad emita
el dictamen correspondiente. _____

albj.



6/10/1998
JFM

Guatemala, 6 de octubre de 1998.

3339-
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
- 6 OCT. 1998
RECIBIDO
Horas: 13 Minutos: 13
Oficial: [Signature]

Señor
Licenciado José Francisco De Mata Vela
Decano de la Facultad de C.C.J.J. y S.S.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria, zona 12.

Señor Decano:

Conforme a lo resuelto por ese Decanato he procedido a realizar la revisión del trabajo de Tesis del Bachiller JORGE DAVID MELGAR GÓMEZ titulado "LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 211 DEL DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (DELITO DE SUSTRACCION AGRAVADA), EN VIRTUD DE ATENTAR CONTRA EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA CONTENIDO EN EL ARTICULO 14 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA".

Con el Bachiller Melgar Gómez sostuve desde el mes de julio varias reuniones de trabajo en el que le hice las observaciones e indicaciones necesarias para no descuidar la profundidad de análisis propio de este tipo de trabajos, por supuesto respetando la designación del abogado asesor, quien tuvo a su cargo la orientación metodológico-instrumental de la tesis.

Motivo de seria discusión fué el capítulo IV en el que según mi criterio descansa la parte toral del planteamiento, pues es aquí en que el sustentante deja plasmada su interpretación del delito de Sustracción Agravada con respecto de los principios procesales de presunción de inocencia y de la carga de la prueba adecuados, a nuestra sugerencia, al nuevo sistema acusatorio vigente hoy día en nuestro país.

Sin perjuicio de que en algunos puntos no obtuvimos un acuerdo, principalmente en lo relativo al concurso de delitos o cuando se subsume este delito en otro de mayor resultado, estimo que el Trabajo llena los requisitos básicos y estructurales para ser presentado a un Tribunal examinador; toda vez que será el Bachiller Melgar Gómez quien defienda su planteamiento, el cual reviste importancia desde el punto de vista Filosófico orientado a interpretar y comprender en mejor forma nuestras instituciones jurídicas.

Por tal motivo emití dictamen favorable sobre el trabajo relacionado para los efectos que se estimen pertinentes.

Atentamente,

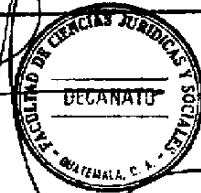
[Signature]
Lisandro de Jesús Godínez Orantes
LIC. LISANDRO DE JESUS GODINEZ ORANTES
Abogado Notario
Catedrático Asesor.
Reg. Personal 7619.

SECRETARIA
CENTRAL



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:
Guatemala, siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. _____

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de tesis del Bachiller JORGE DAVID MELGAR GOMEZ intitulado "LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 211 DEL DECRETO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (DELITO DE SUSTRACCION AGRAVADA), EN VIRTUD DE ANTENTAR CONTRA EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA CONTENIDO EN EL ARTICULO 14 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA". Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis. _____



Ahij.



DEDICO ESTE ACTO

A DIOS

Ser supremo del universo, fuente inagotable de amor y sabiduría, cuya misericordia infinita ilumina mi vida al alcanzar esta meta.

A MIS PADRES

**JORGE ADALBERTO MELGAR y
MARIA CARMELINA GOMEZ ALVARADO DE MELGAR**

A quienes debo mi formación Moral y Profesional, por que sin su ayuda, mis sacrificios habrian sido inútiles, por estar siempre a mi lado cuando los necesité y siempre apoyarme, guiarme y ayudarme en todo momento, gracias por haberme enseñado a salir adelante perseguir mis sueños en forma persistente y a lograr lo que me he propuesto, por todo ello mi eterno agradecimiento y que Dios los llene de bendiciones.

A MI ESPOSA

**Mónica de Melgar
Con amor.**

A MI HIJA

**Mónica Desireé Melgar J.
Razón de mi alegría, impulso de mi vida y el tesoro mas grande de mi existencia, para que te sirva como estímulo cariñoso y que forje sus propios anhelos, con todo mi amor.**

A MIS HERMANOS

**Ricardo Wagner y Evelyn Marysol
Por su respaldo ilimitado, mi Respeto y firme Cariño.**

**A MIS ABUELOS Desiderio Gómez (QEPD) y Juana Alvarado de Gómez
Con mucho cariño.**

A MIS TIOS Y PRIMOS

Con Cariño y Respeto

A MIS AMIGOS

Que me han apoyado siempre en mis fracasos y triunfos.

Mi amistad sincera por siempre

A MI PATRIA GUATEMALA

A mi querida:

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y la tricenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

INDICE

INTRODUCCION	I
CAPITULO I	01
INSTITUCIONES RELACIONADAS CON EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES	
A. FAMILIA	
B. DERECHO DE FAMILIA	
C. PARENTESCO	
C.1. POR CONSANGUINIDAD	
C.2. POR AFINIDAD	
C.3. CIVIL	
D. PATRIA POTESTAD	
E. TUTELA	
F. EL DERECHO DE MENORES	
ANALISIS FINAL	10
CAPITULO II	
EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES Y SUS MODALIDADES	
A. DEFINICION	11
B. PERSONAS LEGITIMAS PARA LA GUARDA POTESTAD DE UN MENOR QUIEN PUEDE SUSTRARSE	12
C. MODALIDADES DEL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES	14
C.1 SUSTRACCION PROPIA	15
C.2 SUSTRACCION IMPROPIA	20
C.3 SUSTRACCION AGRAVADA	26

D. EL CODIGO DE LA NIÑEZ Y JUVENTUD Y EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES	33
CAPITULO III	
LA INOCENCIA	
A. DEFINICION	38
B. PRINCIPIO DE INOCENCIA	40
C. GARANTIAS JURIDICAS	44
CAPITULO IV	
LA VIOLACION DEL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA CONTENIDA EN EL ARTICULO 211 DEL CODIGO PENAL	47
CONCLUSIONES	57
RECOMENDACIONES	59
BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUCCION

La inocencia como elemento de convivencia social y seguridad en la persona, debe de prevalecer en todos los ámbitos del que hacer social.

Esta inocencia, cuando esta sujeta a un proceso judicial, se convierte en un principio rector del mismo, así lo establecen Instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), e instrumentos jurídicos nacionales, entre los que podemos mencionar: constitución Política de La República de Guatemala, y el Código Procesal Penal; en los cuales se impone como regla general y obligatoria que toda persona debe de ser considerada inocente en tanto no se le pruebe lo contrario en un proceso legal, por sentencia firme debidamente ejecutoriada.

En contraposición a ello, el artículo 211 del Código Penal que regula la Sustracción Agravada, considera como culpable a una persona que es sometida a proceso por esta clase de delito y le impone la obligación de probar su inocencia, situación que provoca la inversión de la carga de la prueba y viola el principio de inocencia que debe de regir a los asuntos penales.

Con esta situación, el resto de Instrumentos jurídicos aceptan la teoría de la presunción de inocencia, pero el Código Penal en el artículo objeto de estudio, toma dentro de su redacción la teoría de presunción de culpabilidad.

Considerando lo anterior, para la redacción de nuestra investigación se toman todos los elementos necesarios para hacer comprensible el tema, es así como en el primer capítulo se estudian las instituciones relacionadas con los delitos de sustracción de

menores, entre las que podemos mencionar: La Familia, El Derecho de Familia, El Parentesco, etc.

En el segundo capítulo se analizan los delitos de sustracción de menores, en el tercero lo que es la inocencia, el principio de inocencia, las diferentes teorías existentes, su naturaleza jurídica y otros aspectos de importancia.

El capítulo cuarto, trata del análisis y fundamento que sustenta esta tesis como lo es la violación del principio de inocencia, contenida en el artículo 211 del Código Penal.

Es así como con la presentación y el orden que lleva el presente trabajo, se pretende demostrar que el artículo 211 del Código Penal, se contrapone con los principios y garantías constitucionales y procesales, al igual que con los principios y garantías internacionales en materia de Derechos Humanos.

1

**LA NECESIDAD DE REFORMAR EL Artículo 211 DEL DECRETO 17-73
DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (DELITO DE SUSTRACCION
AGRAVADA), EN VIRTUD DE ATENTAR CONTRA EL PRINCIPIO DE
PRESUNCION DE INOCENCIA CONTENIDO EN EL ARTICULO 14 DE
LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.**

**CAPITULO I
INSTITUCIONES RELACIONADAS CON LOS DELITOS DE
SUSTRACCION**

Se considera de importancia que antes de entrar al análisis en concreto del tema objeto de la presente investigación, se cree el ambiente propicio para una mejor comprensión del mismo. Es por ello, que el presente capítulo trata lo referente a las instituciones y elementos que intervienen dentro del contexto del delito de sustracción agravada, así por ejemplo: podemos establecer que entre otras cuestiones interviene lo que es la familia, el derecho de familia, la patria potestad, la tutela, el derecho de menores, etc. Todo ello enmarcado dentro del campo civil; existen otros elementos a considerar tales como la libertad y seguridad de las personas, como bien jurídico tutelado dentro del campo penal. Es así como a continuación se analizan las instituciones, elementos y factores que

intervienen dentro de la protección de un menor de edad y sus incidencias dentro del marco jurídico guatemalteco.

A. FAMILIA

Actualmente y de acuerdo a nuestra legislación, no se debe de considerar a la familia solamente como un conjunto de personas unidas por lazos de sangre, sino también hay que considerar que puede estar integrada por personas que se han unido a ella según la ley, y esta unión puede ser por el matrimonio o por la adopción. Cuando es por matrimonio es por afinidad y cuando es por adopción es civil.

El concepto de familia entonces, puede ser considerado en sentido amplio o en sentido restringido.

En sentido amplio la familia esta constituida por todas las personas que están ligadas por vínculos de consanguinidad, incluyendo el grado más remoto con tal que sea conocido.

En sentido restringido, la familia esta compuesta solo por las personas que conviven en una misma casa o vivienda y que están sometidas a la misma dirección o autoridad familiar, esto es lo que comúnmente conocemos como un hogar.

Para dar una definición completa de familia podemos decir que: Familia es el conjunto de personas unidas entre sí por el vínculo de consanguinidad (descendientes de un mismo tronco

común), afinidad (la que surge como consecuencia del matrimonio) y civil (como consecuencia de la adopción).

B. DERECHO DE FAMILIA

La familia que tiene su fundamento en la moral, debe ser considerada como una institución jurídica, ya que requiere de un ordenamiento normativo para articular su complejo mecanismo dentro de un total ordenamiento jurídico, como consecuencia de ello surge el derecho de familia, que no es más que el conjunto de normas que determinan y rigen los efectos jurídicos de las relaciones familiares.

El derecho de familia puede ser definido en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo. Cuando hablamos del sentido subjetivo se debe entender que es el compendio de las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones dentro del grupo familiar y de cada uno de sus miembros para con los demás.

En sentido objetivo: Derecho de Familia “es un conjunto de normas o preceptos jurídicos que regulan las relaciones que se dan y mantienen dentro de un grupo familiar, incluyéndose dentro del grupo los familiares consanguíneos, afines y civiles”.¹

C. PARENTESCO

Es el vínculo jurídico que liga a una persona con otra como consecuencia de la descendencia de un mismo tronco, por alianza o por la voluntad.

En base a lo anterior, (vínculo jurídico) podemos decir que el parentesco es la delimitación legal al derecho de familia, en otras palabras, de acuerdo a los grados que la ley acepta como parentesco hasta ese límite llega el derecho de familia, pues solo hasta allí va a considerar la ley que sea familiar, como consecuencia, el derecho de familia esta condicionado al parentesco, las relaciones entre familiares podrán determinarse únicamente si están dentro de los grados que acepta la ley, cualquier otro grado de parentesco será una relación entre personas no tutelada por el derecho de familia.

El código civil guatemalteco en su artículo 190 establece las clases de parentesco y los grados que acepta nuestro ordenamiento jurídico, dividiéndolo tres clases:

C.1. parentesco por consanguinidad

C.2. parentesco por afinidad

C.3. parentesco civil.

¹ Puig Peña, Federico, Compendio de Derecho Civil Español, Tomo III, página 234.

C.1. PARENTESCO POR CONSANGUIDAD

Es aquella relación de familia que se da entre personas que descienden de un mismo tronco común. La ley reconoce el parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado según el artículo 190 del código civil.

Con relación a esta clase de parentesco el artículo 191 del código civil lo define como: "Parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor".

C.2. PARENTESCO POR AFINIDAD

El artículo 192 del código civil define al parentesco por afinidad estableciendo que: "Es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos."

C.3. PARENTESCO CIVIL

De acuerdo al artículo 229 del código civil, el parentesco civil es el que se establece entre adoptante y adoptado. Por tal razón este parentesco es el que nace de la adopción.

Tanto el parentesco por afinidad como el civil son parentescos voluntarios, es decir nacen a la vida jurídica por voluntad de las partes y por esa misma voluntad puede terminar, mientras que el parentesco consanguíneo es un parentesco obligado el cual no se puede iniciar ni

poner fin por la simple voluntad, puesto que en él intervienen factores naturales como la descendencia.

C.4 GRADOS Y LINEAS

C.4.1. GRADOS

Artículo 193 código civil: "El parentesco se gradúa por el número de generaciones; cada generación constituye un grado.

C.4.2. LINEAS

La definición y clases de líneas esta establecido en los artículos del 194 al 197 del código civil, en los que se determina que existen las líneas ascendentes, descendentes y colaterales.

C.5 FAMILIARES QUE ACEPTA LA LEY COMO PARIENTES

C.5.1. POR CONSANGUINIDAD (hasta el cuarto grado)

C.5.1.1 En línea ascendente:

- Padres (primer grado)**
- Abuelos (segundo grado)**
- Bisabuelos (tercer grado)**
- Tatarabuelos (cuarto grado)**

C.5.1.2 En línea descendente

- **Hijo (primer grado)**
- **Nieto (segundo grado)**
- **Bisnieto (tercer grado)**
- **Tataranieto (cuarto grado)**

C.5.1.3 En línea colateral

- **Hermanos (segundo grado)**
- **Sobrinos (tercer grado)**
- **Hijos de los sobrinos (cuarto grado)**
- **Tíos (tercer grado)**
- **Primos (cuarto grado)**

C.5.2 POR AFINIDAD (hasta el segundo grado)

- **Suegros (primer grado)**
- **Cuñados (segundo grado)**
- **Los esposos son parientes pero no forman grado**

C.5.3 PARENTESCO CIVIL: solamente entre el adoptante y el adoptado.**D. PATRIA POTESTAD**

"Es el acto jurídico o conjunto de facultades que suponen derechos a quienes la ejercen con relación a las personas o bienes de

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

los sujetos a tal institución con el objeto de salvaguardar a la persona y bienes del menor o del incapaz que sea mayor de edad. También se puede decir que la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley le concede al padre en la persona y bienes de sus menores hijos y no emancipados.²

El artículo 252 del código civil establece que "La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho, y por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo en cualquier otro caso.

Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.

E. LA TUTELA

"Es una institución creada para los menores de edad que no están sometidos a la patria potestad y de las personas incapacitadas para gobernarse por sí mismos. Otra definición sería que la tutela es la institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de las personas y su patrimonio, de los que por su incapacidad legal están incapacitados para gobernarse por sí mismos y no están sometidos a la patria potestad."³

² Idem. Pag. 323.

³ Idem. Pag. 413.

F. DERECHO DE MENORES

El código civil guatemalteco diferencia las personas individuales entre menores y mayores de edad, para éste código son menores de edad quienes no han cumplido los dieciocho años de edad y mayores de edad, a las personas que tienen dieciocho años de edad en adelante; situación establecida en el artículo 8 segundo párrafo que dice: "Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años."

Con base a lo anterior, podemos definir el DERECHO DE MENORES, como: "el conjunto de principios, doctrinas, instituciones y normas jurídicas de carácter nacional e internacional, que regulan y tienden a proteger los derechos que tienen las personas que no han cumplido dieciocho años de edad." ⁴

Los derechos de los menores están comprendidos por un conjunto de deberes de los padres y del Estado para con los niños que no han cumplido los dieciocho años, entre estos podemos encontrar:

- **derecho a la vida**
 - **derecho a la familia**
 - **derecho a un nombre**
 - **derecho de alimentos**
 - **derecho a la educación**
 - **derecho a la vivienda**
 - **derecho al respecto de su dignidad**
-

- **derecho a su cultura e identidad**
- **derecho a que se le respete**
- **derecho a jugar, etc.**

Para poder acceder a estos derechos y muchos otros, los menores de edad necesitan ser suministrados por los mayores de edad quienes tienen la obligación de satisfacer sus necesidades, y los mayores de edad obligados en este caso, son los padres o en su defecto los tutores conjuntamente con el Estado.

ANALISIS FINAL

Se ha considerado conveniente establecer las definiciones anteriores, como un marco introductorio para determinar las instituciones civiles que intervienen en el delito de sustracción de menores en sus tres modalidades (propiá, impropia y agravada). En vista de que si bien es cierto, el bien jurídico tutelado en estos delitos es la libertad y seguridad de las personas, esta libertad y seguridad es en dos vías: la primera es la libertad y seguridad de quien tiene el derecho sobre un menor (patria potestad o tutela), como la libertad y seguridad del menor a la familia y relación con los miembros de la misma, con la certeza de que no será separado de ella, sino por causas extremas y por orden judicial. Entonces, el delito de sustracción de menores en sus modalidades implica sustraerlo de

⁴ Osorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Pagina 204.

quien tiene la patria potestad o tutela de este menor, por lo que era necesario establecer qué es patria potestad y que es tutela.

CAPITULO II

DEL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES Y SUS MODALIDADES

A. DEFINICIONES

- **SUSTRACCION:** “delito de la posesión de alguien o algo en contra de la voluntad de dueño.”⁵
- **SUSTRAER:** “... Eludir el cumplimiento de una obligación, Promesa, etc., o evitar algo que molesta o perjudica.”⁶
- **MENOR:** “El que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica...”⁷

⁵ Diccionario El Pequeño Larousse, 1995.

⁶ Idem.

⁷ Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

De acuerdo al código civil, como se anotó en el capítulo I, menor de edad es el que no ha cumplido los dieciocho años.

Tomando como base las definiciones anteriores y lo establecido en el capítulo I de la presente investigación, podemos decir que el delito de sustracción de menores en sus tres modalidades, consiste en ocultar a una persona que no ha cumplido dieciocho años de edad de los legitimados por la ley para su guarda.

B. PERSONAS LEGITIMADAS PARA LA GUARDA DE UN MENOR DE EDAD

DE QUIENES PUEDE SUSTRARSE

Para que pueda tipificarse el delito de SUSTRACCION de menores, el menor debe de ser sustraído u ocultado de personas específicas, puesto que si fuera de cualquier otra persona la comisión del hecho delictivo no existiese, puesto que se puede ocultar de un amigo, un tío (cuando no es tutor), etc., sin que esto constituya delito, por tal razón, la ley enumera taxativamente a tres: padres, tutores o persona encargada como sujetos de quienes no se puede ocultar un menor sin cometer el mencionado delito.

B.1 PADRE Y MADRE

Son quienes ejercen la patria potestad sobre los menores de edad, ya sea conjunta o separadamente, conjunta cuando son

casados o unidos de hecho y separadamente, cuando se ha disuelto el matrimonio o casado la unión de hecho o es madre soltera, de conformidad con el artículo 252 del código civil guatemalteco.

Con relación al tema de la separación y el divorcio, el mencionado código en su artículo 166 establece: (A quién se confían los hijos). Los padres podrán convenir a quien de ellos se confían los hijos; pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso cuidará de que los padres puedan relacionarse libremente con ellos."

B.2 EL TUTOR

El tutor es una figura jurídica que emerge como consecuencia de la ausencia del ejercicio de la patria potestad, esta puede darse ya sea porque no existan los padres, porque la hayan perdido por sentencia judicial o porque exista conflicto de intereses entre los padres y los hijos.

B.3 PERSONA ENCARGADA DE UN MENOR DE EDAD

A diferencia de la patria potestad y de la tutela que surge por mandato legal, la persona encargada de un menor, surge como consecuencia de la voluntad de los padres o de los tutores.

Esta persona encargada puede ser:

B.3.1 NIÑERA: a quienes los padres que ejercen la patria potestad o los tutores, se la encargan mientras trabajan, realizan alguna actividad o simplemente por no querer o no poder cuidar al menor. En ella delegan la responsabilidad de cuidarlo y la obligación de mostrárselos o entregárselos cuando ellos lo requieran. Es de hacer notar que esta actividad es por un período corto de tiempo, generalmente durante el día.

B.3.2 LOS DIRECTORES DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS O DE CUIDADO: Estas son personas encargadas de un menor de edad por voluntad de los padres para la educación de sus hijos como escuelas, colegios, etc., o simplemente para que los culden por un determinado tiempo como por ejemplo: guarderías, casa cuna, etc.

C. DE LAS MODALIDADES DEL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES CONTEMPLADOS EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO.

El código penal nuestro, enmarca cinco formas en que se puede hacer tipo la conducta del hechor del acto constitutivo de delito de sustracción, a saber:

- Sustracción propia**
- Sustracción impropia**
- Sustracción agravada**
- Inducción al abandono del hogar**
- Entrega indebida de un menor.**

Para el objeto de la presente investigación únicamente nos interesan los tres primeros, los dos primeros como preámbulo y el tercero como parte medular de este trabajo.

C.1 SUSTRACCION PROPIA

Artículo 209 código penal, "Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de estos, será sancionado con prisión de uno a tres años."

"La misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte."

"La pena a imponer será de seis meses a dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento."

Es de hacer notar, que aunque el título de este capítulo se refiere a los MENORES DE EDAD, dentro de este delito se contempla a los Incapaces, que aunque no determina la edad, es de suponer que se trata del Incapaz mayor de edad, por lo que lo correcto sería SUSTRACCION DE MENORES E INCAPACES.

C.1.1 BIEN JURIDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado en esta clase de delitos es la libertad y seguridad de las personas de relacionarse libremente con sus familiares o quien ejerza la patria potestad, la tutela o se encuentre encargado del mismo.

Como se anotó, la libertad de relacionarse con su familia, esta libertad es tanto del menor o incapaz como de quien ejerce la patria potestad, tutela o se encuentra encargado; también implica la libertad de locomoción, al ser retenido, porque en un momento dado, el menor de edad o incapaz no puede actuar libremente o encaminarse hacia donde desee.

Por otro lado esta la seguridad, esta seguridad implica la seguridad de la persona del menor de edad o incapaz, conlleva ello, la seguridad física, la seguridad de su integridad personal como la certeza de cubrir sus necesidades básicas.

C.1.2 SUJETO ACTIVO

El sujeto activo en esta clase de delito puede ser cualquier persona mayor de edad, hombre o mujer.

Dentro del sujeto activo también se incluyen el o los padres que hayan perdido la patria potestad, pues estarían sacando al menor de edad o incapaz, de la esfera del poder de quien legalmente lo tiene bajo su patria potestad, tutela o encargada de su guarda y educación.

C.1.3 SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo en esta clase de delito es doble:

- Por un lado esta el menor o incapaz quien es limitado en su derecho a relacionarse libremente con la persona que ejerce la patria potestad, la tutela o esta encargado de él.

El sujeto pasivo del menor de edad esta a su vez subdividido en tres clases:

- El menor de doce años de edad**
- El mayor de doce años de edad pero menor de dieciocho años que no da su consentimiento**
- El mayor de doce años de edad pero menor de dieciocho años que sí da su consentimiento.**

Debiéndose tomar en cuenta también, que otro de los sujetos pasivos es el mayor de edad cuando este es declarado incapaz.

Por otro lado, esta el otro sujeto pasivo que puede ser: los padres en conjunto, uno sólo de los padres, el tutor o el encargado quienes se ven limitados en su derecho de relacionarse libremente con el menor o incapaz

En otras palabras, el sujeto pasivo es el menor o incapaz que es sustraído o retenido y la persona de quien lo sustraen o retienen.

C.1.4 ELEMENTO INTERNO O PSIQUICO

Esta constituido por la voluntad de sustraer o retener a un niño menor de edad o a un incapaz de quien legalmente lo tiene bajo su poder (patria potestad, tutela o encargado).

C.1.5 ELEMENTO EXTERNO O MATERIAL

El elemento externo o material de este delito puede estar constituido por dos situaciones:

- La primera consiste en sustraer a un menor de edad o incapaz,**
- La segunda en retener a un menor de edad o incapaz.**

Respecto a la primera modalidad, la sustracción consiste en sacar al menor o incapaz de la esfera de quien tiene derecho sobre él. Esto implica trasladar u ocultar al menor o incapaz para que no se pueda relacionar libremente con el otro sujeto pasivo.

Lo anterior implica sacar al menor de su residencia con el propósito de que no se relacione con quien tiene la patria potestad o tutela; también se integra por sacar al menor de un centro educativo y sacarlo de la esfera de la persona encargada de su educación.

Con relación a lo segundo, consiste en retener, lo que implica un espacio de tiempo más o menos prologando, es decir limitar la libertad de locomoción del menor o incapaz, podría equipararse este factor a lo que es delito de secuestro, sin embargo su diferencia estriba en el elemento interno, que mientras en el delito de sustracción de menores es limitar el ejercicio de la patria potestad o tutela, en el secuestro la intención de obtener un beneficio económico.

C.1.6 MOMENTO DE CONSUMACION

Este delito se considera consumado en el momento que el menor o incapaz queda fuera de la patria potestad, tutela o guarda de quien lo tiene legalmente, ya sea porque sea sustraído o retenido.

Por lo tanto en este delito pueden existir dos clases de autores: uno, el que lo sustrae, es decir quien lo saca del lugar en donde se encuentra, la residencia, el centro de estudio, etc., y dos, el que lo retiene, o sea la persona en poder de quien queda el menor o incapaz después de haber sido sustraído.

SECRETARIA

C.1.7 CULPABILIDAD

Es un delito doloso, puesto que el autor al cometerlo lo hace con la voluntad o intención de sacar al menor de la esfera de quien legalmente tiene la patria potestad, tutela o guarda.

C.2 SUSTRACCION IMPROPIA

Artículo 210 código penal, "Quién hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años."

A diferencia con el delito de sustracción propia, en el cual, el menor de edad o incapaz es sustraído de la esfera de la patria potestad o tutela por un tercero cualquiera, ya sea mediante engaño o ardid, incluso puede ser a escondidas; en el DELITO DE SUSTRACCION IMPROPIA, el menor de edad es entregado voluntariamente y consciente del acto que están realizando, por el o los padres, o el tutor, a una persona para que haga cargo del mismo por un determinado periodo de tiempo, pero transcurrido ese lapso, la persona quien lo recibió se niega a presentarlo o entregarlo.

C.2.1 BIEN JURIDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado en el delito de sustracción impropia, al igual que en el delito de sustracción propia, es la LIBERTAD Y

SEGURIDAD del menor de edad de relacionarse con quienes ejercen la patria potestad o la tutela y, la libertad y seguridad de quienes ejercen la patria potestad o la tutela de relacionarse con el menor de edad sometido a su responsabilidad.

En lo referente a la seguridad se puede adicionar además, que implica también la certeza que debe de tener quien ejerce la patria potestad o tutela de que al entregar a un menor de edad a una persona o institución con un fin determinado, por su propia voluntad, por alguna necesidad o actividad determinada (que puede ser educación, cuidado, curación de alguna enfermedad, excursión, etc.), al concluir la actividad o encomienda el menor le será devuelto, o por lo menos dar una explicación satisfactoria y lógico de su negativa, puesto que puede ser que no pueda reintegrarse en el momento acordado por un sinnúmero de factores como podrían ser: el que aún no este completamente recuperado de alguna enfermedad, que el transporte de los excursionistas se haya averiado y retrasado en su llegada, que se hayan prolongado las clases, que un encuentro deportivo en el cual participa este pendiente de finalizar, etc., siendo estas son las explicaciones satisfactorias que permiten que dicha actitud no sea tipificada como un delito de sustracción impropia de menores o incapaces.

C.2.2 SUJETO ACTIVO

El sujeto activo en esta clase de delitos puede ser cualquier persona mayor de edad y civilmente capaz, pudiendo ser hombre o mujer, con la condición limitativa de que se encuentre como encargado de un menor de edad, de acuerdo a ello el sujeto activo puede ser:

- **El director de un centro de estudios, cuando el menor o incapaz le fue entregado con el objeto de que recibiera educación y al momento de terminar esta, el Director se negare a entregarlo y no diere explicación satisfactoria de su negativa.**
- **El administrador de un hospital, cuando el menor quedo bajo su guarda por alguna enfermedad y se negare a entregarlo o mostrarlo cuando fuere requerido.**
- **La niñera, cuando se le confia para que cuide al menor y al ser requerido este no lo entregare.**
- **Uno de los padres, cuando no ejerce la patria potestad, pero teniendo, de acuerdo al código civil⁸ derecho a relacionarse libremente con su hijo, no lo entregare en la forma, hora o lugar indicado para tal efecto. Generalmente cuando los padres se encuentran separados o divorciados, el juez fijará un día y hora cada cierto tiempo en que el padre o la madre**

que no tiene la patria potestad pueda relacionarse con sus hijos, vencido ese día u hora sin que el menor sea reintegrado a su hogar deja de ser un derecho para convertirse en un delito de sustracción impropia.

- **Cualquier otra persona a quien se le haya confiado un menor de edad por cualquier circunstancia.**

C.2.3 SUJETO PASIVO

- **el menor de edad**
- **los padres en conjunto o uno de ellos separadamente**
- **el tutor**

Nótase que en este delito no se protege al incapaz, por lo que no puede ser sujeto pasivo, porque dentro de su normativa se refiere únicamente al menor de edad, esto quiere decir que si a la persona (esta puede ser cualquiera de los sujetos activos enumerados anteriormente para este mismo delito) que le entregan o encargan un incapaz no lo presentare cuando sea requerido y no da una explicación satisfactoria de en donde se encuentra el incapaz no puede ser procesado por el delito de sustracción impropia puesto no hay pena si no hay una ley previamente establecido, y esta situación con relación al incapaz no esta establecida en la ley puesto que el

³ Ver artículos 166 y 167 del Código Civil, Decreto Ley 106.

delito regula "quien hallándose encargado de la persona de un menor". Podría ser que se omitió al incapaz por error, pero este error, al estar prohibida la analogía⁹ exime de toda responsabilidad al posible autor de un hecho como el tratado en este tema.

C.2.4 ELEMENTO INTERNO O PSIQUICO

El elemento interno o psicológico en este delito esta constituido por la voluntad de no presentar a un menor de edad a sus padres o tutores, así mismo la voluntad de no dar explicación satisfactoria de su desaparición.

La voluntad en este caso consiste en el deseo de que el niño quede fuera de la esfera de la potestad de los o del padre o tutor con la intención de que pierdan el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, si la voluntad o intención del autor es distinta entonces tendría que tipificarse otro delito, como por ejemplo secuestro o cualquier otro.

C.2.5 ELEMENTO EXTERNO O MATERIAL

Esta constituido por el hecho de no presentar al menor de edad, cuando se es requerido y no dar explicaciones satisfactorias de su desaparición. Este elemento material consiste en ocultar de los padres o tutores al menor de edad y no dar explicación satisfactoria

⁹ Ver artículo 7 del Código Penal, Decreto número 17-73.

de su ubicación. En ese sentido sino se presenta al menor de edad, pero si se explica que este no se encuentra por X o Y motivo (esta jugando, esta estudiando, fue al cine, etc.), siempre que esta explicación sea satisfactoria para quien o quienes ejercen la patria potestad o la tutela, en este caso, tal actitud no constituiría delito.

C.2.6 MOMENTO DE CONSUMACION

El delito se considera consumado desde el momento en que la persona a quien se le encargó el menor de edad no lo muestre a la persona quien tiene la patria potestad o tutela sin dar explicación satisfactoria de su paradero.

C.2.7 CULPABILIDAD

La comisión de este delito puede ser por dolo o culpa.

A. Es doloso cuando existe la voluntad de la persona encargada del menor de edad de no presentarlo a quien ejerce la patria potestad o tutela ni da explicación satisfactoria de su ausencia.¹⁰

En este caso existe el DOLO DIRECTO y DE PROPÓSITO,¹¹ pues se tiene la voluntad de ejecutar el acto y de obtener los resultados previstos lo que puede ser planificado con anterioridad.

¹⁰ Ver artículo 11 del Código Penal. Decreto Número 17-73.

¹¹ De León Velasco, Héctor Anibal y José Francisco De Mata Vela, Curso de Derecho Penal Guatemalteco, Pags. 172 y 173.

B. Es culposo cuando no existe la intención de cometer el delito pero por imprudencia, negligencia o impericia se comete, en este caso no se pretende ocultar al menor de edad, pero por descuido el menor se extravió y no se sabe en donde se encuentra, dando lógicamente la explicación correspondiente.¹²

G.3 SUSTRACCION AGRAVADA

Artículo 211 código penal, “En caso de desaparición del sustraído, si los responsables no probaren el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción, serán sancionados con prisión de seis a doce años. Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada, la pena se reducirá en la forma que corresponde, mediante recurso de revisión.”

Efectuar un análisis de este agravamiento de los delitos de sustracción propia y de sustracción impropia, es bastante complejo porque su redacción permite más de una interpretación, por lo que a criterio del investigador, podría cometerse el error de aplicarse en forma distinta de su espíritu, es por ello que a continuación se hace un análisis del mismo, dejando en uno de ellos la postura nuestra, que es la base de la presente investigación.

¹² Ver artículo 12 del Código Penal, Decreto número 17-73.

En primer plano, el código penal al establecer en el artículo 211 "los responsables", no especifica que clase de "responsables", ya que estos podrían ser de diferente acepción.

Por un lado estarían los "responsables" del menor de edad o incapaz, que podrían ser los padres en su conjunto o sólo uno de ellos, (el que ejerza la patria potestad), también podría ser el tutor y por último el encargado a quien se le confió el menor de edad (director de centro educativo, niñera, etc.).

Por otro lado los "responsables" podrían referirse a los autores (básicamente, aunque también podría referirse a cómplices o encubridores), del delito de sustracción propia y/o del delito de sustracción impropia.

Nuestro criterio es que se refiere a los "responsables" de la comisión del delito, autores, cómplices, encubridores. Sin embargo, para evitar esta ambigüedad en la ley, se considera aconsejable reformar el código penal en su artículo 211 el cual en su parte conducente motivo de la ambigüedad debería decir "a los responsables del delito...", o bien "a los responsables del menor de edad o incapaz..."

El agravamiento de estos delitos puede darse por las siguientes circunstancias:

- "No probar el paradero de la víctima", quiere decir que la víctima desapareció permanentemente.

- **“No probar... Que su muerte... se debió a causas ajenas a la sustracción”,**
- **“No probar... Que su desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción”**

En el análisis del primer supuesto del artículo en referencia se puede establecer que de acuerdo a lo que se desprende de la lectura del mismo, los delitos de sustracción propia y de sustracción impropia, son delitos en los cuales lo que se castiga es el ocultar, sustraer o no presentar a un menor de edad o un incapaz (este último solamente en el delito de sustracción propia por lo ya anotado) y no dar una explicación satisfactoria de en donde se encuentra, pero su duración debe de ser un período de tiempo no muy prolongado, actitud que al final debe de cambiar pues hay que presentar o entregar, o explicar, etc. lo relativo al menor o incapaz, puesto que sino aparece o no se prueba su paradero de forma permanente, el delito se agrava y se sanciona conforme lo establece el artículo 211 del código penal guatemalteco.

De conformidad con ello, dependiendo del tiempo que el sustraído quede fuera de la esfera de quien tiene la representación legal así será la pena, porque si es un tiempo más o menos corto la pena corresponde a la sustracción propia o impropia respectivamente, pero si se prolonga en el tiempo la pena es por el delito agravado y si

posteriormente el sustraído aparece se rebajará la pena por medio de un recurso de revisión.

El segundo supuesto se refiere a la muerte del sustraído, esto implica que cuando el sujeto pasivo (menor de edad o incapaz, puesto que la agravante se menciona en forma genérica al sustraído), fallece, la pena a imponer es mayor, no se hace referencia al concurso de delitos en este caso, puesto que la pena esta establecida conforme la intención del sujeto activo, que como quedo escrito, es sacar de la esfera de quien ejerce la patria potestad o tutela de un menor de edad o incapaz y no la eliminación física de la víctima, porque en ese caso, dependiendo del móvil y de las circunstancias podría ser otro delito totalmente diferente, a saber: homicidio, asesinato, parricidio, infanticidio, etc. Ahora bien, aún falleciendo la víctima, si esta muerte no se dio como consecuencia de la sustracción sino por una actitud totalmente diferente, la que podría ser caso fortuito, una tercera persona, enfermedad (siempre que se le haya brinda la asistencia necesaria para tratar de evitar su muerte), etc., la pena a imponer no es la del delito en su forma agravada sino en su forma simple; lo curioso aquí es que le corresponde al sindicado o acusado probar su inocencia y no al acusador probar su culpabilidad.

El tercer supuesto "No probar... Que su desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción", merece el mismo comentario en lo que se refiere a la palabra "probar", puesto que no es el acusado

quien debe "probar su inocencia" sino el que acusa es el obligado a probar la culpabilidad.

Este tercer supuesto tiene relación con el primero, en el sentido que si no se puede probar el "paradero" es porque esta "desaparecido".

C.3.1 BIEN JURIDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado, es el mismo que los dos delitos anteriores, solo que este artículo agrava la pena por condiciones distintas, por lo que el bien jurídico tutelado incluye además la esperanza de asegurar, después de cometido el hecho delictivo que la persona del sustraído aparezca; también podría considerarse de manera extensiva, que el bien jurídico tutelado es la vida del sustraído, puesto que si muere la pena a imponer es mayor.

C.3.2 SUJETO ACTIVO

Puede ser cualquiera, hombre o mujer mayores de edad, civilmente capaces.

C.3.3 SUJETO PASIVO

El menor de edad o incapaz sustraído, los padres o el padre que ejerce la patria potestad, el encargado.

C.3.4 ELEMENTO INTERNO O PSIQUICO

El elemento interno en el agravamiento de los delitos de sustracción propia e impropia puede ser bastante complejo, puesto que implica analizar cual fue la intención del autor al sustraer u ocultar a la víctima, así podría ser

- **La intención de no probar el paradero de la víctima o bien de desaparecería de la esfera de quien legalmente tiene la patria potestad o la tutela, esta desaparición debe de ser permanente.**
- **En lo que se refiere a la muerte de la víctima, el elemento interno nunca puede ser el deseo de terminar con la vida de esta, puesto que si así fuera, implicase la intención de cometer otro delito, como por ejemplo; homicidio, asesinato, infanticidio..., por lo que el elemento interno aún cuando la víctima falleciera sería siempre la intención de sacar de la esfera de quien legalmente tiene la tutela o patria potestad al menor de edad o incapaz.**

C.3.5 ELEMENTO EXTERNO O MATERIAL

Este será siempre el acto de sacar a un menor de edad o incapaz de la esfera de quien tiene legalmente la patria potestad o tutela en forma permanente.

C.3.6 MOMENTO DE CONSUMACION

La agravante del delito se considera consumado en el momento en que el menor de edad o el incapaz no probando su paradero, cuando muere la víctima o desaparece la misma. Debe de considerarse que estos tres supuestos deben de ser de forma permanente, que de lo contrario la agravante no se podría aplicar; por supuesto que en lo que a la muerte de la víctima se refiere no hay problema, porque la muerte es permanente, el problema estriba cuando la agravante se aplica cuando la víctima desaparece, porque este fue aplicado considerando la permanencia del acto, pero si vuelve a aparecer o se prueba su paradero, (aunque la ley no lo establece explícitamente, es de suponer que al probar el paradero la víctima aparecerá), no se consuma el agravante sino únicamente se consuma en su forma simple.

C.3.7 CULPABILIDAD

Este en principio es una agravante del delito en forma dolosa, puesto que para que sea por culpa probando el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción, es decir a causas ajenas a la voluntad del autor, pierde la calidad de agravante, para convertirse en un delito en su forma simple.

D. EL CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD (DECRETO 78-96 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA) Y EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES

Se considera necesario hacer un análisis sobre este código, a pesar de que a la fecha de elaboración del presente trabajo de investigación el mencionado código se encuentra suspendida su entrada en vigencia, esto es, porque dentro de su contenido y forma de redacción se encuentran regulados algunos aspectos que dan motivo a interpretaciones diversas o erróneas, ya que el mismo regula aspectos relacionados con el tema objeto de investigación, por lo que en la parte que nos corresponde realizamos el presente análisis.

El artículo 2 del Código de la Niñez y la Juventud establece: "Se considera niño o niña, para los efectos de esta ley, a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y joven a toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad."

La sección IV, del título III, libro I, que esta contenida por un solo artículo, el 52, tiene como título: "DERECHO A LA PROTECCION CONTRA EL TRAFICO ILEGAL, SUSTRACCIÓN, SECUESTRO Y VENTA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y JOVENES", estableciendo: Artículo 52: "Los niños, niñas y jóvenes tienen derecho a la protección contra el secuestro, tráfico y venta para

cualquier fin o en cualquier forma. El Estado deberá desarrollar todas las actividades y estrategias adecuadas para impedir estas acciones.”

Es de analizar, que aunque el título (grande por cierto), menciona LA SUSTRACCION, dentro del contenido del artículo 52 transcrito, sólo menciona derecho contra el secuestro, tráfico y venta.

Las literales e) y o), del artículo 17 transitorio determinan: “ARTICULO 17. En tanto no sea aprobado el nuevo código penal, se tipifican los siguientes ilícitos penales y administrativos, los cuales necesariamente deberán contener las siguientes disposiciones: a)... b)... e) Desaparición Forzada. Se impondrá prisión de diez a treinta años, al funcionario, empleado público o miembro de una empresa de seguridad privada, que detuviere legal o ilegalmente a un niño, niña o joven, y no diera razones sobre su paradero o no determine ubicación del niño, niña o joven, ...”

“Si resultare la muerte del niño, niña o joven la muerte se aumentará en un tercio.”

“en caso que el autor, cómplice o instigador proporcione informaciones suficientes que conduzcan a la aparición con vida de la víctima se impondrá prisión de tres a diez años, para aquellos que proporcionen dicha información...”

... o) Caso especial de sustracción. Se aumentará el doble de la pena, en los casos comprendidos en los artículos 209, 210, 211 y 213 del código penal y sus reformas, la sustracción o entrega indebida de un niño, niña o joven con fines de venta o para realizar cualquier otra actividad de carácter lucrativo.³

ANÁLISIS:

El artículo 2 establece que se debe considerar por menor de edad, a los cuales divide en dos categorías:

1. Desde la concepción hasta los doce años de edad cumplidos.
(niño, niña)
2. Desde los doce años, hasta los dieciocho años. (Jóvenes).

El artículo 17 transitorio establece en la literal e) el delito de Desaparición Forzada de un menor de edad, y en la literal o) un agravamiento a los delitos establecidos en el código penal con relación al tema.

Lo complicado de esta regulación es lo siguiente:

Al establecer en el artículo dos que para efectos de esta ley se considera El artículo 17 literal e) establece un delito nuevo como lo es la desaparición como niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y en esta ley regula los delitos

de sustracción de menores en las modalidades establecidas en el código penal más una agravación, les da categoría de persona a los no nacidos, por lo que la complicación se da en los casos de las técnicas modernas de reproducción asistida, principalmente, utilizando la técnica de Inseminación artificial Indirecta o In vitro 8/, cuando la concepción se realiza en tubos de ensayo en un laboratorio y luego de realizada ésta, el producto de la concepción es implantado en el útero materno. 8/. Será que un preembrión, embrión o feto, (categorías que se le da a los no nacidos, dependiendo del tiempo de gestación),¹³ pueden ser sujetos pasivos del delito de sustracción de menores o desaparición forzada. La pregunta cabe porque, estos también pueden ser objeto de sustracción (físicamente hablando), o de ser escondidos o vendidos, puesto que se encuentran en un lugar (Tubos de laboratorio), en donde pueden ser apropiados. Podría darse el caso que alguien oculte, se robe o venda un tubo de laboratorio (probeta) que contiene un preembrión, pero ¿es esto delito de sustracción de menores o de desaparición forzada?

En relación al artículo 17 transitorio, literales e) y o), cabe mencionar que son una nueva modalidad de las establecidas en el código penal, sin embargo, la literal o) agrava aún más el agravante

¹³ EL RIESGO SOCIAL EN LOS PROCESOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL Y MANIPULACION GENETICA. Tesis de grado del Lic. Jorge Eduardo Aragón Orellana. 1998.

establecido en el artículo 211 del código penal, imponiendo el doble de la pena. ¿Se puede agravar lo ya agravado?.

Por otro lado, la literal o) del artículo 17 transitorio del código de la niñez y la juventud viene a cambiar el bien jurídico tutelado de los delitos contemplado en los artículos 209, 210 y 211 del código penal, pues en estos el bien jurídico tutelado es la libertad y seguridad de los menores de edad, principalmente el derecho a relacionarse libremente con su familia, sin embargo el Decreto 78-96 tutela la libertad del niño y tiene como elemento material el deseo de lucro o de obtener algún precio o recompensa, lo que es propio del delito de secuestro.

CAPITULO III

LA INOCENCIA

A. LA INOCENCIA

A.1 DEFINICION

"Es el estado del alma limpia de culpa... Es la exención de toda culpa de un delito o en una mala acción."¹⁴

Por inocencia debe entenderse, de acuerdo a la definición anterior como: la libertad o solvencia moral o jurídica que tiene una persona por encontrarse libre de culpa o de responsabilidad en el acaecimiento de un hecho que perjudica o daña a una persona en particular o a la sociedad en general y que en determinado momento puede tener consecuencias morales, sociales o jurídicas.

A.2 CLASES DE INOCENCIA

A.2.1 INOCENCIA SUSTANCIAL

Es el estado subjetivo en el cual se encuentran las personas que encuadran su conducta en los preceptos legales que la regulan. Esto quiere decir que al hablar de estado subjetivo, es el estado emocional o mental en que se encuentra o coloca la persona libre de

toda culpa, es ella misma la que se cree, sabe o considera inocente, es un sentimiento externo.

A.2.2 INOCENCIA PRESUNTA

Es una situación externa, los demás miembros de la sociedad son quienes están obligados a considerar inocente a una persona hasta que no se le considere lo contrario. Esta situación esta regulada en el artículo 14 de la Constitución política de la República de Guatemala, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del código procesal penal decreto 52-92 del Congreso de la República.

A.2.3 INOCENCIA FORMAL

"Se establece mediante la declaración de inculpabilidad por quien corresponde."¹⁴

De acuerdo a ello, la inocencia formal es la declaración que hace un órgano jurisdiccional competente de la no participación o culpabilidad de una persona sometida a un proceso.

La inocencia formal es la declaración judicial por medio de la cual se declara inocente a una persona sometida a un proceso.

¹⁴ Florian, Eugenio. ELEMENTOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL. España. 1937.

¹⁵ Idem. Pag. 329.

B. PRINCIPIO DE INOCENCIA

B.1 DEFINICION

Al referimos al "principio de inocencia", se establece la idea de una relación jurídica procesal, es decir, cuando una persona esta sometida o por someterse a un proceso legal.

Este principio procesal, establecido en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 14 de la Constitución política de la República de Guatemala, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del código procesal penal decreto 52-82), determina que hasta que no exista una sentencia firme, emitida por el tribunal correspondiente, por medio de la cual se declara culpable a una persona de la comisión de un hecho ilícito, esta persona debe ser considerada inocente. Es decir desde el inicio de un proceso hasta llegar a la fase de dictar sentencia, el sometido a proceso se debe considerar inocente.

B.2 TEORIAS

B.2.1 QUE SOSTIENE LA PRESUNCION DE INOCENCIA

Esta teoría es asumida por la Ciencia del Derecho Penal y sostiene que: "el imputado de un ilícito penal tiene derecho a



que se le presuma inocente hasta que se le establezca su culpabilidad mediante la sentencia condenatoria del mismo¹⁶

B.2.2 QUE SOSTIENE LA PRESUNCION DE CULPABILIDAD

“Autores como Garófalo, Ferri, Mortara y Manzini, contrario a la presunción de inocencia abogan por la de culpabilidad, y según informa Manuel Ossorio y Florit, se muestran favorables al mantenimiento de la presunción de culpabilidad; pues les parece incongruente encausar penalmente a una persona si se le presume inocente, cuando precisamente es encausada porque se le presume culpable.”¹⁷

B.2.3 TEORIA DEL ESTADO DE INOCENCIA

Esta teoría determina que durante el trámite del proceso no se debe de inclinar ni a favor (teoría de la inocencia) ni en contra del acusado (teoría de la culpabilidad) y para tal efecto señala que la inocencia no es un principio sino un estado, puesto que una persona es inocente mientras no se le haya declarado culpable por una sentencia firme, emitida por un órgano competente.

¹⁶ ANALISIS JURIDICO DE LA INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN LAS REFORMAS AL ARTICULO 264 DEL CODIGO PROCESAL PENAL. Tesis de Grado USAC. 1997.

¹⁷ Idem. Pag. 45.

B.2.4 TEORIA QUE SIGUE NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

En nuestro ordenamiento existe una orientación avanzada en este aspecto ya que la Constitución Política de Guatemala, arguye en la primera parte de su artículo catorce, que la persona es inocente, sobrepasando las doctrinas de la presunción de inocencia y la del estado de inocente en virtud que, según nuestra ley, la persona es inocente como calidad nata de su ser y no por que se deba declarar o investir en dicho estado previo a ser sometido a un proceso.

Puede interpretarse que el estado de inocencia y el concepto encontrado en nuestra carta magna exista semejanza de carácter semántico, pero la extensión de nuestra ley permite a la persona encontrarse investida de la calidad de inocente como un derecho y no una situación que dependa de una visión del juzgador; además hay que reflexionar sobre el hecho que el epígrafe del artículo 14 de la Constitución Política de Guatemala no tiene ningún valor interpretativo, sino que su esencia se encuentra en el enunciado de marras, al indicar que la persona ES inocente, no dejando lugar a duda con respecto a la calidad que la ley le otorga a toda persona.

B.3 CARACTERISTICAS DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

B.3.1 ES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

Esto debido a que la ley manda que debe de observarse el principio de inocencia en la tramitación de un proceso penal.

De tal manera que de forma imperativa, debemos someternos a este principio de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y artículo 14 del código procesal penal.

B.3.2 SOLO CAMBIA POR DECLARACION JUDICIAL

La inocencia de una persona sometida a proceso penal, únicamente puede ser cambiada cuando exista sentencia firme dictada por autoridad competente. Mientras se tramita un proceso, el imputado se considera inocente, cuanto termina, si se le condena, entonces es considerado culpable.

B.3.3 EL PRINCIPIO DE INOCENCIA ES UN PRINCIPIO PROCESAL

Este principio opera únicamente en los casos en que la persona es sometida a un proceso penal, y se considera que opera con el propósito de no inclinar al juzgador a emitir una sentencia condenatoria, otorgándole todos los elementos necesarios para desvirtuar las pruebas en su contra. Sin embargo es de hacer mención, que mientras para los tribunales el imputado debe de ser

considerado inocente, para el Ministerio Público el imputado es considerado culpable, puesto que inicia contra él, persecución penal al considerar que tiene participación en un hecho tipificado como delito.

B.3.4 ES UN PRINCIPIO TRANSITORIO

De acuerdo al principio anterior, porque sólo en un procedimiento penal opera este principio, al terminar el proceso termina el principio de inocencia y dependiendo de la sentencia puede pasar a ser considerado culpable o inocente.

B.4 NATURALEZA JURÍDICA

De acuerdo a lo establecido anteriormente sobre este principio, podemos establecer que su naturaleza jurídica consiste en una garantía jurídica de carácter temporal que brinda protección a una persona que es sometida a un proceso penal.

C. GARANTIAS JURIDICAS DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

En este apartado se hace una síntesis de los principales fundamentos jurídicos que obligan a los órganos jurisdiccionales competentes a aplicar el principio de inocencia cuando una persona está sometida a persecución penal por la supuesta comisión de un hecho o acto delictivo.

C.1 CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES

C.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 11, inciso 1, "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, en juicio público, en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa."

C.1.2 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 8: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."

C.2 LEGISLACION INTERNA

C.2.1 Constitución Política de la República de Guatemala

Artículo 14 primer párrafo: "Presunción de Inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada."

C.2.2 Código Procesal Penal, Decreto 52-92 del Congreso de la República.

Artículo 14, primer párrafo: "Tratamiento como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección."

Como se observa, tanto la legislación Internacional (Tratados y Convenios), como la legislación interna, son congruentes con el principio de inocencia estableciendo que el procesado o quien es sometido a un proceso penal debe de ser considerado inocente hasta que no se le pruebe lo contrario en un proceso y sea declarado culpable.

Como consecuencia del principio de inocencia, tanto la Constitución política nuestra como el código procesal penal, establecen lineamientos o procedimientos básicos a los que debe someterse una persona que se sospecha cometió un delito, es así como dentro de estos instrumentos jurídicos encontramos los principios de legalidad, del debido proceso, derecho de defensa, publicidad, igualdad ante la ley, principio de contradicción, prohibición de declarar contra si mismo, etc.

CAPITULO IV

LA VIOLACION DEL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO PENAL (DELITO DE SUSTRACCION AGRAVADA).

Como principio general del proceso y como una garantía constitucional el inculpado de un acto tipificado como delito, previamente deben darse algunos aspectos condicionantes o predeterminados para concluir en una sanción jurídica, que en el caso del derecho penal lógicamente será la imposición de una pena.

Es así como previo a la imposición de una pena, debe crearse una figura delictiva (fuente formal del derecho), debe existir un bien jurídico que se pretende proteger (que es una fuente real del derecho), debe violarse la norma (comisión del delito) y por último someter al presunto responsable a un proceso legal hasta demostrar fehacientemente su culpabilidad.

En esta última fase, cuando ya se inicia proceso penal por la supuesta comisión y participación en un hecho que se presume delictuoso, el procesado debe gozar aún de todas las garantías y derechos que la constitución y leyes ordinarias (en este caso el código penal y procesal penal) le confieren, hasta ser encontrado culpable.

En el tema objeto de estudio, a nuestro criterio, éstas garantías y derechos constitucionales y procesales, son violados por el artículo 211 del código penal, el cual es objeto de análisis en el presente capítulo.

Para el consiente entendimiento del contenido el artículo de marras, habrá que exponer con brevedad los verbos rectores del mismo para tener una visión mas o menos amplia de qué quiere dar a entender su contenido, a saber:

- RESPONSABLE

El diccionario Larousse define esta palabra como: "Que debe responder, rendir cuenta de sus actos o de los otros... 3. Culpable de algo."¹²

Referente a este concepto, es necesario analizarlo desde dos aspectos:

- 1. Al definir el código penal a "... si los responsables...", ya esta considerando a las personas sometidas al proceso como culpables de un hecho delictivo y de antemano esta condicionando al juzgador a imponer la respectiva pena. Situación ésta, que es incongruente con el principio de inocencia establecido en: artículo 14 de Constitución política de la República de Guatemala, artículo 14 del código procesal penal, ocho de la Convención Americana de**

Derechos Humanos y 11 numeral 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por lo que se considera aconsejable cambiar la palabra "responsables" por "sindicados".

- 2. Otro aspecto a considerar es que la agravación del delito de sustracción de menores (propia e impropia), únicamente puede ser aplicada cuando el delito es cometido por más de una persona, puesto que al referirse a "si los responsables", se esta hablando en plural, entonces si una sola persona comete el delito de sustracción en cualquiera de sus modalidades, aunque no aparezca la víctima o ésta muere, da lugar a interponer una serie de recursos que si bien tendrán un asidero de carácter legal, sí lo tienen de carácter semántico, además hay que hacer notar que la comisión de un hecho delictivo, tiene como consecuencia una responsabilidad de carácter personalísima.**

En este caso es necesario ser enfático en el sentido que, la responsabilidad a que hace referencia el artículo 211 del código penal, se refiere a la existencia de la comisión de un delito previo, siendo este la sustracción propia, como requisito sine qua non para el encausamiento por el delito de marras. Recordemos que no puede cometerse un delito de sustracción agravada, si previamente existió

¹⁴ Diccionario El pequeño Larousse. 1995.

el consentimiento del sujeto pasivo del delito, el padre, tutor, encargado, etcétera, al momento de la entrega del menor.

¿Existirá pues el delito de sustracción agravada si existe el consentimiento del encargado el menor o incapaz? En este caso la respuesta es negativa, en virtud que la comisión del mismo solamente se requiere a la responsabilidad por el delito de sustracción impropia que no puede ser agravado por figura jurídica alguna, sino por el contrario se desvirtuaría la misma ya sería incurrir en una figura penal por analogía.

-PROBAR

Manuel Ossorio define la palabra prueba como "un conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas."¹¹

Es necesario que dentro de un contexto procesal donde existan todas las garantías y prebendas mínimas, sea obligatorio un marco bien establecido donde se haga énfasis en la prueba como el medio idóneo para afirmar o contradecir lo dicho por la otra parte.

La prueba no se circunscribe a un grupo de actuaciones sino mas bien a medio, formas, objetos, etc., que permitan al juzgador

convencerse de las distintas pretensiones de cada una de las partes del proceso. De ese modo el juzgador tiene la oportunidad de basar su decisión en hechos concretos que tiene existencia definida y no solamente las aseveraciones de las partes o hechos notorios que existen y son de conocimiento genérico.

Merced de lo anterior la carga probatoria debe ser un requisito necesario para cada una de las partes ya que la posibilidad de probar debe ser de ambas y no monopolizada por una de ellas.

El artículo 126 del código procesal civil y mercantil establece: "(Carga de la prueba). Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión..."

Dentro del marco civil, la carga de la prueba esta compartida ya que cada una de las partes debe probar sus aseveraciones, no siendo así en el procedimiento penal ya que existen un órgano obligado y especializado en constituirse en perseguidor dentro del mismo, en virtud del principio de objetividad contenido en el artículo 181 del Código Procesal Penal.

La prueba dentro del proceso penal es diametralmente distinta a la civil, ya que en la primera se deja a las partes la obligación de probar sus afirmaciones y valerse per sé de los medios a su alcance para fortalecer sus afirmaciones, no así en el proceso penal donde la

¹⁹ Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, pag. 449.

carga probatoria esta encargada a una sola de las partes, en un principio puede ser el Ministerio Público como ente encargado de la persecución penal, ya que por un medio alterno como la CONVERSION,²⁰ dicha situación puede variar.

De acuerdo a lo indicado con anterioridad, al implicado en un hecho delictivo se le debe iniciar, por parte del órgano acusador, los procedimientos previos y acumulación de una serie de objetos del delito para poder presentar a la persona infractora al órgano de justicia y de ello resulta la sanción debida para ésta, en caso le sea probada la imputación.

Por el contrario en el artículo 211 del Código Penal, la carga probatoria esta invertida, ya que la ley de plano no obliga al órgano especializado en la persecución penal a acumular los medios probatorios necesarios para que el encausado sea condenado, y esto es evidente y gráfico dentro del mismo enuciado del artículo de marras *"... si los responsables no probaron el paradero de la víctima ..."*, (la cursiva es mía) en que la carga probatoria es trasladada a cargo del sujeto activo del delito y la releva del sujeto procesal especializado atentando contra el principio acusatorio.

Si probar es tratar de convencer al juez, con los medios que contamos, de emitir un fallo favorable a nuestra pretensión, le corresponde a la persona o institución que tiene la pretensión de una

²⁰ Véase artículo 26 del Código Procesal Penal.

sanción, probar que a quien sindicán es el responsable del delito cometido, y no al acusado probar su inocencia, pues no es él quien inicia el proceso diciendo que es inocente, sino que es el Ministerio Público quien lo inicia sindicándolo de un hecho delictuoso, situación que debe probar al Tribunal de sentencia para lograr una condena.

El desconocimiento del paradero de la víctima así como la muerte de la misma son los condicionantes para que se enmarque y agrave la figura jurídica de la sustracción propia, es evidente que el resultado del delito de sustracción propia es de efecto inmediato, no así el delito de sustracción agravada ya que debe existir una circunstancia constante o de efectos permanentes como lo es la desaparición del menor o incapaz y el evidente peligro en que éste puede estar o de efecto definitivo como la muerte de la víctima, (en cuyo caso se hablará de otro delito), hay que notar en este caso que la muerte debe ser una consecuencia no deseada por el infractor del delito de sustracción agravada ya que si la finalidad de éste era de quitarle la vida al menor o incapaz incurriría en otra figura delictiva y no en el de sustracción, a saber, homicidio preterintencional, parricidio, etc., dando como resultado la existencia de la sustracción como medio necesario para consumir un fin distinto, produciéndose así, únicamente, un concurso de delitos.

La finalidad esencial de la sustracción es de alejar al menor o incapaz del mando o sujeción hacia los padres o quienes los tengan

con derecho establecido y no perseguir la muerte o desaparición del menor.

Todo lo anterior se refiere a la fase dentro del proceso, pero ¿que sucede cuando el proceso concluyó y existe una sentencia condenatoria?, por ello es meritorio que se haga una breve relación del procedimiento de revisión de los procesos, lo que a continuación exponemos.

-REVISION.

Recurso de revisión.

El recurso de revisión esta debidamente establecido en el código Procesal Penal en sus artículos del 453 al 463 incluso; la motivación de este recurso es la existencia previa de una sentencia condenatoria por algún delito y que permita la oportunidad por parte del órgano jurisdiccional competente, la Corte Suprema de Justicia, de revisar el procedimiento a que fué sometida una persona y que amerite su reapertura para que atendiendo a eventos o circunstancias que en el momento de diligenciamiento del debido proceso no se encontraron o no pudieron ser aportadas por distintas razones o en todo caso por omisiones procedimentales no se dió cumplimiento al principio del debido proceso. El artículo 211 objeto de estudio, hace referencia a este recurso que tiene un matiz de carácter extraordinario que permite al condenado recuperar el bien jurídico que le fuera limitado

por virtud de la sentencia emitida, sea en su peculio o en su libertad ambulatoria.

Es evidente que dada las circunstancias y la propia redacción del artículo objeto de análisis, el legislador previó la posibilidad de incurrir en una arbitrariedad, sea por que el condenado no tenía posibilidad de probar el paradero del sustraído o la muerte del mismo se debió a un evento necesario como por ejemplo una enfermedad terminal que al tiempo del proceso no era conocida por la ciencia, pero de algún modo hay que recalcar en el hecho que el recurso de revisión en este caso procuraba evitar esa posible arbitrariedad y de hecho el legislador cometió el error de incurrir en una arbitrariedad mas grande ya que convirtió en condenado al posible infractor de una sola vez al encuadrar su actitud dentro de la figura agravada en el código penal. Siempre con relación al recurso de revisión contenido en este artículo es criterio del sustentante que no sea incluido en el texto del mismo en virtud que la figura de este recurso es de carácter general para todos aquellos casos en que sea meritorio aplicarlo y no exclusivamente en los casos en que expresamente se indique en la ley, todo esto para poder concordar el derecho sustantivo contenido en el código penal con el derecho adjetivo vigente, especialmente con respecto de los principios procesales "Indubio pro reo", y el de "Igualdad en el proceso".

Considera el sustentante que en virtud de los razonamientos expresados con anterioridad, así como los fundamentos legales que son los bastiones de la existencia de un proceso penal acusatorio fundados en la sana crítica como forma idónea de valorar la prueba y siendo esta última la forma legal y debida de convencer al juzgador de las aseveraciones de cada una de las partes y por ende que la obligación probatoria pertenece a quien inculpa no queda mas que acotar en que el artículo 211 tantas veces citado, contradice en su esencia el principio de inocencia al invertir la carga probatoria dentro del marco procesal acusatorio que rige en nuestro país y por último violentando el debido proceso como un principio base y garantía dentro de un estado de derecho.

Por lo anteriormente analizado, se considera conveniente reformar el artículo 211 del código penal, el cual a criterio del sustentante debe quedar así:

"Artículo 211. (Sustracción Agravada). En caso de desaparición del sustraído, si se prueba que la desaparición de la víctima se dió como consecuencia de la participación activa o pasiva del sustractor, éste será sancionado con seis a doce años de prisión.

Si a consecuencia de la sustracción se produce la muerte de la víctima la pena se aumentara en una tercera parte.

Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada, la pena se reducirá en una tercera parte."

CONCLUSIONES

- 1. El principio de inocencia es un principio procesal, por medio del cual se protege a la persona acusada de la comisión de un hecho delictivo, hasta que no se le pruebe lo contrario a través de un debido proceso y por sentencia debidamente ejecutoriada.**
- 2. El artículo 211 del código penal (sustracción agravada), viola preceptos internacionales y nacionales al presumir culpable a una persona sino prueba lo contrario, trasladando la probanza al imputado en abierta contravención al principio acusatorio.**
- 3. En el artículo objeto de análisis se invierte la carga de la prueba al pretender dentro de su redacción, que sea el imputado quien pruebe su inocencia.**
- 4. Ninguna norma penal, puede crear situaciones en donde las obligaciones probatorias van encaminadas a probar la no culpabilidad del acusado, porque con ella se viola el principio de inocencia y se da margen a la aplicación de penas injustas que violan los derechos humanos.**

- 5. Es obligación del Acusador, a través de una correcta y eficiente investigación en la búsqueda de la verdad histórica, encontrar los elementos probatorios de convicción que el acusado es el culpable de la comisión de un hecho delictivo.**

 - 6. La constitución política de la República de Guatemala, los tratados y convenios internacionales, aceptados, suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala, así como el código penal toman dentro de su contenido el principio de inocencia, sin embargo, el artículo 211 del código penal sustenta la teoría de presunción de culpabilidad, por lo que es necesario su reforma y que con ella este congruente con todas las demás disposiciones jurídicas aplicables en nuestro país.**

 - 7. Se concluye en que no es necesario incluir dentro de la redacción del artículo 211 del código penal la figura del recurso de revisión ya que es genérica y se puede dar en todos aquellos casos en que así lo amerite.**
-

RECOMENDACION

En base a que el tema central de la presente investigación consiste en que el artículo 211 del código penal viola el principio Constitucional DE INOCENCIA, el cual es congruente con el código procesal penal, se considera recomendable la reforma del mencionado artículo en sus partes violatorias, quedando su redacción congruente con lo que establece la Constitución y demás instrumentos jurídicos referentes al principio de inocencia y el debido proceso. Restaurando, por ende, la obligación de la carga probatoria por el órgano acusador legalmente preestablecido para mantener así un procedimiento penal acusatorio enmarcado dentro de las garantías mínimas a las personas sometidas a procesos penales y por último resguardando el estado de derecho en que debemos vivir.

Como último aporte de este trabajo es la posible redacción del artículo 211 del código penal así:

"Artículo 211. (Sustracción Agravada). En caso de desaparición del sustraído, si se prueba que la desaparición activa o pasiva del sustractor, éste será sancionado con seis a doce años de prisión.

Si a consecuencia de la sustracción se produce la muerte de la víctima la pena se aumentará en una tercera parte.

Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada, la pena se reducirá en una tercera parte."

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

1. **Albeño Ovando, Gladys Yolanda. DERECHO PROCESAL PENAL. Implantacion del Juicio Oral al Proceso Penal Guatemalteco. Editorial Lierena S.A. 1994.**
2. **Aguirre Godoy, Mario. DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I, Centro Editorial Vile, Guatemala, 1990.**
3. **Alcala, Zamora y Castillo, Niceto. DERECHO PROCESAL PENAL. Tom I, Editores Guillermo Kraft. Buenos Aires, Argentina 1945.**
4. **Blinder Barrizza, Alberto. PROCESO PENAL. Programa para el Mejoramiento de la Administracion de la Justicia. Ilanud, Forcap, San Jose de Costa Rica 1991.**
5. **Zenteno Barillas, Julio Cesar. INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOSm Unstittuto de Investigaciones Juridicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986.**
6. **Puig Peña, Federico, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. Tomos I y IV. Cuarta Edición, Pamplona, España 1974**
7. **Vargas de Ortiz, Ana Maria. LOS TRIBUNALES DE FAMILIA EN Guatemala. Guatemala, Tipografia Nacional 1975.**
8. **Sub-Comision Regional, Comision Pro Convencion sobre los Derechos de la Niñez PRODEN. ENTRE EL OLVIDO Y LA ESPERANZA. LA NIÑEZ DE Guatemala, 1997.**

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 biblioteca central

9. **Curso de Derecho Penal Guatemalteco, Licenciado Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco de Mata Vela.**
10. **Elementos del Derecho Procesal Penal. Eugenio Florián, España 1937.**
11. **Cabanelas, Guillermo. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. Décima Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1976.**
12. **Ossorio, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1989.**
13. **Diccionario El PEQUEÑO LAROUSSE, ilustrado, a color, edición. 1996.**

LEYES CONSULTADAS:

1. **Constitución Política de la República de Guatemala**
 2. **Código Civil**
 3. **Código Penal y Procesal Penal y sus reformas**
 4. **Ley del Organismo Judicial**
 5. **Ley de Tribunales de Familia**
 6. **Declaración Universal de los Derechos Humanos**
 7. **Convención Americana sobre Derechos Humanos, Capítulos I, al III.**
 8. **Código de la Niñez y la Juventud (vigencia en suspenso)**
 9. **Código de Menores**
-