

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



**EL PERITAJE CULTURAL Y SU EFICACIA EN EL  
PROCESO PENAL GUATEMALTECO**

**VERA LUCIA RAXCACÓ RODAS**

**GUATEMALA, MARZO DE 2012**

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

**EL PERITAJE CULTURAL Y SU EFICACIA EN EL PROCESO PENAL  
GUATEMALTECO**

**T E S I S**

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

**POR**

**VERA LUCIA RAXCACÓ RODAS**

**Previo a conferírsele el grado académico de**

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**Y los títulos profesionales de**

**ABOGADA Y NOTARIA**

**GUATEMALA, MARZO DE 2012**

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

DECANO	Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV	Br. Modesto José Eduardo Salazar
VOCAL V	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL  
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

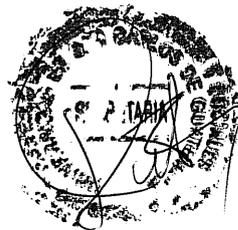
**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Secretaria:	Licda. Edith Marilena Pérez Ordoñez
Vocal:	Licda. Mara Yeseña López Cambrán

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Secretario:	Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez
Vocal:	Lic. Carlos Humberto de León Velasco

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



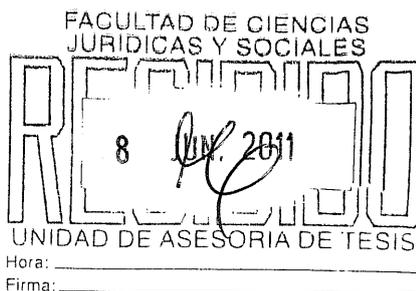
LICENCIADA JEYDI MARIBEL ESTRADA MONTOYA  
ABOGADA Y NOTARIA

Ciudad de Guatemala

Teléfono 22383526

Guatemala, 07 de junio de 2011

Licenciado  
Carlos Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Ciudad Universitaria



Licenciado Carlos Castro:

La infrascrita egresada de la tricenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, a usted informa:

Que en virtud del nombramiento de asesor de tesis otorgado en relación al trabajo de tesis de la bachiller: VERA LUCIA RAXCACÓ RODAS, intitulado: EL PERITAJE CULTURAL Y SU EFICACIA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO le manifiesto lo siguiente:

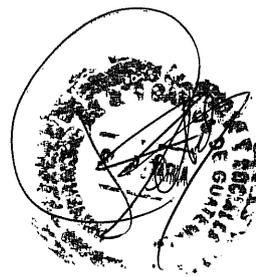
- a) Contenido científico y técnico de la tesis. El trabajo de tesis efectuado por la bachiller VERA LUCIA RAXCACÓ RODAS, cumple satisfactoriamente con los objetivos trazados conforme al plan de investigación, habiéndose profundizado en todos los elementos que conforman el tema, y tomando en cuenta las sugerencias propuestas para la elaboración de los capítulos.
- b) Metodología y técnicas de investigación utilizadas. El método analítico se empleo en la elaboración de los capítulos; la técnica de casos para establecer la aplicación del peritaje cultural en el proceso penal guatemalteco, y el sintético para la formulación de las conclusiones y recomendaciones. Se usó la técnica documental, para seleccionar la información que sirvió de referencia para desarrollar el tema, encuestas y entrevistas.
- c) Opinión sobre la redacción. El trabajo se encuentra bien estructurado, guardando un enlace lógico en cada capítulo, parte de enfoques teóricos y enlaza con la práctica que realizan operadores de justicia. Las conclusiones y recomendaciones guardan

Licenciada  
Jeydi Maribel Estrada Montoya  
Abogada y Notaria

LICENCIADA JEYDI MARIBEL ESTRADA MONTOYA  
ABOGADA Y NOTARIA

Ciudad de Guatemala

Teléfono 22363626



relación directa con el contenido de la investigación desarrollada y los hallazgos que constituyen un aporte para el estudio del derecho.

- d) Contribución científica del tema. Contribuye de forma doctrinaria y legal al estudio del peritaje cultural, pero es de singular importancia el aporte a la práctica, porque enfoca el derecho desde las dimensiones del tridimensionalismo, como norma, como valor y como hecho social o sea el tema de la eficacia.
- e) Opinión respecto a las conclusiones y recomendaciones. Las conclusiones se derivan de las aportaciones teóricas de tratadistas y se enlazan con la realidad nacional, visualizan los aportes del peritaje cultural en el proceso penal guatemalteco y como éste, puede hacer la diferencia entre una condena y una absolución en casos concretos. En cuanto a las recomendaciones, directamente relacionadas con la capacitación de operadores/as de justicia, establece una de las posibles soluciones jurídicas al planteamiento del problema.
- f) Bibliografía utilizada. El tema de investigación tiene el soporte científico suficiente, se tomó en cuenta lo que ha la fecha han sido los aportes de el Instituto Indigenista de México, donde esta práctica se ha venido sistematizando, haciendo notar que la práctica sistematizada de estos estudios en Guatemala, es aun incipiente. La presente tesis tiene la característica de ser la primera en el tratamiento directo de este medio de prueba, tomando en cuenta los enfoques étnico y de género que puede abrir el camino a nuevas investigaciones.

Por lo anteriormente expuesto, me permito concluir lo siguiente:

Que el presente trabajo de investigación elaborado, cumple con las estipulaciones señaladas en el Artículo 32 del Normativo Para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo tanto, emito **OPINIÓN FAVORABLE** y **APRUEBO** el trabajo de investigación efectuado, para que sea discutido en examen público de tesis.

Respetuosamente

Licda. Jeydi Maribel Estrada Montoya  
No. Colegiado 6,764

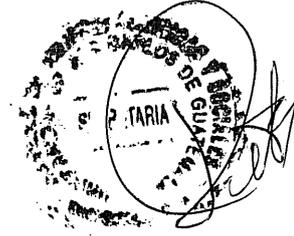
Licenciada  
Jeydi Maribel Estrada Montoya  
Abogada y Notaria

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, C. A.



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, nueve de junio de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) PATRICIA ELIZABETH GÁMEZ BARRERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante VERA LUCÍA RAXCACÓ RODAS, Intitulado: "EL PERITAJE CULTURAL Y SU EFICACIA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO."

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

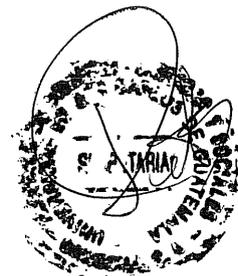
  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc. Unidad de Tesis  
CMCM/Cpt

**LICENCIADA**  
**PATRICIA ELIZABETH GAMEZ BARRERA**  
**ABOGADA Y NOTARIA**

0 Avenida B 1-01 zona 4 de Mixto  
Mamiserrat 1, Guatemala  
Tel. 56231265



Guatemala, 11 de Agosto de 2011

Licenciado

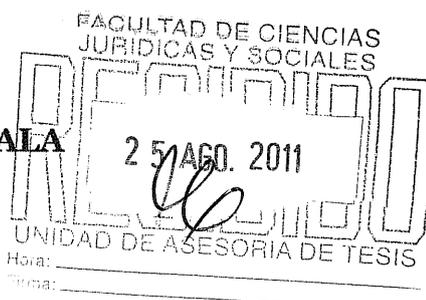
Lic. Carlos Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

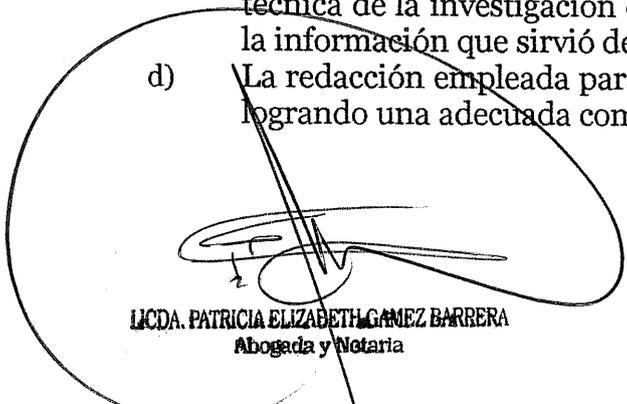
Presente



Licenciado Castro Monroy:

En virtud del nombramiento de **REVISOR DE TESIS** de la estudiante **VERA LUCIA RAXCACO RODAS**, titulado **“EL PERITAJE CULTURAL Y SU EFICACIA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO”**, le informo que procedí a revisar el informe final del referido trabajo de tesis, permitiéndome informarle que:

- a) A mi criterio el trabajo de tesis contribuye científicamente y brinda un aporte teórico importante que puede ser utilizado para consulta por profesionales y estudiantes, cumpliendo los objetivos del plan de investigación y habiéndose realizado un estudio de los elementos básicos del tema.
- b) La estudiante tomó en cuenta las sugerencias propuestas para la modificación de algunos puntos, así como realizó las correcciones de forma y fondo que fueron señaladas.
- c) La metodología y técnicas de investigación utilizada, son adecuados habiéndose empleado el método analítico para el desarrollo de los temas, utilizándose también el método de la hermenéutica jurídica para la interpretación de normas jurídicas relacionadas al tema y el sintético para la elaboración de las conclusiones y recomendaciones. También se utilizó la técnica de la investigación documental, para hacer una adecuada selección de la información que sirvió de referencia para orientar el tema.
- d) La redacción empleada para desarrollar el informe final es lógica y coherente, logrando una adecuada comprensión de los temas tratados.



LICDA. PATRICIA ELIZABETH GAMEZ BARRERA  
Abogada y Notaria



**LICENCIADA**  
**PATRICIA ELIZABETH GAMEZ BARRERA**  
**ABOGADA Y NOTARIA**

*0 Avenida B 1-01 zona 4 de Mixto  
Montserrat 1, Guatemala  
Tel. 56231265*

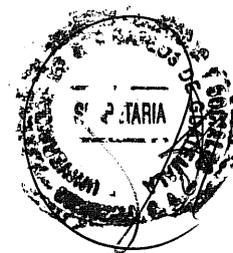
- e) Las conclusiones evidencian el resultado de la investigación, presentando en forma resumida los principales resultados del tema tratado y de las interrogantes planteadas.
- f) Las recomendaciones constituyen una recopilación de las principales actividades que se deberían realizar para el aprovechamiento del peritaje cultural como medio de prueba en aquellos casos que necesiten un tratamiento especial.
- g) La bibliografía utilizada es una compilación de recursos teóricos importantes y serios, consultándose diversos autores tanto nacionales como internacionales.

Por lo anteriormente expuesto, concluyo que el trabajo de investigación elaborado por la estudiante VERA LUCIA RAXCACO RODAS cumple con las estipulaciones contenidas en el Artículo 32 del Normativo Para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que emito **OPINIÓN FAVORABLE** y **APRUEBO** el trabajo de investigación efectuado, para que sea discutido en examen público de tesis.

Respetuosamente

**Abogada PATRICIA ELIZABETH GAMEZ BARRERA**  
Colegiado 5,686

LICDA. PATRICIA ELIZABETH GAMEZ BARRERA  
Abogada y Notaria

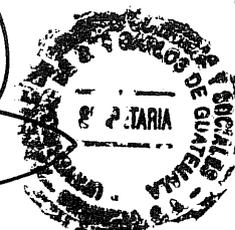


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta de enero del año dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante VERA LUCIA RAXCACÓ RODAS, Titulado EL PERITAJE CULTURAL Y SU EFICACIA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



## DEDICATORIA



- A DIOS: Por haberme permitido una bendición más en mi vida.
- A MI PADRE: Fidel Raxcacó por su amor, apoyo y comprensión
- A MI GRAN MAESTRA  
DE LA VIDA: Mi madre, Lucila Rodas por ser mi gran fortaleza y mi gran inspiración.
- A MI HERMANA: Gabriela Raxcacó por ser la cómplice de mis locuras.
- A MI HIJO: Diego Andrés porque lo es todo para mi.
- A MI COMPAÑERO  
DE VIDA: Antoni de León con mucho amor.
- A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

# ÍNDICE



Introducción ..... i

## CAPÍTULO I

1. Derecho y proceso ..... 1

1.2. Derecho procesal ..... 8

    1.2.1. Naturaleza jurídica ..... 10

    1.2.2. Caracteres del derecho procesal ..... 12

    1.2.3. Ramas del derecho procesal ..... 13

1.3. Principios fundamentales del derecho procesal ..... 14

    1.3.1. Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional ..... 14

    1.3.2. Necesidad de oír al demandado ..... 15

    1.3.3. Igualdad de las partes ..... 16

1.4. Derecho procesal penal ..... 17

    1.4.1. Sistema procesal penal ..... 18

    1.4.2. Principios del proceso penal ..... 19

1.5. Principios según la legislación guatemalteca ..... 25

    1.5.1 Principio de derecho a un juicio previo ..... 25

    1.5.2 Principio a ser tratado como inocente ..... 26



1.5.3. Principio de defensa.....	26
1.5.4. Principio de prohibición de persecución y sanción penal múltiple.....	27
1.5.5. Principio de publicidad.....	28
1.5.6. Principio a ser juzgado en un tiempo razonable.....	29
1.5.7. Principio de juez imparcial.....	29

## CAPÍTULO II

2.La prueba en el proceso penal guatemalteco.....	31
2.1. La prueba.....	31
2.2. Naturaleza jurídica.....	34
2.3. Objeto de la prueba.....	34
2.4. Características de la prueba.....	35
2.4.1.Histórica.....	35
2.4.2.Sustancial.....	35
2.4.3.Racional.....	35
2.4.4.Subjetiva.....	35
2.5. Momentos de la prueba.....	35
2.5.1. La proposición.....	36
2.5.2. La recepción.....	36



2.5.3. La ejecución .....	36
2.5.4. Apreciación o valoración.....	36
2.6. Carga de la prueba penal.....	36
2.7. Valoración de la prueba.....	39
2.7.1. Sistema de prueba legal o prueba tasada.....	39
2.7.2. La libre convicción.....	39
2.7.3. La sana crítica razonada.....	39
2.8. Medio de prueba.....	40
2.8.1. Elementos de prueba.....	41
2.9. La prueba según la legislación guatemalteca.....	41
2.9.1. Objetiva.....	42
2.9.2. Legal.....	42
2.9.3. Útil.....	43
2.9.4. Pertinente.....	43
2.9.5. No abundante.....	43
2.9.6. La prueba pericial.....	43
2.10. Incorporación de la prueba al proceso.....	43



### CAPÍTULO III

3. El Peritaje.....	45
3.1.- Conceptualización y generalidades.....	45
3.2. Naturaleza jurídica del peritaje cultural.....	47
3.3. Elementos a tomar en cuenta en los peritajes.....	48
3.4. Factores que impiden la sistematización del peritaje cultural relacionados con la formación académica de operadores/as de justicia.....	50
3.5. Peritaje con pertinencia cultural.....	52
3.5.1. Peritaje cultural con enfoque de género.....	53
3.5.2. El peritaje cultural y los peritos prácticos.....	54
3.5.3. Técnicos en peritaje cultural.....	54
3.6. Fundamento legal del peritaje cultural.....	56
3.6.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	56
3.6.2 Código Municipal. Decreto 12-2002.....	57
3.6.3 Código Procesal Penal: Decreto 51-92.....	57
3.6.4. Ley Marco de los Acuerdos de Paz. Decreto Número 52-2005.....	58
3.6.5. Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.....	58
3.7. Legislación internacional sobre derechos de los pueblos indígenas.....	59



3.7.1. Convenio 169 de OIT.....	59
3.7.2. Funciones del perito técnico profesional.....	60

## CAPÍTULO IV

4. El peritaje cultural una nueva perspectiva para los derechos de las mujeres y de los pueblos indígenas.....	63
4.1. El Estado Nación.....	63
4.2. Feminismo.....	65
4.3. Género.....	66
4.4. Patriarcado.....	67
4.5. Cosmovisión.....	68
4.6. Etnicidad.....	68
4.7. Peritaje cultural con enfoque étnico.....	71
4.8. El peritaje con enfoque de género.....	74
4.9. El peritaje cultural y su eficacia en el proceso penal guatemalteco.....	75
4.9.1. Antecedentes.....	75
4.9.2. Análisis de resultados.....	77
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83



ANEXOS.....

BIBLIOGRAFÍA.....109



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se realizó con el objeto de determinar si el peritaje cultural es conocido, utilizado y aplicado dentro del proceso penal guatemalteco como un medio de prueba. En el desarrollo de misma se dio el proceso de análisis que permitió alcanzar los objetivos propuestos: analizar el peritaje cultural y su eficacia en el proceso penal guatemalteco, conocer el grado de conocimiento de este medio de prueba que tienen los operadores/as de justicia, relacionar el grado de conocimiento con la aplicación del peritaje cultural a casos concretos y determinar la incidencia del peritaje cultural en las resoluciones judiciales.

Para ello la investigación se centró en la indagación a través de encuestas y entrevistas a fiscales del Ministerio Público, defensores del Instituto de la Defensa Pública Penal; jueces del Organismo Judicial y abogados litigantes. Las preguntas planteadas versaron sobre: el conocimiento que tienen sobre lo que es el peritaje cultural y si al tener este conocimiento lo utilizan y lo aplican como medio de prueba en aquellos casos donde el delito que se está investigando tiene características especiales relacionadas directamente con el género o con la etnia.

El trabajo giró en torno a la siguiente hipótesis: Tiene que ver en el trabajo de operadores de justicia (fiscales, defensores, jueces y abogados litigantes) el grado de conocimiento que tienen sobre este medio de prueba en la proposición, ejecución y valoración de la misma.

La investigación se presenta en cuatro capítulos; cada uno siguiendo un proceso lógico-metodológico de análisis y síntesis, partiendo de lo general a lo especial. El primer capítulo, abarca lo relacionado al derecho como fuente de las actuaciones judiciales y el estudio del proceso para determinar la forma de aplicar el derecho, de esa cuenta derecho y proceso van unidos; se definen los conceptos básicos del derecho aplicando la teoría de la tridimensionalidad para tomar en cuenta la norma, el valor y el echo social relacionado directamente con la eficacia; y se detallan los principios y elementos del derecho procesal que son necesarios para determinar que al aplicar la norma se cumplan con todos los elementos procesales; en el segundo capítulo, se desarrolla la



prueba en el proceso penal guatemalteco, como una condición previa al tratamiento del tema del peritaje, se partió de la conceptualización doctrinaria la especificación en la ley y se anotaron algunos conceptos generales sobre la misma, se detalla lo relacionado con los pasos procesales establecidos en la ley en forma directa con el ofrecimiento, presentación y recepción y valoración de la prueba en el proceso concreto. Se detalla además los distintos tipos de prueba y el papel de los jueces en el debate donde ésta puede o no adquirir validez, de acuerdo a la percepción que estos tengan; cómo parte del marco teórico el peritaje cultural es abordado en el capítulo tercero, tomando en cuenta las experiencias sistematizadas del Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, que en la actualidad es la institución que agrupa y sistematiza el trabajo de los y las peritas en materia cultural, construyendo teoría; el capítulo cuarto, trata el peritaje en un país pluricultural, multiétnico, y multilingüe, con sus exclusiones seculares sobre grandes grupos de población, integrantes de pueblos indígenas y mujeres, de ahí el estudio de las instituciones de justicia que se esfuerzan porque esta sea cada día más incluyente cuando se refiere a la equidad, juzgar a los iguales como iguales. Se parte de un marco contextual y se presentan algunas experiencias de peritajes con resultados obtenidos, se resalta el trabajo que realiza la unidad de género del Instituto de la Defensa Pública Penal y la Coordinación de interculturalidad y defensorías indígenas del mismo instituto.

Por último se presenta el análisis de resultados de la investigación directa que fue dirigida a defensores públicos, fiscales del Ministerio Público, abogados litigantes personal del Organismo Judicial sobre el conocimiento que tienen sobre este medio de prueba y sus resultados.

Se infiere una conclusión con igual número de recomendaciones para que en la medida de lo posible a mayor conocimiento de este medio de prueba, permita a los fiscales, acercarse a la búsqueda de la objetividad, a los defensores contar con una herramienta importante cuando el caso lo amerite y a los jueces, juzgar tomando en cuenta las tres dimensiones del derecho.

## CAPÍTULO I



### 1. Derecho y proceso

Derecho y proceso son conceptos que se interrelacionan para dar vida al derecho procesal, este a su vez, fija los principios y procedimientos que permiten aplicar la ley a un caso concreto.

Se iniciará con algunas definiciones de los conceptos principales: Derecho y Proceso, tomando en cuenta que la producción teórica sobre los temas permite visualizar aspectos que se complementan y no son antinómicos.

Se introduce el tema partiendo de las primeras definiciones, por ejemplo Celso, es citado por Cabanellas, quién escribió en el Digesto en la primera de las leyes del Libro I, que “El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”. En este pensamiento se centra como una cualidad humana considerar que el derecho tiene como fin causas nobles. De acuerdo al autor citado es una de las primeras definiciones que enmarca el derecho como un bien. También presentaban la siguiente definición: “eso que ha sido ordenado”<sup>1</sup> Con estas definiciones tenemos dos elementos, una el derecho como un bien y el inicio del poder de mandar, no todos tienen la potestad de ordenar una cosa y ser obedecidos, a no ser que tengan el riesgo de ser castigados, en el caso del derecho su fin principal es ser elaborado, legislado para ser obedecido. Al unir las definiciones, encontramos que no se puede ordenar algo que perjudique a otro.

Ihering, también citado por Cabanellas propone una definición más clásica, el “Derecho es el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción”, definición que en la actualidad puede llevar a interpretaciones equívocas, porque se puede ejercer sin control un poder despótico”.<sup>2</sup>; Esto quiere decir que una norma tendrá el poder de persuadir en la medida que tenga la manera de sancionar una conducta prohibida es decir; dentro de esta definición se pretende que el Estado es el único ente capaz de realizar su voluntad, pero no de forma arbitraria y sin control, por ejemplo en un Estado liberal de derecho, este tiene efectivamente la facultad de ordenar, sin embargo el mismo derecho le pone un límite a sus actuaciones.

---

<sup>1</sup> Cabanellas, Guillermo y Alcalá Zamora, Luis: **Diccionario de derecho usual**. Tomo II. Pág. 566

<sup>2</sup> **Ibíd.** Pág. 567



Siguiendo con otras definiciones se cita a Le Fur, quien considera que el derecho es como estar ante una regla de la vida social impuesta por autoridad competente (parlamento, dictadura o asamblea popular), con miras a la utilidad general o el bien común del grupo y en principio provista de sanciones para asegurar su efectividad<sup>3</sup>. Esta definición centra la atención que el derecho no puede perjudicar, hay que considerar el bien común pensando en que en toda sociedad organizada los fuertes se aprovechan de los débiles y es el Estado el encargado de proteger los derechos de todos.

Herbert Hart: en la obra el Concepto del Derecho desarrolla todo un ensayo al respecto y en especial señala: *"El concepto de órdenes generales respaldadas de amenazas dadas por alguien que generalmente es obedecido, que hemos constituido mediante adiciones sucesivas se aproxima obviamente más a una ley penal sancionada por la legislatura de un estado moderno, que a cualquier otra variedad de derecho"*<sup>4</sup> es decir, que el derecho penal es un derecho completo porque fija las conductas prohibidas, tutela bienes jurídicos, como derechos, y sirve para castigar y coaccionar a las personas que en su vida social, al relacionarse con otras las pueden perjudicar, en su libertad, en su igualdad y en sus bienes

Aramburo, citado por Cabanellas en el Diccionario de Derecho Usual conceptualiza el derecho como "un sistema de leyes morales (género próximo) que rige el cumplimiento de la justicia (última diferencia) estableciendo las facultades de exigencia (derechos subjetivos) y los deberes de prestación (deberes jurídicos) y garantizando su efectividad externa por medio de la coacción".<sup>5</sup>

Se cita además definiciones que se encuentran en el Diccionario de Lenguaje Filosófico que lo presentan como: "proposición, ni derecho ni torcido que no es curvo y en lenguaje figurado: que no se aparta de la norma moral de la verdad; que tiene rectitud y derechura. Cómo sinónimo de justo, verdadero, franco, leal, sincero. Cómo derecho subjetivo (que es una prerrogativa del sujeto): facultad o poder moral de hacer, poseer o exigir alguna cosa, se

<sup>3</sup> *Ibíd.* Pág. 567

<sup>4</sup> Hart, H.L.A . *El concepto del derecho.* Pág.46.

<sup>5</sup> Cabanellas, Guillermo y Alcalá Zamora, Luis *Ob.Cit.*Pág.566.

opone al hecho (de derecho..., de hecho...); su correlativo es el deber "Traduce que ha dado las palabras justo, juzgar, jurídico y sus derivados" <sup>6</sup>



De lo anterior se infiere que cuando se trata el tema del derecho lleva implícito el tema del orden que se pretende alcanzar en toda sociedad humana organizada; de esa cuenta se deriva la costumbre de definir el derecho como el ordenamiento, Se considera, sobre todo, si se trata de reflexionar que la referencia es clara, cuando el tema es el derecho hay un indicio fuerte que se esta refiriendo, al orden que se persigue en la sociedad por lo tanto, el ordenamiento es jurídico.

Es decir, si hay un ordenamiento jurídico, se supone que de igual manera hay un ordenamiento no jurídico. La diferencia radica en que el ordenamiento jurídico está basado en normas o reglas; por lo que se infiere que el ordenamiento no jurídico esta basado en comportamientos, costumbres, ideas aceptadas voluntariamente, por los sujetos a quienes afecta. Además se anota que en caso de un ordenamiento jurídico siempre tiene órganos especializados que le sirven para resolver las situaciones de incumplimiento, por tanto es institucional, por esa razón la concepción normativa siempre será institucional. Volviendo al ordenamiento no jurídico, se encontraran diversas formas de resolver que no son necesariamente institucionales. Son puntos de vista útiles para aclarar la idea del objeto del presente estudio.

El derecho no tiene solamente un aspecto concreto, se toma en cuenta además el sentido abstracto del derecho, lo que permite contemplar la facultad o poder moral de hacer, poseer o exigir una cosa, considerados en sí mismos.

Max Muller y Alois Halder explican el sentido de orden jurídico, "el orden abstracto de acciones típicamente interhumanas dentro de un grupo político – social, regido por la idea de la justicia y universalmente obligatorio, es esencial a ese orden, tanto la codificación como, para el caso de no observancia, la amenaza con medios coercitivos a fin de lograrlo por la fuerza (el derecho ha de poder imponerse)."<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Foulquié, Paul. **Diccionario Del Lenguaje Filosófico**. . Pág. 245.

<sup>7</sup> Halder, Alois, y Muller, Max. **Breve Diccionario de Filosofía**. Pág. 97



El derecho en este sentido se manifiesta exteriormente con delimitación del poder esencial a todo orden jurídico (a diferencia del orden del poder) por lo menos al poder a la realización de la justicia. Según la filosofía del derecho, basada en el derecho natural y también según las corrientes derivadas de la fenomenología de Husserl, en el derecho se refleja, aunque con diferente motivación, algo propio del ser humano mismo. No cabe duda que el derecho está en parte determinado por las condiciones básicas de la existencia humana cambiantes históricamente, por los hechos sociales, económicos y psicológicos (como también por el poder político), y en general por las relaciones de la vida; no obstante encierra al igual que la moral un contenido decisivo que ha de recibir su forma acabada bajo las respectivas condiciones históricas en función del imperativo de la responsabilidad.

Por consiguiente, según esta visión el “derecho y la moral están unidos indisolublemente en su idea; el sector jurídico es un sector parcial de lo moral, es un *mínimum ético*, ahora bien, por esto es imposible separarlos totalmente como lo hace Kant en el concepto de la legalidad de la interioridad ya que no se puede mantener en vigor un orden jurídico sin el correspondiente sentido jurídico. Como se señaló anteriormente el derecho no busca perjudicar, si obliga a respetar. La concordancia del derecho con el orden moral es la que confiere al derecho la fuerza de obligar.<sup>8</sup>

En el diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales el derecho es “el sistema de normas fundadas en principios éticos susceptibles de sanción coercitiva que regulan la organización de la sociedad y de las relaciones de los individuos y de las agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar en la misma la consecución armónica de los fines individuales y colectivos”<sup>9</sup> Esta definición asegura enmarcar el aspecto ético en el ordenamiento jurídico y la parte obligatoria para lograr los fines de la asociación política o sea el bien común de todos los asociados. Desde el punto de vista objetivo, dicese del “conjunto de leyes, reglamentos y demás resoluciones, de carácter permanente y obligatorio, creadas por el Estado para la conservación del orden social. Esto es, teniendo en cuenta la validez; es decir que se ha llevado a cabo el procedimiento establecido para su creación,

---

<sup>8</sup> *Ibíd.* Pág. 104

<sup>9</sup> Osorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Págs. 227

independientemente de su eficacia (si es acatada o no) y de su ideal axiológico (Si Dios concretar un valor como la justicia, paz, orden)”<sup>10</sup>.



Cabanellas, conceptualiza el Derecho Objetivo de la siguiente forma “expresar el orden o las órdenes que integran el contenido de los códigos, leyes, reglamentos y costumbres, como preceptos obligatorios reguladores o supletorios establecidos por el poder público o por el pueblo mismo a través de la práctica general reiterada o de la tradición usual”.<sup>11</sup> Hay una diferencia en la objetividad de la norma escrita y la costumbre de los pueblos, que tiene que ver con la fuente de la orden, refiriéndose a la objetividad, tienen la característica común que debe ser obedecida.

Foulquié: por su parte se refiere al derecho Objetivo como “(exterior a los sujetos): como conjunto de normas que rigen el comportamiento de los miembros de una sociedad.<sup>12</sup> Señala la objetividad como conducta externa, visible que puede ser analizada de acuerdo a la ley por los resultados que produzca.

Hasta aquí el derecho ha sido definido tomando en cuenta el punto de vista objetivo como subjetivo, se deja claro que en aspecto objetivo estas leyes, reglamentos y costumbres tienen la fuerza de obligar a su cumplimiento, en el aspecto subjetivo, prevalecen elementos éticos en la creación de las normas.

Después de la revisión bibliográfica de diversos autores en distintas épocas, el estudio se fundamenta en la teoría de la experiencia jurídica o de la tridimensionalidad del derecho, porque permite en una misma visión abarcar tanto los aspectos objetivos y subjetivos del mismo. Esta teoría es desarrollada por Ramón Soriano quién hace alusión a los aportes que a “partir de 1,950 hicieron distinguidos juristas y filósofos que lo conceptúan desde tres dimensiones o puntos de vista. Como derecho normativo, como realización de la justicia y como experiencia jurídica al ser aplicado a casos concretos. Esta teoría es conocida como la de la experiencia jurídica que pretende captar toda la realidad del derecho, por la tentación que representa reducir la visión del mismo a concepciones parciales históricas: ni solo iusnaturalismo, ni solo positivismo jurídico o solo sociologismo jurídico.<sup>13</sup> Llama la atención que esta doctrina pretende conducir a una unidad la diversidad de concepciones

<sup>10</sup> [www.bibiojurídica.org/libros/4/1670/11.pdf](http://www.bibiojurídica.org/libros/4/1670/11.pdf)

<sup>11</sup> Cabanellas, Guillermo y Alcalá Zamora, Luis: **Ob.Cit.** Tomo II. Pág. 566

<sup>12</sup> Foulquié, Paul. **Ob.Cit** Pág. 246.

<sup>13</sup> Soriano Ramón. **Compendio de teoría general del derecho.** Pág.13.



jurídicas, sin pretender marcar una pauta de la que no se pueda salir, sino dejando abierta la posibilidad de replantear la teoría jurídica que intenta captar la realidad del derecho en distintos momentos y situaciones. Entre los autores que destacan la importancia de estudiar el derecho en forma integral, citados por Soriano están: "Hispanoamérica: García Maynez, M. Reale, Recanses Siches, etc.; en Europa: N. Bobbio, W. Sahuer, W Goldschmidt; en España; Elías Díaz, J.M. Rodríguez Paniagua y Antonio Enrique Pérez Luño, entre otros."<sup>14</sup>

También se conoce como la teoría de la tridimensionalidad del derecho que consiste en considerar que en el derecho confluyen tres dimensiones que a su vez están relacionadas: *"hecho social, norma y valor jurídico, ya que el derecho se ofrece tanto al jurista como al profano bajo la forma de una regla exterior que impone deberes facultades, producto de una serie de factores e implicaciones sociales y con la finalidad de desarrollar unos valores"*<sup>15</sup>

Consideran en primer lugar que el derecho se manifiesta como norma o regla que regulariza la conducta humana en sociedad. Toda norma tiene unos orígenes y unas fuentes, las condiciones socioeconómicas, generadoras de necesidades que la norma de derecho trata de satisfacer, para producir efectos concretos. También esta teoría toma en cuenta que la norma realiza valores en el contexto social como búsqueda de: justicia, seguridad, libertad, la igualdad y el sentido de efecto que la aplicación del derecho tiene en las sociedades concretas.

Ello se debe a que la "teoría tridimensionalidad del derecho resulta muy oportuna en el tratamiento pedagógico del derecho como instrumento de presentación expositiva de la realidad conceptual que abarca la idea y la experiencia del derecho"<sup>16</sup> La anterior conceptualización permite visualizar el encuentro del jurista con el hombre y la mujer de la calle con el derecho y las implicaciones que el esto conlleva.

De esta manera se amplía la visión del investigador que busca la verdad para esclarecer un hecho concreto, del defensor para tomar en cuenta todas las circunstancias que confluyen en la comisión de un delito y la del intérprete de la ley que es el que aplica la norma al caso concreto, cuanto interpreta la norma y la aplica tomando en cuenta ciertas valoraciones que

---

<sup>14</sup> **Ibíd.** Pág. 16

<sup>15</sup> **Ibíd.** Pág. 15.

<sup>16</sup> **Ibíd.** Pág.16



tienen que ver con la conducta asumida. Este momento se desarrolla concretamente cuando se aprecia la prueba ofrecida y presentada a un caso concreto.

Teniendo en forma integral una concepción del derecho, se hace una aproximación al proceso como el ente instrumental que establece, la forma de iniciar los procedimientos que puedan conducir a un estado nuevo, es decir partir de un estado inicial hasta llegar a un estado final que se desea por los conductos correspondientes-.

El diccionario filosófico establece que “proceso proviene del latín, *procederé*, ir (cederé) adelante (pro), progresar.”<sup>17</sup>, esto con referencia al concepto de proceso en si. Es decir, proceso significa acción de ir hacia adelante, conjunto de fases sucesivas de un terminado fenómeno, conocer el proceso significa conocer no sólo los estados final e inicial sino las interacciones experimentadas por el sistema mientras está en comunicación con su medio o entorno, es decir, la trayectoria o ruta del proceso es la historia o la sucesión de estados que ha seguido o recorrido el sistema desde el estado inicial hasta el estado final. Menéndez Pinal expresa con más claridad: “Se trata de la coordinada sucesión de actos jurídicos derivados del ejercicio de un acto procesal y que tiene por objeto obtener una decisión de índole jurisdiccional”. En esta definición se amplía el del concepto proceso; ya que aquí se agrega la característica de continuidad de los pasos o fases; es decir, no solo es importante el inicio y el fin; sino también el lapso entre estos.

Haciendo referencia al Diccionario de Derecho Usual el concepto proceso abarca “las diferentes fases o etapas de un acontecimiento. Conjunto de autos y actuaciones de una causa judicial. Litigio sometido a conocimiento y resolución de un tribunal.”<sup>18</sup>

Estas definiciones son complementarias, por una parte abarcan las fases o etapas de una acción, en forma singular se refiere a los autos y actuaciones judiciales que por último deben llevar por parte de la autoridad que decide el fondo de una petición, a una resolución que puede ser favorable o desfavorable para el que la solicita.

Camelutti es de la opinión que el proceso constituye el “conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio” Chiovenda dice que es el “conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a

---

<sup>17</sup> Foulquié, Paul. **Ob.Cit.** . Pág. 421.

<sup>18</sup> Osorio Manuel. **Ob. Cit.**; Pág. 437.



un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de jurisdicción ordinaria”<sup>19</sup>

Después de haber analizado los distintos pensamientos de autores y filósofos se puede concretar que el proceso es un conjunto de fases, etapas o actuaciones que se realizan dentro de la vida cotidiana con el fin y propósito de alcanzar un fin deseado; que dependiendo del ámbito de aplicación de esta serie de etapas se le va individualizar, por ejemplo proceso penal, proceso civil; proceso cognoscitivo etc.

## 1.2. Derecho procesal

Después de la revisión de algunas definiciones del concepto del derecho, donde se determina que el derecho es un conjunto de normas jurídicas e impero atributiva que regulan las relaciones de los habitantes en una sociedad organizada, se pasará al estudio del derecho procesal, como el complemento para la aplicación del derecho. Buscando sus antecedentes más remotos, se encuentran en el “Derecho Romano donde no se referían al derecho procesal como actualmente se conoce, se referían como *judicium*, que equivale en la lengua romance a juicio, este concepto se utilizó por mucho tiempo”<sup>20</sup>. Sin embargo al analizar el concepto tenemos que juicio es opinión o parecer, es operación del entendimiento que consiste en comparar ideas, se considera que juicio es la etapa final del proceso, es decir, la opinión que emite el juez al comparar los hechos y las pruebas aducidas por las partes.

Por ejemplo: para el colombiano Devis Echandía el derecho procesal es considerado como una parte del contenido total del derecho. Expresa que el derecho procesal “es la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en casos concretos, que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del estado y los funcionarios encargados de ejercerla.”<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Foulquié, Paul. **Ob.Cit.** . Pág. 420.

<sup>20</sup> Osorio Manuel. **Ob. Cit.**; Pág. 420

<sup>21</sup> Soriano; Ramón. **Ob.Cit.** Pág. 5



El concepto derecho procesal de acuerdo al Diccionario de Derecho Usual: “es aquel que contiene los principios y normas que regulan el procedimiento, la administración de justicia ante los jueces y tribunales de las diferentes jurisdicciones”.<sup>22</sup> De esta definición se desprenden elementos que es importante resaltar, los principios, las normas, y el procedimiento como el conjunto de pasos a seguir para lograr un fin y los órganos que imparten justicia. Pero esta definición se complementa con el de entender que derecho procesal se fundamenta en que es el Estado el que regula la función jurisdiccional y nadie más.

Para Clariá Olmedo, argentino, el derecho procesal “es la ciencia jurídica que en forma sistemática estudia los principios y normas referidos a la actividad judicial cumplida mediante el proceso por los órganos del estado y demás intervinientes, para la efectiva realización del derecho sustantivo, organizando la magistratura con determinación de sus funciones para cada una de sus categorías de sus integrantes y especificando los presupuestos, modos y formas a observar en el trámite procesal”.<sup>23</sup>

Así se puede determinar que el derecho procesal es una ciencia jurídica que en forma sistemática estudia los principios y las normas referidos a la función judicial del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir, especificando los presupuestos, modos o formas de observar en el trámite procesal, para la efectiva realización del derecho positivo en casos concretos.

Se puede pensar, que al cometer una infracción a la ley, no se aplicara ninguna sanción, eso significaría que el ordenamiento jurídico no cumpliría con su función principal, ya que una de las principales características de la ley es su obligatoriedad. De la misma manera si existe una infracción a la ley, la sanción se aplicara de inmediato sin ningún requisito. Pero en este caso también se estaría quebrantando el orden jurídico, ya que es preciso establecer previamente que aquel a quién se aplicará la sanción es el verdadero culpable. Para ello, es indispensable recorrer un camino generalmente compuesto de varias etapas y llegar a la decisión final, esto es lo que constituye el proceso. Pero, además, todas estas etapas deben estar debidamente reguladas por el derecho para garantía de los que interviene en el proceso y evitar la arbitrariedad. Estas reglas son las que constituyen el Derecho Procesal,

---

<sup>22</sup> Cabanellas, Guillermo y Alcalá Zamora, Luis **Ob. Cit.** Tomo II. Pág. 613.

<sup>23</sup> **Ibíd.** Pág. 11.



que deben estar fundadas en los principios fundamentales del derecho y en los especiales de la materia específica que se trata.

El derecho procesal como ciencia es relativamente moderna, su "nombre fue consagrado por Chiovenda, quien en la prolección dictada en Bolonia Italia, en 1,903 al estudiar la acción civil y su carácter científico, la denominó **la acción en el sistema de los derechos** mencionó los conceptos fundamentales de acción, jurisdicción y procedimiento. En la segunda mitad del siglo XIX, a raíz de la famosa polémica entre los juristas alemanes Guindscheid y Muiller sobre la acción civil. De ahí que primeramente nace el Derecho Procesal Civil, y muy posteriormente el Derecho Procesal Penal".<sup>24</sup>

En las distintas definiciones del derecho procesal destacan los elementos esenciales del mismo por lo se puede decir que: El derecho procesal es el conjunto de etapas y procedimientos, de principios y normas que realiza el Estado a través de la función jurisdiccional con el fin de llegar a la resolución de un caso concreto.

### 1.2.1. Naturaleza jurídica

Determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho procesal; significa ubicarlo o bien en el ámbito del derecho privado o en el ámbito del derecho público. Para ello es menester que se establezcan previamente los conceptos de derecho público y de derecho privado. Sólo entonces se estará en condición de poder determinar la naturaleza jurídica del derecho procesal.

Los autores coinciden en un primer momento, en que el derecho público regula la organización del Estado y de los demás entes públicos, así como las relaciones recíprocas de éstos. Y que en otro sentido regula las relaciones del Estado y demás entes públicos con los ciudadanos, por lo que la relación jurídica pública está dominada por el principio de subordinación de los intereses privados a los públicos, y, por tanto por el mayor valor reconocido a la voluntad del ente público; de modo que los sujetos de la relación no se encuentran en una relación de igualdad.

---

<sup>24</sup> Álvarez Mansilla, Erik Alfonso. **Teoría General del Proceso**. Págs. 38



Es decir, "El Derecho Público es el conjunto de normas reguladoras del orden jurídico de Estado, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados y regula los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado, en virtud de delegación directa o mediata del poder público."<sup>25</sup> Lo que significa que toda relación de tipo jurídico tendrá la subordinación al derecho público.

Por otra parte el "Derecho Privado rige los actos de los particulares en su propio nombre y beneficio. Predomina el interés individual, frente al interés general del Derecho Público."<sup>26</sup>, es decir, el derecho privado regula las relaciones recíprocas de los individuos, fijando límites a los intereses de cada uno de ellos, de donde se deriva que en la relación jurídica privada, los sujetos se hallan en condiciones de paridad, sin olvidar que las reglas generales las fija el Estado.

Sin embargo, no se debe tomar en cuenta sólo uno de los elementos para determinar la naturaleza jurídica de una norma o de un procedimiento, porque no es suficiente, ya que pueden darse casos en que el Estado y uno de sus entes se relacionan con los particulares, no investido de su soberanía, cuando hay contrato de por medio.

De esa cuenta, al querer determinar la naturaleza de una norma hay que tomar en cuenta, no sólo el aspecto objetivo, sino también el aspecto subjetivo, por lo que aplicando los dos aspectos al derecho procesal, los sujetos que intervienen están representados, de una parte por el Estado, que lo hace por conducto de uno de sus poderes, el poder judicial, que lo inviste de soberanía, y, por la otra, la colectividad o conglomerado social, sujeta a este poder. En el aspecto objetivo, el contenido está constituido por intereses de carácter general, puesto que se dirige a preservar la paz y la armonía de la sociedad.

Aplicando los dos aspectos del derecho procesal se puede concluir que la razón de la naturaleza jurídica del derecho procesal, cualquiera que fuera el derecho sustantivo a actuar, está dado por la inminente mediación del Estado en la efectiva realización de la justicia por intermedio de sus órganos predispuestos. Por lo tanto la naturaleza jurídica del derecho procesal es eminentemente pública.

---

<sup>25</sup> Heliasta SRL, **Diccionario de Derecho Usual**, Tomo II, Pág. 657

<sup>26</sup> **Ibíd.** Tomo II Pág. 657.



### 1.2.2. Caracteres del derecho procesal

Siguiendo a Erik Álvarez quién a su vez cita a Vescovi quién hace hincapié en que "el derecho procesal, es instrumental, secundario, formal y autónomo. Con instrumental se referirse al carácter con lo de secundario se refiere a que realiza otro conjunto de normas por tanto formal y autónomo porque para el fin que fue creado se basta a si mismo.: Calamandrei por su parte es de la opinión que: *la observancia del derecho procesal constituye, pues, una condición y una premisa para la actuación del derecho sustancial*<sup>27</sup>

Resumiendo el derecho procesal tiene un carácter instrumental encontrándose en el la condición de medio no de fin. Hay que atender que esta instrumentalidad no se puede considerar secundaria pues sin ella el proceso no se da, de esa cuenta la autonomía- Sin embargo hay que tomar en cuenta que frente al derecho positivo o sustancial adquiere no la titularidad pero si la necesidad de desarrollar por actos, debidamente formalizados. Ya que sin su concurso no pudieran realizarse. Pues las actuaciones debidamente legisladas incluyendo la autonomía ya que incluyen todas las eventualidades que puedan darse; a continuación se enumeran los caracteres que se consideran mas revolantes y útiles para la presente investigación.

- De derecho público: pues regula la organización y competencia de los tribunales, como órganos del Estado.
- Formal: pues regula la forma de la actividad jurisdiccional del Estado; es decir, cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades para que sea procedente una cualquiera actuación judicial. Todo esto constituye el Debido Proceso
- Instrumental: el derecho procesal no es un fin en sí mismo, sino que sirve como medio o instrumento para hacer valer el derecho sustantivo. Permite satisfacer las pretensiones procesales.
- Autónoma: pues no está subordinada a ninguna área del Derecho (civil, mercantil, etc.). La única excepción podría ser el Derecho constitucional. Consiste en el deslinde del derecho procesal con respecto al sustantivo.

---

<sup>27</sup> Álvarez, **Ob. Cit.** Págs.41



### 1.2.3. Ramas del derecho procesal

Para fines del estudio del derecho procesal se dividen en dos ramas. por los procesos a los cuales se aplica o sea materia y por su disciplina que se refiere a los órganos y procedimientos que se van a seguir.

#### a) Por los procesos a los cuales se aplica

Dependiendo de la naturaleza jurídica de los procesos la rama del derecho en la cual se aplica tiene necesariamente que ver con la materia específica.

- **“ Derecho procesal civil:** Considerado como el “Conjunto de normas que ordenan un proceso, concreta que es el regulador de la competencia del órgano público que actúa en él y de la capacidad de las partes.”
- **Derecho procesal penal:** “Serie de actos solemnes mediante los cuales el juez natural, observando formas establecidas por la ley, conoce del delito y sus autores, a fin de que la pena se aplique a los culpables.”
- **Derecho procesal administrativo:** “El de carácter gubernativo o jerárquico, el que regula el procedimiento para impugnar los actos y resoluciones de la Administración pública ante el mismo que los ha ejecutado o ante el superior.”
- **Derecho procesal laboral:** “conjunto de normas que estudia la organización y la competencia de la justicia del trabajo, los principios y normas generales y el procedimiento a seguir en la instrucción, decisión y cumplimiento de lo decidido en los procesos originados por una relación laboral o por un hecho contemplado por las leyes sustantivas de trabajo”<sup>28</sup>

#### a) Por el objeto de la disciplina:

Se refiere a los órganos y los procedimientos que se va a seguir en cada proceso específico, es decir, la forma en cómo las partes y los órganos encargados de impartir

<sup>28</sup> Cabanellas, Guillermo y Alcalá Zamora, Luis **Ob. Cit.** Tomo II Pág. 613



justicia funcionan.

- **Derecho procesal orgánico:** esta rama estudia la organización y atribuciones de los tribunales de justicia y el estatuto de quienes conforman éstos.
- **Derecho procesal funcional:** esta rama estudia los procedimientos y las actuaciones que integran éstos.

Cómo el objeto del presente trabajo es el derecho procesal penal, me enfocaré a determinar los aspectos que se enmarcan y que nos sirven de soporte teórico en la presente investigación.

### **1.3. Principios fundamentales del derecho procesal**

Los principios pueden concebirse como criterios que regulan las diferentes actuaciones que integran el procedimiento, se toma en cuenta, el criterio que en materia de derechos humanos se aplican las garantías constitucionales del debido proceso, y otras normas constitucionales garantes.

#### **1.3.1 Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional**

La jurisdicción ha sido definida por Alberto Herrarte de la siguiente manera “Consiste en una función de cognición, a través de la cual el órgano jurisdiccional pronuncia su decisión”<sup>29</sup> en el lenguaje jurídico, por ejemplo en el Artículo 37 del Código Procesal Penal se establece “Corresponde a la jurisdicción penal el conocimiento- de los delitos y las faltas. Lo que significa que la ley establece para la aplicación del derecho procesal penal el ámbito de aplicación del órgano específico.

En ciertos asuntos la función no se realiza por funcionarios, en la acepción exacta del vocablo, sino por particulares, quienes, desde luego, quedan investidos de esa calidad mientras llevan a cabo su cometido, como acontece con los jurados de conciencia y los árbitros que integran el tribunal.

---

<sup>29</sup> Alberto Herrarte, **Derecho Procesal Penal, el Proceso Penal Guatemalteco** Pág 18-



Este principio tiene como complemento indispensable el de ser obligatorio para todos los integrantes de la comunidad, sin ninguna distinción que tenga que ver con raza o etnia, sexo, o condición económica u otros, de someterse a la jurisdicción del Estado. El concepto de jurisdicción de E. Pallares complementa lo que se ha reseñado: “etimológicamente la palabra jurisdicción, significa decir o declarar el derecho. Desde un punto de vista más general, la jurisdicción hace referencia al poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales”.<sup>30</sup>

### 1.3.2. Necesidad de oír al demandado

Es indispensable vincular al proceso a la parte contra quien se fórmula el derecho que el demandante reclama, a fin de que se apersona dentro del proceso y pueda ejercer el derecho de defensa. Se cumple mediante la notificación personal de la primera providencia al demandado o acusado, requisito que le da la calidad de parte y lo habilita para actuar en el proceso. Se conoce en la doctrina como el derecho de contradicción.

Este derecho según Devis Echandía citado por Alvarez es *“el que existe desde el momento en que es admitida por el juez la demanda contenciosa, independientemente no solo de la razón o sin razón que acompañe la pretensión del demandante, sino que el demandado se oponga o no a aquella y oponga o no excepciones y de la seriedad de estas o desde el momento en que contra de una persona surge en la investigación penal sumaria o previa imputación, fundada o infundada.”*<sup>31</sup> Se explica asimismo que la jurisdicción se pone en movimiento en el momento mismo en que surge la demanda o denuncia respectiva

También este derecho está consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala o reconocido como Derecho Humano fundamental. “Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido antes citada, oída y vencida en juicio ante juez competente” Artículo 14 Constitución Política de la República de Guatemala.

---

<sup>30</sup> Pallares, Eduardo: **Diccionario de derecho procesal civil**. Pág. 510

<sup>31</sup> Álvarez: **Ob.Cit.** Págs. 97



### 1.3.3. Igualdad de las partes

“Significa que las partes, constituidas por el demandante y el demandado o el acusador y el acusado dispongan de las mismas oportunidades para formular cargos y descargos y ejercer los derechos tendientes a demostrarlos. Su consecuencia es la bilateralidad de contradicción: Cada parte tiene el derecho de ser oída respecto a lo que afirma o niega la otra parte; por ejemplo, en un proceso declarativo el demandante formula en la demanda su pretensión y el demandado se pronuncia frente a ella dentro del término que se le corre a continuación de la notificación del auto que admite la demanda o querrela. Viene luego el periodo probatorio para practicar las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y su contestación.”<sup>32</sup>

### 1.4. Derecho procesal penal

Se parte del conocimiento previo que el derecho penal es el “estudio del *ius puniendi* o derecho de castigar del Estado; su misma evolución histórica lo confirma al conferir al Estado la titularidad exclusiva de castigar, con el objeto de protección a la sociedad. Ni la escuela clásica del derecho penal, que ve la pena como un castigo y como medio de tutela jurídica; ni la escuela positiva que la ve como un medio de defensa social, ni la correccionalista y otras de enfoque avanzado niega al Estado el derecho de aplicar la justicia penal, como un medio de mantener el orden jurídico dentro de la sociedad”<sup>33</sup>. Es por ello que el derecho no es ilimitado. Dentro del Estado de Derecho, el poder público está sujeto a ciertas normas para ejercerlo y transformarlo, de un simple derecho, en un deber jurídico para garantía de la sociedad.

El proceso penal aparece como una institución obligatoria para la aplicación del derecho penal, lo que marca una diferencia con el derecho privado en el cual, por virtud de la disponibilidad que tienen las partes sobre él, los conflictos pueden resolverse sin el auxilio del proceso civil.

---

<sup>32</sup> [www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/11.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/11.pdf)

<sup>33</sup> Herrarte, Alberto . **Ob.Cit** . Pág. 40



#### 1.4.1. Sistema procesal penal

Toda ciencia social se construye y valida a través de la formulación de teorías, principios, procedimientos o prácticas continuas que resultan ser efectivas, el derecho no es la excepción, a todo este quehacer sistemático y efectivo se le cataloga como sistema. Existen sistemas fundamentales y sistemas accesorios dentro del proceso.

Según el Diccionario de Derecho Usual el “Derecho Procesal Penal es la serie de actos solemnes mediante los cuales el juez natural, observando formas establecidas por la ley, conoce del delito y sus autores, a fin de que la pena se aplique a los culpables.”<sup>34</sup> En este proceso se persigue un interés público con el descubrimiento y castigo de los delincuentes. Lo que significa que es el modo que el Estado tiene para garantizar y proteger los bienes jurídicos de todas las personas integrantes de la sociedad políticamente organizada-

El derecho procesal penal, se define como “sistema fundamental, que rige la forma de aplicar el derecho a un caso concreto, fija las funciones fundamentales que se deben observar obligatoriamente en el proceso. Estas funciones son tres: la función de acusar, la función de defensa y la función de decisión. Si se imputa a una persona la comisión de un delito, alguien tiene que hacer la imputación. Por otra parte, es preciso concederle al acusado la oportunidad de defenderse y de rebatir la imputación que se le hace. Defensa penal- Por último, debe resolverse la situación del imputado, debe juzgársele debe imponérsele una pena si es culpable, o absolverle si es inocente. De ahí que, estas funciones no deben concentrarse en una misma entidad y menos recaer en una misma persona”.<sup>35</sup> Por lo tanto se cumple el contradictorio y la tesis que se desea probar o improbar es la facultad de los jueces aplicar la decisión que en derecho y justicia corresponde.

El sistema inquisitivo fue por mucho tiempo el sistema que se aplicó en el proceso penal en Guatemala, en este sistema las funciones se centraban en los jueces quienes podían rebasar en la condena la acusación, además de tener facultad de investigación fallaban según su entender. Ferraloli, señala que se conoce como sistema inquisitivo:

<sup>34</sup> Cabanellas, Guillermo y Alcalá Zamora, Luis **Op. Cit.** Tomo II Pág. 614.

<sup>35</sup> Ricardo Lavene; **Manual de derecho Procesal penal**, Tomo I. Pág. 22



*“a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa”<sup>36</sup>*

El sistema acusatorio que por el momento rige el proceso penal en Guatemala, es el sistema en donde cada una de las funciones fundamentales del proceso penal está separada y legalmente delimitada. En este sistema el juzgador ha de atenerse en la condena a lo que la acusación pública o privada solicite, sin rebasar la severidad de la pena, ni castigar hechos que no hayan sido objeto de controversia o aceptados por el culpable. De donde se da un proceso de partes, mientras que en el sistema inquisitivo se da un proceso unilateral de un juez con actividad multiforme. Citando a Ferraloli: el define el concepto acusatorio de la siguiente manera. *“Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”<sup>37</sup>*

Si el juez procede de oficio a la averiguación de un delito, si lleva a cabo la instrucción y subsiguiente acusación, si se considera al inculpado como la mejor fuente de conocimiento de los hechos y se le obliga a declarar, incluso usando medios coactivos y después el mismo juez formula la decisión definitiva, condenando o absolviendo al imputado, nos encontramos con el sistema inquisitivo, que mas que una estructura procesal, es una estructura no procesal, auto tutelar del Estado.

En el sistema acusatorio se considera que la mejor forma de juzgar consiste en la existencia de dos partes: una que lleve la acusación y otra que lleve la defensa y que el juez se encuentre como un sujeto supra- ordenado con el máximo de imparcialidad para poder examinar las contrapuestas posiciones de las partes”<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Ferraloli, Luigi: Derecho y razón. **Teoría del garantismo penal.** Págs. 565.

<sup>37</sup> **Ibíd.** Págs. 565.

<sup>38</sup> Herrarte, Alberto . **Ob.Cit** Pág. 37



#### 1.4.2. Principios del proceso penal

Los principios pueden concebirse como criterios que regulan las diferentes actuaciones que integran el procedimiento.

Existen muchos principios y su adopción obedece al momento histórico y al sistema político de cada país, los principios se refieren a determinados procedimientos cuando su ámbito de actuación es mayor y constituye el medio rector del proceso, estructura a lo que se le denomina sistemas, como sucede con el inquisitivo y el dispositivo.

Los principios para su mejor estudio se dividen en principios generales o fundamentales y principios del proceso, donde también influye mucho el carácter de su rama, ya se trate de procesal penal, laboral etc.

- **Principio dispositivo:** Según Mario Gordillo “corresponde a las partes la iniciación del proceso”<sup>39</sup>; es decir, que la persona que tenga interés en la resolución de un conflicto tiene en derecho de recurrir a la autoridad competente pasa someterlo al conocimiento, en este caso ante un juez para que este dicte una resolución. Es por ello que el juez es simplemente un sujeto pasivo pues solo dirige el debate y decide la controversia.
- **Principio de valoración probatoria:** Este principio es muy importante para la presente investigación ya que se refiere a la importancia que el juez le da a todos los elementos de prueba que las partes someten a su consideración y el juez para determina si los hechos se encuentran demostrados por los medios o actuaciones realizadas con este objeto.
- **Principio de publicidad:** “se funda en el hecho de que todos los actos procesales pueden ser conocidos inclusive por los que no son parte del litigio”<sup>40</sup> Es decir, consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por él o los

---

<sup>39</sup> Gordillo, Mario. *Derecho Procesal Civil Guatemalteco, Aspectos Generales de los Procesos de Conocimiento*. Pág. 7

<sup>40</sup> *Ibíd.* Pág. 11



funcionarios judiciales; La ley del Organismo Judicial establece en el Artículo 63 "que los actos y las diligencias de los tribunales son públicos, los sujetos procesales tienen el derecho a estar presentes en todas las diligencias o actos pueden enterarse de sus contenidos". Este principio se puede considerar desde dos puntos de vista:

- i) **Publicidad interna:** Se refiere a que las partes en este caso, los fiscales del Ministerio Público y los abogados defensores tienen el derecho de conocer todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso. Así, por ejemplo, las partes se enteran de lo actuado mediante la notificación del auto que la admite. Es por esto que la publicación se cumple mediante la notificación de la providencia.
  - ii) **Publicidad externa:** Es la posibilidad de que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y presenciaren la realización de determinada diligencia. Ejemplo: la audiencia pública de juzgamiento, en materia penal y la recepción de pruebas, en el área civil y laboral.
- **Principio de economía procesal:** Según Chiovenda, "es la obtención del máximo resultado posible con el mínimo de esfuerzo. Este principio se refiere no sólo a los actos procesales sino a las expensas o gastos que ellos impliquen."<sup>41</sup>

Tiene que ver con la presencia de las partes en el desarrollo del debate, porque es el momento en que se produce la prueba y en presencia del ente acusador como del defensor, las personas que intervienen aclaran, ratifican lo que tiene que ver con la causa que se está juzgando en presencia del juzgador que al final resolverá en consecuencia.

- **Impulso procesal de oficio:** Este principio consiste en la obligación que tiene el Ministerio Público de ejercer la persecución penal al momento de tener conocimiento de que se ha cometido un hecho delictivo, sin necesidad de que una persona

---

<sup>41</sup> Álvarez Mancilla, Erick, **Teoría general del proceso**. Pág. 174.



presente una denuncia, salvo en aquellos casos en que por la naturaleza del delito se necesito de una instancia particular para accionar la investigación.

- **Principio de motivación de la sentencia:** Consiste en que el juzgador, exponga los motivos o argumentos sobre los cuales basa su decisión al momento de realizar cualquier resolución dentro del proceso que esta bajo su conocimiento.

La aplicación de este principio permite que las partes puedan conocer las razones que tiene el juez para tomar la decisión y así ejercer el principio de la impugnación.

- **Principio de adquisición:** Según Mario Gordillo este principio "tiene aplicación sobre todo en materia de la prueba y conforme a la mismo, la prueba aportada, prueba para el proceso y no para quien la aporta, es decir, la prueba se aprecia por lo que prueba y no por su origen."<sup>42</sup> Esto significa, que los actos procesales no pertenecen a la parte que los haya realizado, propuesto u originado sino al proceso en sí; es decir, que el acto procesal es común, o sea, que sus efectos se extienden por igual a las dos partes. De ahí que la prueba solicitada por una de las partes puede llegar a beneficiar a la contraparte, pues con base en ésta el juez puede llegar a determinado convencimiento.

- **Principio de la buena fe o lealtad procesal:** Al estudiar este principio se puede considerar que estos dos son diferentes, pero se trata más bien de dos manifestaciones del mismo aspecto, por cuanto ambos se refieren a la conducta de las partes y con el fin de obtener la correcta administración de justicia.

Se refiere básicamente en que las partes no utilicen el proceso o las actuaciones para lograr fines fraudulentos o dolosos, o alegar hechos contrarios a la realidad, o emplear medios que tiendan a entorpecer la buena marcha del proceso.

---

<sup>42</sup> Gordillo, Mario. **Ob.Cit.** Pág. 10.



Tales actuaciones contienen la inobservancia de un deber y por ello conducen a sanciones de tipo patrimonial y de índole penal, que se imponen tanto a las partes como a su respectivo apoderado.

- **Principio de cosa juzgada:** Este principio garantiza que en un mismo proceso no puede haber más de dos instancias y de que no se pueden conocer procesos fenecidos con excepción de los casos de la revisión establecidos por la ley específica. Artículo 211 de la constitución Política de la República de Guatemala,

Guarda, en cierto sentido, relación con el principio de la preclusión, pues los efectos de ambos se concretan a impedir actuaciones posteriores. La diferencia reside en que la cosa juzgada tiene efectos fuera del proceso, mientras que la preclusión obra dentro de este y con respecto a una etapa o estanco. Por ello Chiovenda afirma “que la cosa juzgada es la summa preclusiones”.<sup>43</sup>

- **Principio de la conciliación:** Sabido es que la conciliación es parte del proceso civil y que, asimismo, la legislación guatemalteca reconoce la validez de la conciliación extrajudicial. En la conciliación interviene un tercero, que puede sugerir fórmulas conciliatorias no vinculantes ni obligatorias a las personas en conflicto, quienes tienen la libertad de concluir o no a un acuerdo.

Esta es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos por el cual las partes acuden a un tercero, a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual a un conflicto.

El principio de conciliación busca de manera pacífica solucionar los conflictos sin acudir al poder judicial, la conciliación es un sistema para la solución directa y amistosamente las diferencias que puedan surgir de una relación contractual o extracontractual, mediante la cual las partes en conflicto con la colaboración activa de un tercero o conciliador, ponen fin al mismo, celebrando un contrato de transacción,

---

<sup>43</sup> Álvarez Mancilla; **Ob.cit.** Pág. 177



es decir; es una negociación asistida, donde las partes buscan dar una solución satisfactoria permitiendo, en forma concertada, la intervención de un tercero, que tenga la capacidad de proponer fórmulas conciliatorias, fomentado en todo el momento del proceso la comunicación entre las partes, valiéndose del lenguaje, tanto verbal como no verbal, y del manejo racional de la información, tratando de llegar a sus verdaderos intereses.

En el ordenamiento procesal penal guatemalteco se aplica la conciliación, no para resolver la controversia generada por la comisión de un hecho delictivo, ni mucho menos para determinar la responsabilidad penal del imputado, sino para que, tanto imputado como víctima, alcancen un acuerdo sobre el monto y forma de pago de la reparación civil por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del delito.

- **Principio de intermediación:** Según Gordillo “este principio es uno de los más importantes dentro del proceso, pero de poca aplicación en nuestro sistema, por el cual se pretende que el juez se encuentre en una relación o en contacto directo con las partes, especialmente en la recepción personal de las pruebas”<sup>44</sup>. Es decir, que dentro del proceso penal deben encontrarse la partes, juzgadores, imputados, actores y terceros civilmente demandados para que se den cuenta de todas las resoluciones y actos que se dan dentro del proceso.

Así también es de suma importancia la presencia del juez en la recepción de pruebas indica que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes, es obligar al juez para que utilice o evacúe los casos.

- **Principio de congruencia:** Consiste en la coherencia que debe existir entre lo que se solicita ante el tribunal o juez con las actuaciones y decisiones que tome el juez sobre lo solicitado.

---

<sup>44</sup> Gordillo, Mario. **Ob.Cit.** Pág. 8.



- **Principio de las dos instancias:** Se entiende por instancia, en su acepción más simple de acuerdo con De Santo “cada uno de los grados del proceso, o, en sentido amplio, el conjunto de actuaciones que integran la fase del proceso surtida ante un determinado funcionario y a la cual esté le pone fin mediante una providencia en la cual decide el fondo del asunto sometido a su consideración”<sup>45</sup>.

Se habla de primera instancia para referirse a la comprendida desde que se inicia el proceso hasta la correspondiente sentencia. La segunda se surte ante el superior jerárquico en virtud del recurso de apelación y va desde que este la admite hasta que se decide mediante la correspondiente sentencia. En una y otra sentencia, esto es, tanto la que decide la primera como la segunda instancia, el juzgador goza de autonomía para decidir en el marco señalado o establecido por la ley.

El recurso de casación, al igual que la apelación, forma parte del proceso, por comprender toda la actuación realizada por un funcionario, pero a diferencia de ella, no tiene la condición de instancia, porque, como medio de impugnación extraordinario que es, solo faculta al juzgador para pronunciarse sobre la causal invocada.

Este principio como el de impugnación, tiene por objeto que el funcionario jerárquicamente superior, con mayor conocimiento y experiencia, pueda, en virtud de la apelación, revisar la providencia de un funcionario inferior y subsanar los errores cometidos por este.

- **Principio de impugnación:** Este principio consiste en otorgarles a las partes la facultad de atacar las resoluciones judiciales, con el objeto de enmendar los errores en que pueda incurrir el juez y, evitar el perjuicio que con la decisión pueda ocasionarse a las partes.
  
- **Principio de la prevalencia del derecho sustancial:** Consiste en que el procedimiento este referido a la aplicación del derecho reclamado por el actor que

---

<sup>45</sup> Álvarez Mansilla, **Ob.Cit.** Pág. 169

concorre a la rama judicial en demanda de su reconocimiento. No implica, en forma alguna, que deba satisfacerse las formas procesales, sino que las irregularidades en que se incurra sean saneadas o subsanadas para impedir que al final se produzca declaraciones inhibitorias o de nulidad.



## **1.5. Principios según la legislación guatemalteca**

Los principios son lineamientos o líneas directrices que fundan o argumentan el por qué de los procesos; la legislación guatemalteca establece varios principios que fundamentan el actuar de los operadores de justicia así como también los procedimientos dentro del proceso penal.

### **1.5.1. Principio de derecho a un juicio previo**

La Constitución Política de Guatemala, señala como principio en su Artículo 12 que nadie puede ser "condenado sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante Juez o Tribunal competente y preestablecido". En el mismo sentido se pronuncia el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Art.14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 (Art.8). La existencia de un juicio previo a cualquier condena es pues, un derecho constitucional.

El Código Procesal Penal, contiene y desarrolla la garantía de juicio previo en su artículo cuatro al señalar que *"nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado, no se podrá hacer valer en su contra"*.



### **1.5.2. Principio a ser tratado como inocente**

La sentencia es el único mecanismo por el cual el Estado puede declarar la culpabilidad de una persona, mientras ésta no se produzca en forma condenatoria y esté firme la resolución, el imputado tiene jurídicamente el estado de inocencia.

El derecho a ser tratado como inocente o principio de presunción de inocencia está contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 14, presunción de inocencia y publicidad del proceso: según la Gaceta de los tribunales No. 47, expediente No. 1011-97 en la página 109 establece que “Toda persona es inocente mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, sentencia debidamente ejecutoriada”.

“El Artículo. 14 constitucional reconoce, en su primer párrafo, el derecho fundamental de toda persona a la que se le impute la comisión de hechos, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presuma su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia, y hasta en tanto no se le haya declarado responsable judicialmente...”

En Instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 14, inciso dos, y en el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos o Pacto de San José en el Artículo ocho, inciso dos.

El Código Procesal Penal establece este principio en el Artículo 14 y lo expresa como tratamiento como inocente... “toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente y se le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección”.

### **1.5.3.Principio De Defensa**

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo 12 la inviolabilidad del derecho de defensa. Este derecho es considerado como inviolable. También legalmente es fundamentado este derecho en El Pacto Internacional de Derechos



Civiles y Políticos que establece: Artículo 14 “que la persona tiene derecho de estar presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste, a tenerlo y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo”.

También, le asiste el derecho a estar presente en el proceso y hacer interrogar (o interrogar personalmente si asumió su propia defensa) a los testigos de cargo y descargo, a no declarar contra si mismo y a ser asistido por abogado. La Convención Americana de Derechos Humanos, en el Artículo ocho, establece “que el inculpado tiene derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”.

El derecho de defensa cumple dentro del sistema de garantías un rol especial. Por una parte actúa como una garantía más, y por otra, es la principal vía para asegurar la efectiva vigencia del resto de las garantías procesales.

El Código Procesal Penal guatemalteco, desarrollando la normativa constitucional del derecho de defensa, le otorga al imputado la facultad de hacer valer por si mismo o por medio de abogado defensor sus derechos, desde el primer acto del procedimiento

dirigido en su contra; también regulado en el Artículo 71 de la Constitución Política de la república de Guatemala.

#### **1.5.4. Principio de prohibición de persecución y sanción penal múltiple**

En un Estado de Derecho, en base a los principios de libertad y seguridad jurídica, no se puede permitir que una persona pueda ser enjuiciada o sancionada repetidas veces por los mismos hechos (non bis in ídem).

Si bien este principio no está explícitamente desarrollado en la Carta Magna, el Artículo 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala, párrafo segundo, establece la prohibición para los tribunales y autoridades de conocer procesos fenecidos. Los pactos

internacionales sobre Derechos Humanos, normas preeminentes sobre la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 46, lo detallan.



Así el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos se señala en el Artículo 14, inciso siete, que *"nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país"*. En el mismo sentido se pronuncia la Convención Americana en su Artículo ocho, inciso cuatro.

El Código Procesal Penal, en su Artículo 17, señala que habrá persecución penal múltiple cuando se de el doble requisito de persecución a la misma persona por los mismos hechos.

#### **1.5.5. Principio de publicidad**

La publicidad de los actos administrativos viene estipulada en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 30. La Convención Americana señala en su Artículo ocho, inciso cinco, la publicidad del proceso penal salvo en lo necesario para preservar los intereses de la justicia.

El juicio público permite una mejor intervención del imputado, el control ciudadano sobre la actividad de los jueces y Fiscales y en general mayor transparencia. El Código Procesal Penal, prescribe en su Artículo 12 la publicidad del proceso.

Sin embargo, la publicidad también tiene un componente negativo, por cuanto el simple hecho de ser sometido a proceso implica un daño en el reconocimiento social del imputado. Por ello, el Artículo 314, limita durante el procedimiento preparatorio, la publicidad a las partes procesales y el deber de reserva.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la publicidad también podría obstaculizar la investigación, en aquellos casos en los que no se haya dictado auto de procesamiento, el Ministerio Público podrá disponer, por un plazo no superior a diez días, la reserva total o parcial de las actuaciones. El plazo podrá prorrogarse por otros diez días, pero en este



supuesto, los interesados podrán solicitar al juez que ponga fin a la reserva.

Durante el debate, la norma será la publicidad, que podrá limitarse en los casos señalados en el Artículo 356 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92, mediante resolución debidamente fundamentada.

#### **1.5.6. Principio a ser juzgado en un tiempo razonable**

La Convención Americana establece en el Artículo siete, inciso cinco el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable. El hecho de estar sometido a un proceso, supone un perjuicio psíquico y económico en la persona del imputado, que se agrava en el supuesto que se le imponga alguna medida de coerción. Por todo ello, es un derecho básico el que se resuelva la situación jurídica del sindicado en el menor tiempo posible.

Dentro del Código Procesal Penal Decreto 51-92 se han tomado decisiones importantes respecto a los tiempos. En primer lugar, a través de las medidas desjudicializadoras, La conciliación, la mediación y el Procedimiento Abreviado, se encuentran vías rápidas de resolución, siempre que se cumpla con los presupuestos legales.

*En cuanto al Procedimiento Preparatorio, según la reforma del Decreto 18-2010 al del Artículo 82 Código Procesal Penal Decreto 51-92 establece en el inciso 6 "El fiscal y el defensor se pronunciaran sobre el plazo razonable para la investigación. El juez deberá fijar día para la presentación del acto conclusivo y día y hora para la audiencia intermedia, la cual deberá llevarse a cabo en un plazo no menor de diez (10) días ni mayor de quince (15) días a partir de la fecha fijada para el acto conclusivo.*

#### **1.5.7. Principio de juez imparcial**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art.14) y la Convención Americana (Art. 8), establecen como derecho del imputado, el ser juzgado por un juez o tribunal imparcial. Los mecanismos Constitucionales y legales existentes para asegurar la imparcialidad del juez.

La independencia del juez es un principio constitucional, los jueces y magistrados,  deben atenerse a lo fijado por la Constitución Política de la República de Guatemala, los tratados internacionales ratificados por Guatemala y las leyes del país.

Esta garantía contenida en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Artículo ocho de la Convención Americana tiene como finalidad asegurar la independencia del juez, evitando que los poderes del estado puedan elegir en cada caso, al juez que convenga más a sus intereses. Quedan totalmente prohibidos los tribunales de fuero especial. Por estas razones es de suma importancia la existencia de un mecanismo objetivo y no manipulable en la determinación de la competencia de cada juez o Tribunal.

Por ello, el Código Procesal Penal, rompiendo con el sistema inquisitivo, delimita entre fiscal, juez de primera instancia y tribunal de sentencia, las funciones de investigar, controlar la investigación y dictar sentencia.

Sin embargo, puede no ser suficiente pues el juez puede tener amistad, enemistad, prejuicio, interés, parentesco con el alguno de los sujetos procesales, pudiéndose poner en peligro su objetividad. Es por eso que el Código Procesal Penal en el Artículo 62 y la Ley del Organismo Judicial, especifican y desarrollan los impedimentos, excusas y recusaciones.

## CAPÍTULO II



### 2. La prueba en el proceso penal guatemalteco

En el sistema acusatorio guatemalteco, el elemento principal lo constituye la prueba, que para el efecto de lo que interesa a esta investigación, sin ella no puede desarrollarse y llevar a buen fin un proceso, la doctrina, por ejemplo estipula que ella, la prueba, es la materia de la que disponen los juzgadores para acercarse a la verdad real y la ley, es la base legal que permite utilizarse, dentro del proceso. Debe cumplir con una serie de características, que se presentan en fases para que sea legalmente aceptada dentro del proceso; en este capítulo se examinan y exponen cada una de las características, elementos y fases que la legislación guatemalteca establece.

#### 2.1. La prueba

El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y las circunstancias en que pudo ser cometido, el establecimiento de la posible participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia y su ejecución, lo que necesariamente requiere de la presentación de pruebas. El objeto es obtener, mediante la intervención de un juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado ejercida a través de la actuación del Ministerio Público. Como el proceso puede terminar antes de la sentencia, se habla de resolución en forma general. Se busca determinar si se cometió o no el delito, se pretende la convicción, una certeza positiva o negativa. Si se comprueba la existencia de la comisión de un delito, se estará sujeto a las consecuencias jurídicas de la acción, típica, antijurídica y culpable y por ende la sanción para el infractor. Dicho con otras palabras, que cuando se tiene la evidencia de que una persona pudo participar en una acción que por imperio de la ley se cuenta entre las conductas prohibidas y más aún sujetas a la aplicación de una pena, la parte que considera que su derecho a sido vulnerada se presenta al Ministerio público presenta su denuncia e inmediatamente se activa la función de persecución penal que tiene el Ministerio Público.

El fin del derecho procesal penal es comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, siempre que la acción penal no haya prescrito. Así como, esclarecer o determinar la



responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación archivando el proceso en su contra, cuando no se pruebe su responsabilidad durante la investigación; por lo que se requiere probar el hecho denunciado.

La prueba se define como “la demostración de la verdad, de la existencia de una cosa de la realidad de un hecho”<sup>46</sup>, la “presunción o convencimiento que se origina en otro y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. También como razón, argumento, declaración, documento u otro medio para garantizar la verdad o falsedad de algo”.<sup>47</sup>

El Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, establece que la prueba es: “Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encamina a mostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas. Las pruebas generalmente admitidas en la legislación son: las de indicios, las presunciones, la confesión en juicio, la de informes, la instrumental -también llamada documental-, la testimonial y la pericial, entre otras.

Haciendo un resumen de las definiciones anteriores la prueba es todo elemento que utilizan las partes dentro de un proceso para demostrar o respaldar sus argumentos, como por ejemplo: la prueba sirve para demostrar la culpabilidad o inocencia de una persona sindicada de la comisión de un delito dentro del proceso penal.

Además del significado anterior, una definición con mayor relieve jurídico, es el que considera la prueba como “toda razón o argumento para demostrar la verdad o falsedad en cualquier esfera y asunto.”<sup>48</sup>

Algunas legislaciones determinan el valor de ciertas pruebas, a las que se tiene que atener el juzgador; pero lo más aceptable es que la valoración de las pruebas sea efectuada por el juez con arreglo a su libre apreciación. En Guatemala la legislación procesal penal manda que esta valoración se haga con base en una sana crítica razonada.

La actividad probatoria es, sin duda alguna, la más importante del proceso. Si el proceso penal tiene como finalidad establecer la verdad de un hecho tenido por delictuoso y el

<sup>46</sup> Cabañas Guillermo. **Ob. Cit.** Tomo V. Pág. 497.

<sup>47</sup> **Ibíd.** Tomo V. Pág. 497.

<sup>48</sup> Osorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.** Pág. 625.



descubrimiento y castigo de los responsables, la forma de establecer esta verdad es prueba de los hechos que se han tenido como inciertos.

Del resultado de la prueba, la hipótesis primitiva se convierte en certeza, o desaparece aquella hipótesis como falsa por falta de certeza. De esa cuenta, la actividad del juzgador tiene cierta semejanza con la del historiador, que trata de reconstruir los hechos históricos, utilizando procedimientos lógicos con los rastros o vestigios que hayan dejado aquellos hechos. Es por eso que se ha dicho que en el proceso penal lo que se busca es establecer la verdad histórica que ha de servir de base a la resolución final.

Si se trata la extensión del concepto de prueba en materia penal, se dice que esta tiene por límite el convencimiento del juez sobre la verdad de los hechos que son objeto del proceso. Así la define Fenech al decir que su función “es formar el convencimiento del juez o tribunal sobre la verdad de los hechos objeto del proceso”<sup>49</sup>; y así también lo expresa Viada que es “la actividad encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del juez o tribunal con respecto a la verdad o falsedad de los hechos”.<sup>50</sup>

La prueba no consiste en averiguar sino en verificar. La prueba en el nuevo proceso penal únicamente tiene lugar en la etapa del juicio oral. Es aquí donde el tribunal verifica las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa. Toda la actividad que precede al juicio oral y que se lleva a cabo durante la etapa de investigación no constituye propiamente actividad probatoria destinada a verificar hechos sino actividad de instrucción destinada a averiguarlos, lo que nos exigirá reconocer las diferencias existentes entre los actos desarrollados en cada una de dichas etapas.

La prueba es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos de que las partes presentan en el incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías.

---

<sup>49</sup> Fenech, Miguel. **Derecho Procesal Penal**, Tomo I. Pág.8

<sup>50</sup> Viada, Carlos. **Curso de Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Pág. 132.



## **2.2. Naturaleza jurídica**

El tema de la naturaleza jurídica de la prueba se ha prestado a grandes confusiones. En primer término, en cuanto al derecho civil corresponde, ha existido la duda sobre si la prueba pertenece al derecho material o sustantivo, o al derecho procesal o subjetivo. La duda surge porque en la vida Civil, sin que exista o pueda existir en el futuro ningún proceso, hay necesidad de dejar constancia de la existencia de determinados actos, para seguridad de las personas o bienes, como en los casos de los contratos, de los registros, etc. De ahí que muchos autores del Derecho Civil consideren la prueba o al menos una parte de ella, dentro del derecho sustantivo.

En el Derecho penal no se presenta esta duda pues los hechos criminosos se efectúan generalmente en la sombra, procurándose destruir todos aquellos elementos que pudieran dar origen al descubrimiento del delito o de la persona del delincuente. La prueba en materia penal, por lo tanto, se reduce a lograr la convicción del juez y, en este sentido, es eminentemente procesal.

Cabe precisar que la Teoría General de la Prueba no hace distinción alguna entre la Prueba Penal, Civil, Administrativa u otra más, dado que los principios básicos son aplicables a todas. Tanto así que ni siquiera hace distinguir entre la Prueba Judicial y la no judicial, dado que sus fundamentos son aplicables a cualquier ciencia.

La prueba adquiere categoría judicial cuando es tomada en cuenta dentro de un proceso, sea éste civil, penal u otro.

Si se considera que la prueba en general lo que persigue es llegar a la verdad, mal podemos hablar de verdad real y de verdad formal. Pues, como ya expusimos anteriormente, la prueba tiene por objeto llevar al Juez al convencimiento de la existencia o inexistencia de un hecho; es decir, crear certeza. La misma que no necesariamente puede coincidir con la realidad.

## **2.3. Objeto de la prueba**

El derecho procesal penal tiene por objeto esclarecer el hecho denunciado, previa la producción de pruebas. El objeto es obtener, mediante la intervención de un juez, la



declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado, quien la ejerce a través de la acción del Ministerio Público. Se busca determinar si se cometió o no el delito. Si se comprueba la existencia de delito, aparecerán las consecuencias jurídicas: la sanción para el infractor

El objeto de prueba en el proceso penal no consiste en comprobar afirmaciones de las partes sino en reconstruir el hecho desde su inicio y estudiar a su autor, a efecto de determinar su responsabilidad dentro del proceso penal. En el proceso penal existe libertad de los medios de prueba, lo que permite a las partes utilizar cualquier medio idóneo que sirva para probar o improbar una aseveración o negación dentro del hecho que se está juzgando. En el proceso civil la ley señala taxativamente cuáles son las pruebas pertinentes o impertinentes.

Según Alberto Herrarte “el objeto de la prueba es la materia sobre la que recae la actividad probatoria, es lo que se debe probar para dar por cierto el acontecimiento histórico que es objeto del proceso y que al principio aparece como incierto”.<sup>51</sup>

Para muchos autores el objeto de la prueba puede considerarse como abstracto o concreto, es decir, lo que corresponde probar en cualquier proceso penal y lo que debe probarse en un proceso específico. El primero se refiere a la idoneidad de la prueba y comprende:

A) la realidad material: aquí van incluidos todos los acontecimientos y la conducta de los hombres que han producido un cambio en el exterior. Cualquiera que éste sea si tiene importancia en el proceso especialmente los relacionados con la voluntad del sujeto, para determinar el grado de voluntariedad del acto;

B) Los principios de la experiencia: son normas o reglas de conducta social, que adquieren cierta validez por su constante repetición y porque son aceptadas por los hombres; tal como los usos comerciales, las reglas de sociabilidad, la costumbre, etc.;

C) El Derecho como parte del objeto de la prueba, se refiere a aquellas normas jurídicas que pueden tener importancia en un caso penal.

El objeto de la prueba en concreto se reduce a los aspectos de pertenencia y relevancia que debe tener la prueba en un caso específico. Es evidente que todos los hechos son

---

<sup>51</sup> Herrarte, Alberto. **Op. Cit.** Pág.151.



susceptibles de prueba; pero, en un caso dado, sólo pueden aceptarse pruebas que tiendan a demostrar hechos que tengan relación con el objeto del proceso y no aquellos demasiado lejanos, cuya vinculación con los fundamentos no pueda establecerse.

## 2.4. Características de la prueba

Para que la prueba sea aceptada dentro de un proceso penal, debe contener ciertos elementos que la individualizan como tal. Alcalá Zamora citado por Borja Osorno expresa “no existe una unanimidad de la doctrina acerca de las diferentes características de la prueba”<sup>52</sup> es por ello que a continuación se exponen una serie de características se han estudiado y que podrían ser las fundamentales; para que sea efectiva y no entorpezca ni atrase el proceso.

**2.4.1. Histórica.-** La prueba nos brinda el conocimiento de algo pasado, de aquello que modificó el bien jurídico del sujeto.

**2.4.2. Sustancial.-** El objeto de la prueba es el arribo de la certeza por parte del Juez respecto a la existencia o inexistencia de un hecho.

**2.4.3. Racional.-** La relación de causalidad (causa-efecto) sólo puede determinarse en base al razonamiento.

**2.4.4. Subjetiva.-** La prueba penal es el resultado de un trabajo crítico y reflexivo del investigador.

## 2.5. Momentos de la prueba

En la prueba se distinguen varios momentos o etapas que deben cumplirse, para que la prueba sea aceptada y valorada por un juez en el proceso penal guatemalteco, según la legislación guatemalteca, se debe seguir un procedimiento específico para proponer la prueba en el momento procesal oportuno para que el juez la acepte, luego se presenta

---

<sup>52</sup> Borja Osorno, Guillermo, **Derecho Procesal Penal**, Pág. 279

dentro del proceso y por ultimo el juez la valora según la sana crítica razonada. El Código Procesal Penal en el Artículo 347 se establece el “ofrecimiento de la prueba”



**2.5.1. La Proposición:** Es la declaración de voluntad hecha por una persona a fin de introducir en un proceso un determinado medio de prueba.

**2.5.2. La Recepción:** Es el momento en que el Juez toma conocimiento de la existencia de la prueba, debiendo decidir su admisión o rechazo.

**2.5.3. La Ejecución:** Es el acto en el que el Juez ordena la actuación de las pruebas ofrecidas.

**2.5.4. Apreciación o Valoración:** Es el proceso psicológico mediante el cual el Juzgador verifica el valor de la prueba luego de haberla actuado.

## **2.6. Carga de la prueba penal**

En el proceso penal (cuando se trata del ejercicio de la acción pública) la imputación su titular, es el Ministerio Público, que generalmente no representa la fuente primigenia de la acusación, pues, casi siempre, formula la imputación sobre una noticia del delito que ha recibido. Por mandato legal es el Ministerio Público quien tiene el deber de probar las imputaciones que promueve, pero no se le puede considerar como el único administrador de la prueba. El Juez Penal debe llegar a la certeza libremente, no basta pues con las pruebas suministradas por el acusador, debe además indagar de oficio, tanto en el período de instrucción como en el juicio oral.

Según Herrarte “en el proceso penal, los poderes del juez son mayores, por tratarse de la investigación de hecho delictuoso, el juez puede no sólo corregir los hechos introducidos por las partes, sino introducir de oficio nuevos hechos, por lo tanto como el objeto de la prueba pertenece a todas las partes, no puede tener cabida la carga de la prueba desde el punto de vista subjetivo o formal. Se habla entonces de una carga de la prueba material u objetiva, consiste en el interés que pueda tener cada una de las partes en probar determinados hechos que consideren favorables para conseguir determinados hechos jurídicos. Pero en este caso juegan solamente el interés positivo o negativo, sin que pueda



hablarse de un deber. En este sentido el acusador tendrá el interés de demostrar la existencia de los hechos imputados y la responsabilidad del acusado; en tanto que el defensor tendrá el interés en demostrar la inexistencia de esos hechos o su falta de participación en los mismos. Pero, como la prueba de los hechos negativos resultaría una carga injustificada al procesado, su papel puede ser meramente pasivo, en virtud del principio de "*in dubio pro reo*".<sup>53</sup> la prueba no puede basarse en presunciones y tiene que ir más allá de la duda razonable

En el proceso civil rige, como norma general, el principio de carga de la prueba por el que la persona que afirma un hecho debe probarlo. Sin embargo, esta regla no es válida para el proceso penal, por dos razones principales:

- En primer lugar hay que indicar que el imputado goza del derecho a la presunción de inocencia, en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala y del Código Procesal Penal Decreto 51-92. Las partes acusadoras han de desvirtuar la presunción, demostrando su teoría si quieren lograr la condena. Si por ejemplo, el imputado alega legítima defensa, no le corresponde a su abogado probar la existencia de la misma, sino que el fiscal tendrá que demostrar que su hipótesis es cierta y que no cabe la posibilidad de aplicar esta causa de justificación. Por ello, se puede decir que aunque la defensa no interviniese, si la acusación con su prueba no logra desvirtuar la presunción de inocencia, el tribunal tendrá que absolver.
- 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 (Art. 108 y 290 Código Procesal Penal). 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, por lo tanto si la defensa alega alguna circunstancia favorable, el fiscal deberá investigarla. Por todo ello, podemos afirmar que la carga de la prueba en el proceso penal no recae en quien alegue un hecho, sino en las partes acusadoras.

---

<sup>53</sup> Herrarte, Alberto. **Op. Cit.** Pág.154.



## **2.7. Valoración de la prueba**

Existen distintos sistemas para valorar la prueba, a continuación se definirán los que la legislación guatemalteca reconoce y se consideran los más importantes:

### **2.7.1. Sistema de prueba legal o prueba tasada**

En este sistema, la ley procesal explica bajo que condiciones el juez debe condenar y bajo cuales debe absolver, independientemente de su criterio propio. Figura utilizada en el sistema inquisitorio. El Código Procesal Penal anterior se basaba en este sistema. Por ejemplo, el Artículo 701 estipulaba que la confesión lisa y llana, con las formalidades de la ley, hacía plena prueba o el Artículo 705 que establecía que “no hacía prueba en adulterio la confesión de uno solo de los encausados”. De fondo este sistema se basa en la desconfianza hacia los jueces y pretende limitar su criterio interpretativo. Y coloca a los sujetos procesales en situación de indefensión.

### **2.7.2. La libre convicción**

En el sistema de libre convicción, la persona, el juzgador, toma su decisión sin tener que basarse en reglas abstractas y generales de valoración probatoria, sino que en base a la prueba presentada debe decidir cual 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 con jurados.

### **2.7.3. La sana crítica razonada**

El juez debe convencerse sobre la confirmación o no de la hipótesis presentadas por el ente acusador a partir de un análisis racional y lógico, basado en los principios de la lógica, la psicología y la experiencia. Por ello 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 requiere que el juez describa el elemento probatorio y realice su valoración crítica. 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,

acoge este principio en sus artículos 186 y 385. Si bien la valoración de la prueba es tarea eminentemente judicial, el fiscal deberá recurrir a la sana crítica para elaborar sus hipótesis y fundamentar sus pedidos también es facultad de la defensa argumentar de acuerdo a las pruebas presentadas la existencia de una duda favorable que de acuerdo a los principios procesales favorece al imputado.

## 2.8. Medio de prueba

Por medio de prueba se entiende, el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso, es decir, los medios de prueba son, un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está regido por ciertas garantías y que tiene su razón de ser en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juzgador para adquirir conocimiento de los hechos.

Para Cafferata Nores medio de prueba "es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso"<sup>54</sup>.

Según el Diccionario Usual de Ciencias Jurídicas, medio de prueba "llámese así a las actuaciones que dentro de un procedimiento judicial, cualquiera sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio. En materia penal son también las actuaciones que en el sumario o en el plenario tratan de investigar la culpabilidad o inocencia del inculpado."<sup>55</sup>, es decir, Son los instrumentos que se pueden utilizar para demostrar un hecho en el proceso.

En el proceso se aportan elementos de prueba para crear certeza en el Juzgador respecto a la existencia del hecho punible, así como, la responsabilidad de sus autores.

Medio de prueba es todo aquello que sirve para establecer la verdad de un hecho, o bien lo que sirve de instrumento para llevar al ánimo del juzgador el convencimiento sobre la verdad o certeza de un hecho.

A menudo se confunde el objeto y el medio de prueba, debido a que el "objeto de la prueba recae sobre personas o cosas y el medio de prueba es proporcionado por personas o cosas.

<sup>54</sup> Cafferata Nores, José. **La Prueba en el Proceso Penal**. 1994 Pág. 31.

<sup>55</sup> Cabañas Guillermo. **Ob. Cit.** Tomo V Pág. 460.



Sin embargo; cabe hacer una distinción: el juez puede procurarse directamente por el objeto de la prueba, mediante sus propios sentidos o sus percepciones personales<sup>56</sup>; por ejemplo, La persona que suministra al juez el conocimiento del objeto de la prueba puede considerarse entonces como órgano de la prueba; y, así tendríamos en el caso del testigo, que este es un órgano de la prueba, su testimonio sería el medio de prueba y el conocimiento que se adquiere mediante él sería el objeto de la prueba:

### 2.8.1. Elementos de prueba

Según Alfredo Vélez Mariconde "...elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva"<sup>57</sup>

Elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. Por medio de prueba entenderemos, en cambio, el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Otro aspecto a destacar está relacionado con la existencia, a través del concepto de medios de prueba, de un procedimiento para la incorporación de los elementos de prueba al proceso que debe respetar un cúmulo de garantías y que tienen que ver con su licitud.

### 2.9. La prueba según la legislación guatemalteca

Para Jorge Fábregas la "prueba es todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso penal son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva. La prueba es el único medio para descubrir la verdad y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales"<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Herrarte, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 156

<sup>57</sup> Vélez Mariconde, Alfredo. **Derecho procesal penal**, Pág.16

<sup>58</sup> Fábregas, Jorge, **Teoría General de la Prueba**; Pág.20

Es decir, la prueba es todo medio que sirve para investigar y demostrar cualquier hecho que tenga consecuencias jurídicas o para demostrar la inocencia o culpabilidad de una persona en un proceso penal.



Según la terminología del Código Procesal Penal Decreto 51-92, prueba sólo será lo actuado en el juicio oral, mientras que todo el material reunido durante la investigación es denominado elementos de convicción. Sin embargo, la normativa de valoración y legalidad de la prueba rige también para los elementos de convicción: Por ejemplo, un juez no podrá basarse en un elemento de convicción ilegalmente obtenido para fundamentar una orden de captura. Por ello, en este manual el término prueba es usado de forma amplia.

Los Artículos 181 y 183 del Código Procesal Penal Decreto 51-92, señalan las características que debe tener la prueba para ser admisible:

### **2.9.1. Objetiva**

La prueba no debe ser fruto del conocimiento privado del juez ni del fiscal, sino que debe provenir al proceso desde el mundo externo, siendo de esta manera controlada por las partes. Por ejemplo, si el juez conoce de un hecho relevante relacionado con el proceso a través de un amigo, no podrá valorarlo si no es debidamente introducido al proceso. El Código Procesal Penal en su Artículo 181 limita la incorporación de la prueba de oficio a las oportunidades y bajo las condiciones previstas por la ley.

### **2.9.2. Legal**

La prueba debe ser obtenida a través de medios permitidos e incorporada de conformidad a lo dispuesto en la ley y no violen los Derechos Humanos Fundamentales que garantiza el Estado de Derecho. La ley establece que no puede incorporarse un medio de prueba, que haya sido obtenido por un medio prohibido. Tales como tortura, indebida intromisión en la intimidad etc.



### **2.9.3. Útil**

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

### **2.9.4. 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.

### **2.9.5. No abundante**

Una prueba será abundante cuando su objeto haya quedado suficientemente comprobado a través de otros medios de prueba.

### **2.9.6. La prueba pericial**

Esta prueba está sujeta a principios especiales que detallaré en el capítulo siguiente. Tiene lugar cuando son necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte para poder resolver sobre la existencia o no existencia de hechos litigiosos por regla general, no concierne a las cuestiones dudosas del derecho pero también si se trata el derecho extranjero o el derecho consuetudinario.

## **2.10. Incorporación de la prueba al proceso**

Durante el procedimiento preparatorio, la prueba (elementos de convicción), se introducen al proceso a través de la investigación del Ministerio Público. Cuando el defensor o el querellante desean introducir elementos de convicción, deben de solicitar al Ministerio Público que los incorpore. Tan sólo en el caso de que este se oponga, recurrirán al juez

según se encuentran regulado en los Artículos. 116 y 315 del Código Procesal Penal Decreto 51-92 para que ordene la práctica de diligencia.



En ningún caso se podrá admitir que las partes recurran directamente al juez a presentar sus pruebas. Por ejemplo, no debe admitirse en la audiencia de revisión de una medida sustitutiva que la defensa presente un testigo que no fue previamente presentado a la fiscalía. Los elementos de convicción reunidos servirán para fundamentar el pedido del Ministerio Público (acusación, sobreseimiento, etc.) así como para resolver sobre las medidas de coerción propuestas.

Tan solo la prueba válidamente introducida al juicio oral, podrá ser valorada para fundamentar la sentencia.

## CAPÍTULO III



### 3. El peritaje

El peritaje es el estudio que realiza un perito, persona con conocimiento en determinada materia, con el fin de aclarar, ampliar o dar a conocer acerca de un tema específico a operadores de justicia, jueces, fiscales, abogados defensores; es decir, el peritaje permite ampliar y aclarar conocimientos que estos no están obligados a conocer. El peritaje ilustra en el proceso penal a todos por igual.

Se aborda en este capítulo el peritaje en forma general, partiendo de la definición primaria en forma amplia; se exponen sus características y los elementos que se necesitan para su buena aplicación y validez dentro del proceso penal.

Es importante aclarar que no hay mucha doctrina establecida sobre el tema y que la legislación guatemalteca determina al peritaje como medio de prueba, según el Código Procesal Penal Decreto 51-92 en la sección quinta, establece las Peritaciones Especiales; y en el Artículo. 182 del capítulo V cuando se refiere a la prueba, la ubica como libertad de prueba, sin especificar lo que es el peritaje ni los elementos que debe contener. Para ello se sirve esta investigación de la práctica penal guatemalteca y en la experiencia de quienes la utilizan.

#### 3.1.- Conceptualización y generalidades

El peritaje ha sido contemplado en el derecho procesal como un medio de prueba que permite llevar a la convicción de lo que sucedió, a las y los operadores de justicia de un hecho que se desea probar. Hay distintos tipos de peritaje, tantos como ciencia o arte conocido o desconocido que tenga que ver con un hecho que se considera litigioso.

El perito no opera como el experto, que presenta sus informes y conclusiones sobre hechos reales, que están a la vista y que responden a cierto mecanismo para producir un resultado, es lo que se conoce como ciencia exacta, el perito informará sobre situaciones sobre ciencia social que no funciona en forma mecánica. Sobre la persona que lo presenta, Camelutti, hace una distinción entre testigo y perito, fundándose en que el primero narra



hechos y el segundo formula juicios sobre los hechos controvertidos. Dice que lo que debe diferenciar a las dos clases de pruebas, es lo siguiente: El perito es un sujeto y el testigo es un objeto del proceso tanto uno como otro proporciona al juez, noticias, siendo el origen de las mismas diverso. La ciencia del perito se forma en el proceso y la ciencia del testigo fuera del proceso. Por su parte Eduardo Pallares difiere de Carnelutti "exponiendo que el perito se distingue del testigo en que aquel aporta al debate juicios de valoración y de carácter técnico fundados en una ciencia o arte en que sea perito mientras que el testigo solo declara lo que percibe por medio de sus sentidos".<sup>59</sup>

El peritaje cultural es un mecanismo que permite tomar en cuenta la influencia de las prácticas culturales diferentes en sociedades pluriculturales, donde el derecho oficial se aplica en forma general sin tomar en cuenta que las personas tienen sentido de identidad y sentido de pertenencia y hay prácticas arraigadas que ocupan un lugar predominante en su actuación, independientemente de lo que indiquen los códigos penales.

El diccionario de Derecho Usual define el peritaje en sentido amplio, como "la acción que realiza un especialista, conocedor práctico, versado en una ciencia, arte u oficio, y al perito o perita: a) Como a la persona que posee estudios reconocidos oficialmente. b) Tiene experiencia en una rama del conocimiento o en un oficio cualquiera. El perito o perita judicial es definido en el mismo diccionario como la persona que poseyendo conocimientos especiales teóricos o prácticos informa bajo juramento al Juez o tribunal sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su saber y experiencia.

Los y las peritas se constituyen asesores o auxiliares de la justicia por cuanto contribuyen a formar el criterio de los jueces en materia que no tienen porqué conocer.<sup>60</sup> El peritaje cultural se convierte en el vehículo que permite la aspiración holística, lograr la comprensión entre culturas diferentes, la interpretación de una cultura por otra con el objeto de aplicar el derecho penal con la efectividad pretendida en el espíritu de la ley, sienta las bases sólidas de la justicia, al mismo tiempo que permite al Estado cumplir con su deber de protección a todos y todas.

Se aborda la forma en que el Estado concibe la inclusión de todos y todas con el objeto de que en la sociedad pluricultural sean tomadas en cuenta las diferencias de tipo cultural, que

<sup>59</sup> Pallares, Eduardo. **Ob.Cit.** Pág.601.

<sup>60</sup> Cabanellas Guillermo y Alcalá Zamora. **Ob.Cit.**, Tomo V, Pág. 311- 313.

puedan colocar en zona de vulnerabilidad a grandes conglomerados sociales entre ellos las mujeres y miembros de pueblos indígenas.



### **3.2. Naturaleza jurídica del peritaje cultural**

Sin estudios sistematizados sobre el peritaje cultural en nuestro medio este se ubica según la legislación guatemalteca dentro de la libertad de prueba que establece el Código Procesal Penal en el Artículo 182, dicha regulación permite el ingreso de la prueba en el proceso penal para ser conocido por el tribunal y las partes cumpliendo con los supuestos procesales que se requieren para todas las pruebas, que adquieren pleno valor en virtud de la valoración que le dan los jueces. Por lo tanto será una prueba siempre que los juzgadores le den ese valor. Los aspectos que resaltan de la prueba y que se dan en el peritaje cultural son los siguientes:

- Esta prueba procede cuando se cumplen los supuestos de una colisión de origen cultural entre dos sistemas normativos. Por ejemplo El Derecho oficial y el Derecho Indígena (Para algunos también denominado, Derecho Consuetudinario o Derecho Maya.). Puede darse también una colisión entre la práctica de la medicina bio-médica y la medicina tradicional alternativa etc.
- La proposición la realiza la parte que tenga interés en señalar algún factor cultural que escapa a la voluntad del sindicado y permite una mejor apreciación de los que juzgan. Grado máximo de respeto a la costumbre de culto a los muertos, no permitir una autopsia.
- El o la perita recibe directamente de la parte que propone el peritaje en forma clara y sencilla, la materia que interesa se presente en el peritaje.
- Acercamiento a la comunidad lingüística y cultural sobre las prácticas tradicionales y regulaciones legales que pueden entrar en conflicto. Es el caso que el derecho oficial no contempla dentro de los tipos penales las prácticas de brujería.



- Ratificación y ampliación del peritaje. Se realiza en el debate oral y público, donde la solicitud del que propone este medio de convicción, se lee el informe en su totalidad o bien las conclusiones, la decisión es de los Juzgadores/as.
- Esta prueba pericial es apreciada de acuerdo a la sana crítica razonada.
- El o la perita prepara un informe que se presenta al tribunal, en la audiencia de debate oral y público. Este informe debe contener una lógica en su presentación, los motivos que llevan a realizar el peritaje, un marco teórico que fundamente el derecho y la necesidad de presentar el peritaje. Un marco contextual con la historia de vida de la persona que requiere del peritaje y las circunstancias del hecho delictivo, que tenga que ver con prácticas culturales diferentes.
- El objeto de la prueba es el estudio, examen, y aplicación de un hecho, de un objeto, de un comportamiento, de una circunstancia o de un fenómeno.

### **3.3. Elementos a tomar en cuenta en los peritajes**

Los elementos que se toman en cuenta para la elaboración de un peritaje son los siguientes: esto según la poca bibliografía especializada, cada perito, al elaborar el informe pericial toma en cuenta diferentes elementos, que tiene que ver con su pericia, su preparación profesional o la práctica de una cultura diferente. No hay criterios comunes.

- a) Que no todos los integrantes de pueblos indígenas, ni todas las mujeres, sin distinción, que están involucrados en procesos legales requerirán de un peritaje que resuelva su controversia. Solo se requerirá de un peritaje en el caso de que el ilícito esté relacionado con un factor cultural o de contradicción entre normas que se practican en las comunidades y normas del derecho oficial, caso de peritaje con enfoque étnico, y en el caso de las mujeres que el ilícito sea relacionado con una situación de subordinación o de violencia de cualquier tipo (física, psicológica, económica, sexual etc.).
- b) Al analizar la complejidad de la causa que se juzga, se debe decidir que tipo de especialista debe realizarlo, no siempre será materia para un antropólogo o un jurista con especialidad en temas indígenas. Hay asuntos que son materia de otras especialidades.



Debe pensarse en la conveniencia que este tipo de especialistas puedan estar asociados y ser ubicados en un banco de recursos humanos y que se tengan criterios mínimos comunes para realizar el trabajo.

d) Hay cuestiones de convivencia diaria de usos y costumbres, donde el peritaje puede hacerlo una persona de la comunidad, un perito práctico, por ejemplo: La Licda: Rodas Gramajo, Lucila: denegó una solicitud de peritaje. En la solicitud para realizar el peritaje, la pregunta principal giraba en torno a. ¿Qué diga la perita si a los oriundos de una aldea de Jutiapa, Las Anonas, les dicen como alias, apodo o sobrenombre: anona? La perita respondió que en ese caso no requieren un especialista. Basta con preguntar a los vecinos de la comunidad en una investigación común.

e) El peritaje cultural, no debe por alguna circunstancia ser minimizado, ni maximizado porque perdería su sentido.

Estos peritos deben tener una comunicación constante con los abogados/abogadas que requieren sus servicios para entender de la mejor manera lo que se desea demostrar. También se deben especificar ciertos criterios generales como la necesidad de la utilización y elaboración posible del peritaje antropológico o cultural, señalando cuando se requiere de un profesional o de un perito práctico.

Leif Korbaeck (2,005) (según notas de clase en programa de "Interculturalidad Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. Instituto de la Defensa Pública Penal, 2005.) miembro del Instituto Nacional Indigenista de México, expresa que la integración de conocimientos del especialista antropólogo y el jurista o defensor es esencial para acercarse a los fines que se desean alcanzar, cualquier ciencia puede acercarse a esta realidad porque toda investigación científica no parte del sujeto de estudio sino del objeto de investigación. El objeto es la práctica diferente.

Para cuestiones sencillas de prácticas comunitarias que puedan hacerse valer en un juicio se puede recurrir a un conocedor de las costumbres y usos de la comunidad para aclarar al juez algún extremo de la acusación o de la defensa. Este perito práctico dará respuestas específicas que aclare una duda de la autoridad que juzga. Tienen competencia para explicar la vida de su comunidad, sin rendir informe escrito.

### 3.4. Factores que impiden la sistematización del peritaje cultural relacionados con la formación académica de operadores/as de justicia



Históricamente el Derecho se contempló y se enseñó como el derecho objetivo, es decir como un conjunto de normas que una voluntad superior impone al sujeto, son normas puestas o establecidas por los órganos competentes, el derecho se enseñó como derecho positivo, desde la visión de Kelsen en la Teoría Pura del Derecho. por ejemplo: En entrevista a la perita en cuestiones étnicas y de género. En una aldea del Quiché una persona dio posada o permiso en su casa para que un desconocido dejará, según ella, plantas medicinales. Las plantas resultaron ser de marihuana, la acusación del Ministerio Público, radicó e imputarle a la señora la acción de haber lucrado alquilando su casa. La solicitud del peritaje consistía en averiguar las prácticas de alquilar de los miembros de la Aldea. En ese caso basta con llamar a una autoridad del lugar y hacerle la pregunta. No se necesita presentar informe escrito.

La consideración normativa como enfoque único, en la preparación académica, fue la causa que originó en el pensamiento de los marxistas y luego en el pensamiento de las feministas y de integrantes de pueblos indígenas la sospecha de un Estado Liberal de Derecho que trataba en forma desigual a los miembros de la sociedad con sus prácticas excluyentes.

En el año de 1,940<sup>61</sup> se atribuye a Miguel Reale en su obra "Teoría tridimensional do direito, "La presentación de la tesis que centra la validez del Derecho en los siguientes puntos: "*La correlación de hecho, valor y norma en cualquier expresión de la vida jurídica y la dialéctica de dicha correlación, al ser la norma, el momento de la superación e integración de la polarización entre el hecho y el valor*" Considera que esta regla o norma tiene unos orígenes y unas fuentes, las condiciones socioeconómicas generadoras de unas necesidades que la norma de derecho debe satisfacer y produce unos efectos sociales concretos cuando se aplica a una persona física, es el momento de la individualización, que debe concretar la realización de uno o varios valores en el contexto social: la seguridad, la justicia y la igualdad.

---

<sup>61</sup> Soriano Ramón. **Compendio de teoría general del derecho**. Pág. 23.



En otras palabras, el principio de legalidad, la justicia como valor supremo, y la eficacia del sistema como sustento de la legitimidad debe ser el enfoque integral de las personas que operan el derecho.

En las sociedades modernas los derechos subjetivos más importantes del ordenamiento jurídico contenidos en las constituciones reciben el nombre de derechos fundamentales, que traducen y concretan los valores jurídicos en su proceso de configuración histórica y de acuerdo con la evolución de la sensibilidad ética de la humanidad. De esa cuenta la función de interpretar la ley tiene como límites, el respeto de los Derechos Fundamentales universalmente reconocidos. Una frase de Von Liszt, citado por Alejandro Rodríguez refleja esta protección constitucional.

*“El derecho penal es la carta magna del delincuente protege no a la comunidad sino al individuo, que se rebela contra ella, garantizándole que va a ser castigado, sólo bajo los presupuestos legales y únicamente entre los límites legales”<sup>62</sup>*

Estos postulados garantizan que el encuentro entre el derecho y la vida de las personas sea más humano. Es en este momento en que los y las operadoras de justicia recurren a los procedimientos que establece la ley y desde la teoría del derecho que sustentan, se auxilian o no, de peritos/peritas en temas puntuales que en una concepción tradicional de el derecho consistiría en auxiliarse en temas que no están obligados a conocer.

Se considera que en la concepción de la tridimensionalidad del derecho los enfoques de género y étnico, deben ser materia obligada para los operadores/operadoras por la repercusión de sus resoluciones en la vida de las personas. Sin embargo la complejidad de la nación guatemalteca. La ausencia de estudios especializados, más la composición cultural sumamente compleja, el peritaje puede significar nueva perspectiva a la interpretación y aplicación de la ley en casos concretos.

No hay que olvidar que las resoluciones también tienen que ver con las construcciones sociales, la formación familiar, académica y la que se recibe de la sociedad. Una sociedad machista puede influenciar el momento de la interpretación y aplicación de la ley. Si la sociedad es racista se darán el fenómeno de la discriminación.

---

<sup>62</sup> Rodríguez B, Alejandro. **El problema de la impunidad en Guatemala**. Pág. 32.



Para posibilitar que la justicia se imparta tomando en cuenta, cuando es necesaria la pluralidad cultural de la nación, la legislación guatemalteca tiene disposiciones que orientan a que en los procesos judiciales se tomen en cuenta usos y costumbres de la comunidad, sin embargo por estas mismas características pluriculturales no es cosa fácil tener una visión de conocimiento integral de ciertos usos y costumbres de comunidades lingüísticas y étnicas diferentes. Sin embargo las personas con estas prácticas culturales diferentes siguen siendo usuarios del sistema de justicia oficial y cuando son juzgados requieren de todas las garantías del debido proceso frente a sus juzgadores/juzgadas,

Actualmente el peritaje se desarrolla con criterios particulares de los peritos o peritas que cumplen esa función, en la mayoría de los casos por solicitud de la Defensa Pública Penal o bien por encargo organizaciones de Derechos Humanos tales como el en el caso Gerardi, la fundación Mirna Mack, y el Instituto Comparado de Ciencias Penales de Guatemala, en el caso de Juana Méndez. que se han constituido en querellantes adhesivos en crímenes de alto impacto. Hace falta integrar un grupo de especialistas conocedores e interesados en el tema para que este conocimiento logre cierta sistematización.

### **3.5. Peritaje con pertinencia cultural**

La Unidad de Interculturalidad y defensorías indígenas del Instituto de la Defensa Pública Penal, inició sus operaciones en el año 2,006, como una inquietud de la Dirección Nacional de responder la presentación de peritajes que ellos llamaron paradigmáticos desde el año 2,007. El Instituto de la Defensas Pública Penal, en un esfuerzo por garantizar el derecho de los indígenas el acceso a la justicia con pertinencia cultural, ha implementado y apoyado la capacitación de Defensores públicos relacionados con la defensa con pertinencia cultural. De 2,007 que se presentó el primer peritaje a la fecha han presentado 25, la misma cantidad que han sido aceptados en el Organismo Judicial de estos 5 están pendientes de ir a debate uno en proceso de investigación y elaboración para presentar y ratificar en igual número de debates. Esta información fue brindada por el responsable de la Coordinación de Interculturalidad y Defensorías indígenas del Instituto de la Defensa Pública Penal. De esta misma información se sabe que los peritajes han sido realizados por antropólogos y un miembro de la unidad de interculturalidad perteneciente al pueblo indígena Kekchi. Estos

peritajes cuando los realizan personas ajenas a la coordinación, se cubren los gastos a través de Convenios de Cooperación de entidades gubernamentales y no gubernamentales.



### **3.5.1. Peritaje Cultural con Enfoque de Género**

La unidad de Género del Instituto de la Defensa Pública Penal que hizo trabajo especializado tomando en cuenta el enfoque de género, inició sus actividades en el año 2,005.

Ese año fue el primer y único peritaje con resolución absolutoria. Año con año se han incrementado la elaboración y presentación de peritajes, el año que más peritajes fueron propuestos como medio de prueba fue 2,009 con 28 casos, en este último año 2,011 se han presentado 6, elaborados 4 pendientes de ratificarse en debate.

De los primeros peritajes presentados siguen el siguiente modelo.

- a) Un marco referencial, con los datos generales que contiene la causa.
- b) Un marco teórico que contiene el fundamento de la pericia.
- c) Un marco contextual, la historia de vida y análisis de las circunstancias que llevaron a la sindicada a realizar el ilícito
- d) Un marco de análisis que permite sacar las debidas conclusiones. Es de hacer notar que los costos de estos peritajes fueron cubiertos por una organización de Derechos Humanos, según información recibida de la Unidad de Género del instituto de la Defensa Pública Penal

Las personas que se han visto favorecidas con la presentación de peritajes en su defensa, en ningún momento se dan cuenta del procedimiento, lo asocian con su defensa, el sujeto que está siendo sometido a un proceso lo esta viviendo en un sistema que no comprende y en el caso de mujeres un sistema que les es ajeno, porque en los peritajes se ha demostrado que cuando necesitaron protección, y se acercaron a las instituciones encargadas, de brindarles protección no fueron atendidas. En términos generales el peritaje aunque sea realizado con métodos objetivos y aplicando principios éticos, sigue siendo un instrumento al servicio de la cultura que juzga. En palabras de la perita, "la experiencia en la investigación, elaboración y luego ampliación y ratificación del peritaje, le ha permitido

observar que las personas que fueron el centro de los mismos, no comprendieron lo que se trataba de indicar. Lo consideraron como parte de la defensa. Si dieron a entender que de alguna manera se sintieron, apreciadas comprendidas dentro de su caso.”



Tanto en la Coordinación de Interculturalidad y Defensorías Indígenas y Unidad de Género del Instituto de la Defensa Pública Penal, han utilizado en sus inicios personal no adscrito a la Institución. Han prestado el servicio como peritos/peritas culturales, antropólogos, licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales y peritos prácticos.

### **3.5.2. El peritaje cultural y los peritos prácticos**

Es conveniente tomar en cuenta que en la realización de los peritajes con pertinencia cultural hay miembros de la comunidad, los peritos prácticos, las personas que por su identidad y pertenencia tienen los conocimientos de prácticas culturales de su respectiva comunidad y del espíritu que las impregna, lo que permitirá una justicia más incluyente. Los peritos prácticos son una solución cuando lo que se desea probar, forma parte de la práctica cultural cotidiana. Esta participación de miembros con arraigo en la comunidad evitaría la interpretación por un extraño y el costo de esta prueba se reduce. Pues con un perito cercano al área de investigación, no se gasta en traslados y otros.

Esta especialidad aun tiene mucho que superar. En primer lugar la mayoría de operadores de justicia desconocen su utilización o conociendo no lo solicitan y aplican. Si los directamente involucrados en la administración de justicia lo desconocen, cuánto menos conocerán las personas que pueden brindar este servicio.

### **3.5.3 Técnicos en peritaje cultural**

La Universidad Rafael Landívar ha sido promotora en la formación de Técnicos en Peritaje Cultural y se prepararon en la sede regional, de Cobán y Huehuetenango, no hay nuevas promociones. Con estas promociones se incrementó la oferta de servicios pero la demanda no va a ser significativa sino hasta que los operadores de justicia se sensibilicen y se

capaciten en la comprensión y aplicación de este medio de prueba, creyendo que sirve para una decisión más acorde con la justicia y siempre que haya motivo que la justifique.



Según expertos en el tema los peritos no pueden ser personal a tiempo completo y la formación debe ser orientada a la realidad. Si no se tienen criterios para el trabajo en las instituciones de justicia, con que criterios se forman dichos peritos. El Organismo Judicial tiene muchos retos y no tiene suficiente presupuesto.

En el portal de la Universidad Rafael Landívar, sobre la carrera Técnico en Peritaje Cultural, se encuentra la siguiente información, que es una carrera única en la formación universitaria a nivel nacional y que se apoyan en la experiencia de otros países, no en educación con referencia al tema, sino en la importancia de los peritajes y lo que estos contribuyen efectivamente a mejorar el sistema de justicia. Sin embargo en el plan de estudios la formación aparece como muy general. Cursos muy teóricos: El plan de estudios incluye los siguientes cursos.

- Introducción a la Antropología Jurídica, sin que se señale un curso de Introducción a la Antropología General.
- Introducción al Derecho. Curso que tiene los contenidos de pensum de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Este curso está diseñado para un sistema eminentemente normativo.
- Antropología Guatemalteca.
- Derecho Indígena y autoridades tradicionales.
- Sistema Judicial guatemalteco.
- Derechos de los Pueblos Indígenas en la Legislación Nacional e Internacional.
- Taller: Análisis de casos/sentencias judiciales. (La referencia en las sentencias judiciales, relacionado a los peritajes).
- Comunicación oral.
- Derecho indiano y legislación indigenista.



- Investigación cualitativa aplicada a la justicia.
- Taller de redacción y presentación de informes de investigación. (Modelos de presentación de informes periciales.)
- Fundamentos del derecho probatorio.
- Practica en tribunales.
- Taller de integración (Simulación de casos.)
- Metodología de la investigación.

Además de 4 cursos de Experiencias de desarrollo personal. 1.- Estrategias de comunicación. 2.- Ética. 3.- Descentralización y desarrollo local, 4.- Ética Profesional. No se encuentra en el portal los contenidos mínimos de la carrera. Ni perfil de los docentes que la imparten.

### **3.6- Fundamento legal del peritaje cultural**

El peritaje cultural no tiene un fundamento específico o concreto que lo regule; es por eso que se expone a continuación una serie de normas nacionales como internacionales que dejan abierta a la interpretación para que encuadre el fundamento de la forma en que se puede fundamentar su solicitud ante los tribunales de justicia del peritaje.

#### **3.6.1. Constitución Política de la República de Guatemala**

Artículo cuatro. “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer cualesquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades...” De esa cuenta la Constitución impone que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Según sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala<sup>63</sup>, este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio”.

---

<sup>63</sup> Gaceta No. 24 P.14 expediente número 141-92 sentencia: 16-06-92.

Artículo. 44. Derechos inherentes a la persona humana. “Los Derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana”.



Artículo 57. Derecho a la cultura. “Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad...”

Artículo 66. Protección a grupos étnicos. “Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado, reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”.

Artículo 140. Estado de Guatemala. “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo”.

### **3.6.2 Código Municipal. Decreto 12-2002**

En el Artículo 65 se establece “Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas. Inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

Este artículo señala la obligación del concejo municipal de realizar consultas con los que conocen y tienen criterios propios para los asuntos de su comunidad, estos criterios los aplican las autoridades de las comunidades afectadas.

### **3.6.3 Código Procesal Penal Decreto 51-92**

El peritaje en forma general se señala en el Código Procesal Penal en el apartado de las pruebas, el concepto designa a un conjunto de cualidades determinadas y atribuibles a lo

que se conceptúa.

El Código Procesal Penal señala en el Artículo 182, "Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido... hay limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas".

Artículo 185: Otros medios de prueba. "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 en este Código o afecten el sistema institucional, La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos, en lo posible".

Artículo 186. "Los medios de prueba 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".

#### **3.6.4. Ley Marco de los Acuerdos de Paz. Decreto Número 52-2005**

Artículo dos: Naturaleza. Es una Ley Marco que rige los procesos de elaboración, ejecución, monitoreo, seguimiento y evaluación de las acciones del Estado para el cumplimiento de los Acuerdos de Paz.

#### **3.6.5. Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas**

Se aplicará el derecho consuetudinario en aquellos casos donde se requiera la intervención de los tribunales y, en particular en materia penal, las autoridades correspondientes deberán tener plenamente en cuenta las normas tradicionales que rigen en las comunidades. Para ello el gobierno se compromete a tomar las siguientes medidas.

- i) Proponer, con la participación de representantes de las organizaciones indígenas, disposiciones legales para incluir el peritaje cultural y desarrollar mecanismos que otorguen atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad interna.

ii) Impulsar, en coordinación con las universidades de Guatemala, las asociaciones profesionales y las organizaciones indígenas, un programa permanente para jueces y agentes del Ministerio Público sobre la cultura y rasgos de identidad de los pueblos indígenas, en especial en el conocimiento de sus normas y mecanismos que regulan la vida comunitaria.

### **3.7- Legislación Internacional sobre Derechos de los Pueblos Indígenas**

En Guatemala es de obligado cumplimiento toda la legislación nacional e internacional relacionada con Derechos Humanos, por que la ley nacional tiene como fuente una fuente nacional, el Organismo Legislativo y el derecho internacional tiene como fuente una fuente internacional, la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos fin de unificar criterios para la aplicación de normas específicas en materias relacionadas con Derechos Humanos, que pueda ayudar a grupos desprotegidos y colocados en situación de vulnerabilidad, dentro de una sociedad que no las regula específicamente. De tal cuenta el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de fuente internacional, por ratificación del Congreso de la República se convierte en ley nacional.

#### **3.7.1. Convenio 169 de OIT**

En el citado convenio, Artículo 10; Se refiere a la acción del juzgador que debe tomar en cuenta las características, económicas, sociales y culturales cuando se impongan sanciones penales, previstas por la legislación general, a miembros de pueblos indígenas, debe “darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” La importancia de lo preceptuado radica en que los jueces deben tener conocimiento de la comunidad donde imparten justicia, debe conocer los usos y costumbres y en caso de no conocerlos, es deber del Estado suplir esta falencia, protegiendo a la persona, subsanado el desconocimiento a través de un peritaje cultural. En este caso el o la perita expondrá cuáles son esas formas distintas del encarcelamiento, dependiendo de la comunidad de que se trate.



El peritaje cultural con enfoque étnico es un recurso procesal importante para que el Jue-  
falle con justicia, sin embargo falta formar a los jueces para que, además de imple-  
la obligación de incorporar ese medio de prueba al proceso, lo interpreten de forma objetiva.

### 3.7.2. Funciones del Perito Técnico Profesional

- Realizar peritajes a solicitud de alguna de las partes que intervienen en el proceso penal.
- Realizar peritajes cuando de los hechos se desprenda que hay conflicto entre sistemas normativos distintos o bien conflictos de jurisdicción entre el Derecho Oficial y el Derecho Indígena.
- Realizar peritajes cuando de los hechos se desprenda que hay contradicción entre ciertas prácticas culturales y lo que establece la ley impacto social.

En México es el Instituto Indigenista Mexicano, adscrito a la Universidad Nacional Autónoma de México, quién lleva el registro de los peritos/as que pueden dar los servicios. Es a esta entidad a la que acuden los operadores de justicia cuando necesitan presentar un peritaje para mostrar ciertos extremos.

En Guatemala aun no se realizan esfuerzos para la unificación de criterios entre juristas y antropólogos para buscar la forma de institucionalizar el servicio, en principio podría ser a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala, como el ente regulador de la actividad. O el Instituto de Investigaciones Interétnicas de la misma Universidad.

Los costos que lleva la realización de un peritaje cultural, tienen relación con el profesional que brindará el servicio. Un Licenciado con maestría o especialidad cobrará honorarios en relación a lo que cobra cuando realiza un servicio de asesoría en su especialidad. De igual manera será el costo en el caso de que el o la contratada trabajara como técnico/a. Estas consideraciones estarían a cargo del ente rector.

Los costos debe asumirlos la Institución que solicita el servicio. Si la prueba es propuesta por la defensa, es el Instituto de la Defensa Pública Penal quién debe presupuestarlos y



asumirlos. En la práctica de elaboración de peritajes el costo lo ha asumido el Instituto Comparado de Ciencias Penales de Guatemala por parte del programa de los Derechos de las Mujeres y la Fundación Sobrevivientes en los casos donde se precisa señalar la violencia intrafamiliar como, sistemática.

Si son los juzgadores/as, los que requieren la opinión de un o una perita cultural, será El organismo judicial la que asuma los gastos que representa.

En el caso del Ministerio Público, los costos también deben asumirlos.



## CAPÍTULO IV



### **4.El peritaje cultural una nueva perspectiva para los derechos de las mujeres de los pueblos indígenas**

El peritaje cultural surge como una posibilidad en la defensa de los Derechos de las Mujeres y de Integrantes de Pueblos Indígenas, como salvaguardia que debe de ser tomada en cuenta por la situación de subordinación que estos conglomerados sociales han sufrido a lo largo de la historia.

Es estudiar al Estado Nacional que es el ente responsable de garantizar a todos y todas las condiciones que permitan el desarrollo integral de las personas, el grado de incumplimiento del Estado lo reflejan los informes de Desarrollo Humano Programa de Naciones Unidas para Guatemala, PNUD, También revisaremos conceptos claves relacionados con los derechos de las mujeres, como, feminismo, género y patriarcado relacionados con estereotipos, desigualdades en las relaciones de poder múltiples y posteriormente, los conceptos de cosmovisión, identidad etnia y pueblos indígenas, pertinencia cultural.

#### **4.1. El Estado Nación**

Guatemala como idea de Estado nación se construyó históricamente reduciendo la complejidad étnica de la sociedad guatemalteca en torno a una bipolaridad: Ladino-Indígena. Convirtiéndose el ladino en el representativo idóneo de la nacionalidad, mientras que el indígena siguió siendo visto como un actor incómodo en la medida que se le adjudicaba una inferioridad social, que lo colocaba como un factor de atraso para los tiempos modernos.

Antes de la llegada de los españoles, Guatemala era un mosaico étnico. Las ciudades-estado habían existido por varios siglos. El Reino más grande y más poderoso era el reino quiché, también había kaqchiqueles, Quekchi, Ixiles, Achies, Garífunas y Xincas. Al momento de la conquista los españoles no encontraron un reino unificado, todos estos pueblos constituían ciudades estado, frente a esta diversidad, la dominación española trato de imponer su propio proyecto de uniformidad étnico estatal, según el orden colonial que ellos habían implantado. El objetivo era borrar la identidad. Esa identidad nunca fue



borrada. Aunque se desarticularon los reinos, permaneció una gran masa indígena que fue catalogada como súbditos y llamados indios.

Para el régimen jurídico de los españoles, el indígena era súbdito de la monarquía, pero también eran súbditos los conquistadores y los criollos, solo que con la diferencia legal de considerar a los indígenas inferiores, sujeto de tutela, menor de edad, ciudadano de segunda categoría.

Con la independencia surge el Estado republicano centroamericano, este propuso un ideal ciudadano, basado en la igualdad, en las garantías individuales y el ejercicio de derechos sin distinciones de pertenencia étnica, cultural, religiosa. Eso fue lo que estableció la Constitución Política de la República de Guatemala, en 1824. Todas las políticas y las prácticas del Estado republicano fueron refrendadas por leyes en materia de trabajo, educación, ciudadanía etc. De esa cuenta se favoreció un proyecto económico que históricamente se ha beneficiado del mantenimiento de las diferencias étnicas.<sup>64</sup>

Del documento de Cirma, tomamos algunos puntos que ilustran el tema: La idea de patriotismo surgió de la Sociedad de Amigos del País, el modelo de país incluía civilizar principalmente a los indígenas. Plantearon los requisitos civilizatorios.<sup>65</sup> *“Vestir y calzar a la española. Dominar el castellano. Poseer rudimentos de alfabetización. Debían consumir productos españoles y otros. Dichos requisitos eran imposibles de cumplir.*

Bajo la superficie de la ciudadanía común guatemalteca, permanecieron las diferencias, aludiendo a los criterios de riqueza étnica y cultura, fundamentados en los estereotipos y prejuicios existentes.

La situación de la mujer no fue diferente, ciudadanas de segunda, confinadas al ámbito privado, a la crianza de los hijos y mantenimiento del hogar. Cada sociedad construye de acuerdo a momentos históricos un conjunto de características sociales, culturales, económicas y políticas para asignárselas a las personas según su sexo.

A partir de la firma y ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, se han abierto nuevas perspectivas para lograr un marco

---

<sup>64</sup> Adams, Richard, Bastos, Santiago, Taracena Arturo. **Las Relaciones étnicas en Guatemala**. Guatemala Cirma 2,004. Colección “Porqué estamos como estamos”

<sup>65</sup> **Ibíd.** Págs. 12



jurídico que permita la participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida nacional. Se precisa ante todo una vida sin violencia. Sin embargo la legislación aun no es suficiente y la que está no se aplica por múltiples circunstancias.

La convención señala que la discriminación contra las mujeres viola los principios de igualdad y del respeto a la dignidad humana. Se requiere que de la mano de la igualdad formal, se de la igualdad material para todas. Por un lado el esfuerzo de las mujeres de exigir a la comunidad de naciones organizadas del mundo, la protección legal y el compromiso de los Estados de cumplir se han unido movimientos de mujeres que han logrado importantes avances.

#### **4.2. Feminismo**

El feminismo es un conjunto de teorías sociales y prácticas políticas en abierta crítica de relaciones sociales históricas, pasadas y presentes, motivadas principalmente por la experiencia femenina. En general, los feminismos realizan una crítica a la desigualdad social entre mujeres y hombres, y proclaman la promoción de los derechos de las mujeres. Las teorías feministas cuestionan la relación entre sexo, sexualidad y el poder social, político y económico. Las diversas teorías del feminismo datan de la década de los 80, dan cuenta que las diferencias entre hombres y mujeres existen, principalmente las físicas o biológicas y que deben tomarse como diferencias pero no en plan de jerarquización. Socialmente se interpretó esta diferencia en detrimento de los derechos de las mujeres. También se considera como la corriente de pensamiento en permanente evolución para la defensa de derechos y oportunidades entre ambos sexos. Constituye una forma diferente de entender el mundo, las relaciones de poder, las estructuras sociales y las relaciones entre los sexos.

Al considerar las relaciones que se producen y reproducen en la sociedad encontramos que se basan en el poder. Cuando se trata de relaciones de tipo jerárquico siempre hay una subordinación. Según Norberto Bobbio, existen tres teorías<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Estudios sobre la paz y los conflictos. **El Estado, el gobierno y la sociedad.**  
<http://sebastianrumie.wordpress.com/>

Sustancialista, en la cual el poder son los medios que tiene el hombre para obtener bien este puede ser físico como el militar, el psicológico, el que se logra a través de premios y castigos y el poder de la persuasión y disuasión, el cual se da mediante la educación.

Subjetivista que es la capacidad del sujeto para obtener ciertos efectos en donde se le permite al soberano hacer leyes que influyen en la conducta de los súbditos. Es la forma de entender de los juristas: la persona posee un derecho subjetivo si el ordenamiento jurídico se lo atribuye.

Relacional: Es el poder que se da entre dos sujetos. Dos actores.

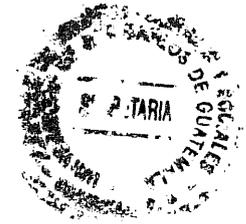
Estas teorías se han visualizado en el transcurso del desarrollo de la historia de la humanidad con todas las ventajas para el que sustenta el poder y todas las desventajas para el que está en estado de subordinación. En el caso de las mujeres siempre en segundo plano y generalmente invisibilizadas. De esta conciencia lograda por los grupos feministas surgen los estudios de género.

### 4.3. Género

Marcela Lagarde lo define género de la siguiente manera:<sup>67</sup> “es mas que una categoría, es una teoría amplia que abarca categorías, hipótesis, interpretaciones y conocimientos relativos al conjunto de fenómenos históricos construidos en torno al sexo. El género esta presente en el mundo, en las sociedades, en los sujetos sociales, en sus relaciones, en la política y en la cultura. Es una categoría correspondientes al orden sociocultural configurado sobre la base de la sexualidad. Entendido también como el conjunto de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales, que las sociedades, construyen a partir de las diferencias sexuales, anatómicas y fisiológicas entre hombres y mujeres dando sentido a la reproducción y relaciones de poder entre ambos. Aquí notamos que cuando se refiere a los hombres se considera que son los responsables de las relaciones de producción y cuando se trata de mujeres se consideró que participaban de las relaciones de reproducción humana. Relaciones de producción de tipo público y relaciones de reproducción de tipo privado.

---

<sup>67</sup> Lagarde, Marcela. **Género y Feminismo**. Pág. 26



#### 4.4. Patriarcado

De acuerdo con el diccionario de Derecho Usual<sup>68</sup> en la Sociología el patriarcado constituye en sentido genérico: el régimen de organización estatal o familiar fundado en el padre o en el varón, a diferencia de la supremacía del contrario... concretamente la organización social primitiva basada en la autoridad del padre o el varón de mayor poder o influjo en la familia, ejercido sobre los hijos y otros parientes de igual linaje con exclusiva autoridad masculina, preferencia en las sucesiones a favor de los varones y subordinación por tanto de las mujeres consideradas inferiores...*"el padre manda a la mujer y a los hijos como seres igualmente libres pero sometidos"*<sup>69</sup>

En la sociedad griega ni los esclavos, ni artesanos, ni extranjeros, ni niños, ni mujeres, ni ancianos, son ciudadanos.

Amelia Valcárcel,(1,997) en la política de las mujeres, citando a Hegel nos traslada su pensamiento donde establece que las mujeres pertenecen a la familia, por lo tanto no son ciudadanas, que no tienen individualidad en sentido pleno, son: la esposa, la madre, la hermana, la hija, de alguien que si tiene individualidad.<sup>70</sup>

Shopenhauer: Opinaba que las mujeres no son seres completos, que no son ciudadanos enteros, que la mujer necesitaba un amo, que varias pueden tener uno, que estaban destinadas a obedecer, que el poder solo puede ejercitarlo los varones. En el sistema penal guatemalteco hasta 1992, se suprimió del código penal, el delito de adulterio que tenía como sujeto activo del delito a la mujer casada. En el caso del hombre se tipificaba el mismo hecho como concubinato, que podía dispensarse si concubina pasaba una noche en la casa del casado, se suponía la anuencia de la esposa.

Rousseau citado por la misma autora, afirmaba que el tipo de relación de subordinación era asunto natural por lo que de ser tomado de distinta manera era contranatura.

Alda Facio en el libro "Cuando el género suena cambios trae" considera al poder directamente relacionado con el patriarcado, es el poder que se origina en la familia

<sup>68</sup> Cabanellas G, Alcalá Zamora L."Diccionario enciclopédico de derechos usual" Tomo V Pág. 151.

<sup>69</sup> Antecedentes filosóficos de la política e la antigüedad. **Monografías.com**

<sup>70</sup> Valcárcel, Amelia, **la política de las mujeres**. Pág.30



dominada por el padre es una estructura que se reproduce en todo el orden social, el varón ejerce la autoridad en todos los ámbitos, asegurándose la trasmisión del poder y la herencia por línea masculina.

Estas relaciones en la sociedad política son las relaciones que se reproducen en la vida familiar. Lo que coloca a las mujeres en estos tiempos, por resabios educativos en situación de dependencia y que en ocasiones por una autoridad mal entendida o mal empleada las coloca en situaciones de delinquir, en ocasiones siguiendo órdenes, por defenderse de agresiones después de vivir una vida de violencia, hasta que se cansan. Estamos ante la materia prima de lo que contiene el peritaje.

Cuando tratamos el enfoque étnico nos tenemos que remitir a ciertos conceptos que nos permitirán la revisión bibliográfica de los más generales que se relacionan con los Derechos de los Pueblos Indígenas y la necesidad de presentar peritajes cuando haya puntos litigiosos.

#### **4.5. Cosmovisión**

León Portilla Miguel <sup>71</sup> nos acerca al concepto. “Cada cultura tiene un modo particular propio e incommunicable de ver el mundo de verse a si mismo y de ver lo que trasciende al mundo y a si mismo”. Esta forma particular está impregnada de principios, valores, creencias, basadas en principios religiosos y en fuerzas superiores. No es posible sentir la pertenencia en un grupo que no sea el originario de cada persona. Es como un distintivo. En el caso de los pueblos originarios de las naciones latinoamericanas, esta cosmovisión se centra en la integralidad de los valores, y la forma cíclica en que cuentan el tiempo y la forma en que transcurre la vida. No es fácil tener la percepción de una cultura diferente, que se refleja en prácticas comunes, es más fácil la práctica de la intolerancia.

#### **4.6. Etnicidad**

Del Informe Nacional de Desarrollo Humano de 2,005 tomamos la definición antropológica referente a etnicidad y etnia término utilizados en los Estados Unidos a partir de 1,960, sin

---

<sup>71</sup> Rodas Gramajo Lucila, **Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas**, Pág. 62.

embargo estos conceptos tienen muchas acepciones que no siempre son definidas con claridad. Pero todos concuerdan que estas expresiones tienen que ver con la clasificación de poblaciones y las relaciones entre los grupos. En la antropología social, se refiere a aspectos de las relaciones entre grupos que se consideran a si mismos y son considerados por otros como culturalmente distintos.<sup>72</sup>

El profesor Sergio Bagú<sup>73</sup> lo asoció con el concepto de clases sociales, advierte que en esa relación hay dos niveles uno socio-cultural y otro político expresa: *“Si hay una clase social, es porque cuando menos hay otra mas, si hay una casta lo mismo. Pero no ocurre así con los grupos étnicos, y otros tipos de conjuntos culturales el grupo étnico existiría aunque no existieran otros grupos étnicos.”* La idea de Bagú, es el sentido de pertenencia, continuidad y en ocasiones sobrevivencia independiente de otras circunstancias.

Rodolfo Stavenhagen expresa que un grupo étnico *“se caracteriza por tener una lengua propia y por compartir un conjunto de valores, tradiciones, y costumbres que se encuentran involucrados en unas redes más o menos sólidas y permanentes de relaciones sociales (familiares, económicas, políticas, y religiosas) a veces se fortalece con rasgos biológicos o raciales o reales o supuestos, pero esto no es siempre el caso”*<sup>74</sup>

Como elemento principal del Estado, el derecho fundamento de la legalidad de su actuación. Este derecho se vuelve experiencia de vida cuando las normas son interpretadas para ser aplicadas a casos concretos: Es en este momento en que los y las operadores de justicia recurren a los procedimientos que establece la ley y desde la teoría del derecho que sustentan, se auxilian o no de peritos/peritas en temas puntuales que en una concepción tradicional de el derecho consistiría en, ilustración de ciertos conocimientos que no están obligados a conocer.

Si su actuación se enmarca dentro de la teoría de la tridimensionalidad del derecho los enfoques de género y de etnicidad son ejes transversales, por lo tanto estamos ante un enfoque con más equidad. Lo anterior ya es práctica en algunas entidades como el Instituto de la Defensa Pública Penal y en el Organismo Judicial.

---

<sup>72</sup> Informe Nacional de Desarrollo Humano 2,005. Pág. 6

<sup>73</sup> Bagú, Sergio, **Tiempo, realidad social y conocimiento**. Pág. 134.

<sup>74</sup> Stavenhagen, Rodolfo. **Clase, etnia y comunidad**. Pág. 99-.



2.- El componente estructural de la aplicación de la ley o el contenido en forma de norma no escrita que las y los legisladores, operadores y operadoras de justicia, el personal de oficinas administrativas y la policía le dan a las reglas, leyes y principios que se encuentran en el componente formal normativo que tiene que ver con estereotipos de tipo androcéntrico o misógino, que afectan de manera directa a las mujeres y a los miembros de Pueblos Indígenas considerados en forma individual o colectiva.

Si partimos que el derecho es producto cultural y político, descubrimos que el mismo no tiene esencia universal y absoluta, sino que es creado e impregnado de concepciones personalistas dependiendo de la formación y de las ideologías.

Esa es la razón por la que debe evidenciarse a través de una metodología especializada los sesgos que comúnmente son utilizados para analizar el fenómeno jurídico.

La importancia de incorporar la perspectiva de género y étnico a través del peritaje cultural en los procesos que lleven implícita la participación de las mujeres y miembros de pueblos indígenas cuando del hecho justiciable se infiere que el delito pueda tener relación con violencia física, traumas producto de malos tratos, o usos y costumbres comúnmente aceptados en determinadas comunidades lingüísticas.

La doctrina general parte de una visión abstracta del derecho que le separa de las relaciones e instituciones sociales, de las realidades concretas de la vida social y de las experiencias de conexión entre el derecho escrito y la realidad.

Desde el feminismo, sabemos que el derecho no es neutral, como nos enseñaron, la función social del derecho, como regulador de la convivencia entre hombres y mujeres para promover su realización personal y colectiva en armonía no ha sido cumplida, incorporar la categoría género significa cuestionar y hacer visible las relaciones de poder entre los sexos, esas relaciones desigualmente construidas desde sus diferentes posiciones funciones, actividades, experiencias y necesidades que el derecho ha contribuido a construir derivándose una clara discriminación contra las mujeres y especialmente las mujeres indígenas, por el agregado de la etnicidad.

¿Cómo hacer visible estas desigualdades? Hay algunas formas de visibilizar, pero hay momentos especiales en la vida de las mujeres en que las normas de derecho las afectan en forma directa. Me refiero al proceso judicial, (penal, civil, laboral etc.).



#### 4.7. Peritaje cultural con enfoque étnico

Si entendemos que peritaje cultural es la versión, el informe, que un/a especialista, conocedor/a, práctico/a o versado/a en una ciencia, arte u oficio presenta a solicitud de una de las partes que intervienen en los procesos judiciales.

Los peritos constituyen auxiliares o asesores de la justicia. Por cuanto contribuyen a formar el criterio de los jueces/zas en materia que no tienen porque conocer. (Sin embargo es de señalar que las instituciones del sector justicia, después de la firma de los Acuerdos de Paz, han institucionalizado los estudios de género y los estudios interculturales de esa cuenta estos ejes transversales que señalan las instituciones no son desconocidos en las se han preocupado por que los y las operadores/as adquieran ciertos conocimientos generales en torno a los estudios de género y de derechos de los Pueblos Indígenas.)

En Guatemala antes de los peritajes con enfoque de género ya se habían presentado ante los tribunales algunos peritajes antropológicos o culturales relacionados con el acceso a la justicia de personas integrantes de pueblos indígenas.

El primer peritaje de tipo étnico fue el presentado por la Licenciada en Historia Albertina Saravia Enríquez<sup>75</sup> en el juicio donde el sindicado era Julián Tzul y el delito imputado era el de homicidio por la muerte violenta de Juan Ajpop un brujo que vivía en su comunidad y que lo había amenazado de muerte. Su tesis se basó en lo siguiente: a) El ambiente, b) La tradición y d) La demografía. "Dentro de la casa del brujo se encontraron efectos que se suponía se usan para hacer brujería, *dentro del ceremonial la rogativa por la enfermedad, por la muerte, la devastación de la plantación y todos los agravios y ofensas que el chaman pronuncia dentro del rito son estrictas y ciertas*"<sup>76</sup> Julián había sufrido la ira del brujo en su familia, su mujer había muerto, sus hijos estaban enfermos y el brujo seguía con sus ceremonias y amenazas.

El abogado defensor en sus conclusiones argumento: que el sindicado era un hombre, sencillo, humilde, que era víctima de su cultura. Agrega para determinar el delito, la ley señala que debe existir voluntad. "Un ánimo excitado por el miedo no es tal voluntad" argumento el defensor. Pidió la absolución del defendido.

<sup>75</sup> Saravia Enríquez, Albertina: "El Delito de Julián Tzul" Pág. 79

<sup>76</sup> Rodas Gramajo, Lucila: "Los Derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos Indígenas" Pág. 41

Sin embargo el juez al ponderar la prueba no tomó en cuenta el peritaje ni las pruebas de descargo y resolvió condenarlo por el delito de homicidio. En la Apelación la Sala confirmó el fallo. En Casación sobresale el argumento de la resolución que fue declarada sin lugar, los magistrados argumentaron que los testigos de Julián Tzul, no probaron que el brujo con sus artificios, había provocado la muerte de la mujer de Julián. Materia imposible de probar.

40 años después año 2,002 a solicitud de autoridades del Ministerio Público se realizó un peritaje cultural en el que se sindicaba a una mujer indígena de participar en el linchamiento de un ciudadano japonés y un ciudadano guatemalteco, el 29 de abril del año 2,000. (Juicio No. 26-2,000. Oficial segundo, Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad Regional de Quetzaltenango. 25 de junio de 2,001.)

El linchamiento se dio en el casco municipal de Todos Santos Cuchumatán en el departamento de Huehuetenango en un día domingo, día de mercado. Antecedentes: De la investigación preliminar se tuvo el siguiente conocimiento algunos integrantes de maras, acostumbraban reunirse en las Ruinas de Zaculeu. El sábado anterior, ocho días antes del linchamiento, se dio la noticia por megáfonos en el mercado de la terminal y por estaciones de radio, sobre la desaparición de una niña en el mercado. La noticia al divulgarse a través de emisiones radiales, llevaba el componente de recomendar a la población a tener cuidado con sus hijos porque los satánicos harían sacrificios con niños del lugar. La niña apareció en la tarde pero la noticia ya no se divulgó; según la referencia de fiscal auxiliar de la fiscalía distrital de Huehuetenango.

El supervisor de educación envió una nota a los padres de familia en Todos Santos, diciéndoles que por bien de sus hijos, era mejor que no fueran a la escuela esa semana. Los padres se encerraron con sus hijos. Los rumores fueron confirmados por la publicación de medio escrito El Regional que señalaba el peligro que corrían los niños por los ritos satánicos

El domingo las personas salieron de sus casas para acudir a sus compras al mercado, siempre con miedo. Ese domingo en la mañana ingresó un bus de turistas, de origen japonés. (Las personas de Todos Santos, mostraban su extrañeza de que ese día solo hubiesen llegado turistas japoneses. Ellos son serios y los "gringos son turistas más alegres")



Uno de los turistas intentó tomar una fotografía a un niño que estaba en brazos de su madre y ella grito desesperada y tuvo un desvanecimiento. Las personas corrieron, capturaron al que intentó tomar la fotografía y a su acompañante y en una acción de masas les dieron muerte.

La Fiscalía Distrital de Huehuetenango inició en forma inmediata sus investigaciones. Posteriormente consideraron importante tomar en cuenta ciertos aspectos antropológicos y sociológicos que les permitiera tener una perspectiva más amplia de los rasgos culturales del pueblo Mam.

Se tomó en cuenta las tres dimensiones del derecho. 1.- La normativa penal y procesal penal, ilícito cometido, responsables, prueba científica, peritaje, pruebas. 2.- Desde la axiología jurídica, teoría de los valores, valores en disputa, la vida, la libertad, la solidaridad, el bien común. 3.- Desde lo fáctico del derecho, la antropología jurídica y la sociología jurídica, que proporcionan elementos para descubrir lo que sucede en una comunidad diferente, sus visiones y percepciones y el comportamiento individual en un momento determinado.<sup>77</sup> Para el Doc. en derecho José Emilio Ordoñez Cifuentes en las XIII Jornadas Lascasianas de la Universidad Nacional Autónoma de México. En las conclusiones del artículo, el Peritaje Cultural Indígena como forma de pluralismo jurídico indígena en Guatemala” de Otto Marroquín Guerra, quién señala como conclusión. El peritaje cultural indígena es un recurso procesal importante para que el juez falle con justicia, sin embargo falta formar a los jueces, para que, además de que sepan incorporar ese medio probatorio al proceso, así mismo es necesario que estén preparados para interpretarlo en forma objetiva, racional y aceptada.

Los razonamientos que indujeron al tribunal a absolver fueron: la declaración de testigos, quienes expresaron el miedo a un rito satánico y la necesidad de proteger a sus niños, anterior a la declaración testimonial, se recibió el dictamen de la Licda. Lucila Rodas Gramajo, ampliado y ratificado en el debate por dicha perita, respecto a un estudio de carácter sociológico y antropológico realizado en la comunidad de Todos Santos Cuchumatán, en virtud del cual se estableció la existencia del rumor referido y que ante el temor como consecuencia de los efectos del mismo fueron suspendidas las actividades escolares durante dos días, en consecuencia los niños no fueron enviados a la escuela;

<sup>77</sup> Ordoñez Cifuentes José Emilio. “Pluralismo jurídico y pueblos indígenas” Pág. 129



desprendiéndose de dicho estudio que en la concepción maya- mam sí existe un rumor de culto a Satanás, esto constituye una certeza, el hombre tiene la posibilidad de hacer el bien y el mal; según de entrevista con la perita Lucila Rodas Gramajo. El rumor hacía referencia a un culto a Satanás donde serían sacrificados los niños.

El peritaje resaltó que la diferencia cultural se da por las diversas formas de concebir los conceptos de, vida, muerte, mal y bien; el mismo concepto de Derecho que en sociedades con cultura occidental, se comprende como un conjunto de preeminencias de los derechos individuales, relegando de alguna manera los derechos colectivos. Mientras que en las comunidades indígenas lo que resulta extraño a su manera de ver el mundo es decir, a su cosmovisión, es la valoración de lo individual por encima de lo colectivo. En el pensamiento de integrantes del pueblo Mam, prevalecen los valores comunitarios y de solidaridad entre sus miembros porque su formación es de raíz comunitaria, el derecho individual es una excepción y el derecho colectivo tiene la prioridad.

Posteriormente se han realizado otros peritajes de este tipo que por el momento solo podemos mencionar. Otros casos presentados como paradigmáticos, el caso de la cusha en el Centro de Administración de Justicia de Santiago Atitlán.

#### **4.8. El peritaje con enfoque de género**

El primer peritaje con enfoque de Género se dio en un caso donde la sindicada era una joven mujer madre de una niña y con tres meses de embarazo de su segunda hija. La víctima el padre de sus hijas era un hombre violento, que no proveía a los gastos del hogar, violento, entraba a su casa sin su consentimiento y ese día pretendió violar a su niña. En el informe se pretendió trasladar conocimientos que permitieran a los y las juzgadoras, argumentos o razones suficientes para convencimiento de hechos, prácticas, creencias para el entendimiento del Género en el caso concreto. El caso es cosa juzgada y se puede ampliar buscando la sentencia en el tribunal.

No. De proceso C.15, 683-2,005. Of.1 Juzgado 6to. de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente

Según el Arto. 322 del Código Procesal Penal, como efecto del Auto de Procesamiento del delito imputado fue Parricidio y como consecuencia de una defensa activa, con un adecuado conocimiento de estrategias de litigio de la defensa con enfoque de género, concatenado con la presentación de otros peritajes, se consiguió que el auto de procesamiento fuera reformado modificando la calificación jurídica del delito de parricidio al delito de homicidio en estado de emoción violenta.

Se demostró con el peritaje el estado de indefensión (situación en que se encuentra una persona con respecto de otra por razón de fuerza física, violencia psicológica), el tribunal de Sentencia absolvió uniendo las conclusiones del peritaje psicológico con el peritaje desde la perspectiva con enfoque de género: relacionaron el estado de emoción violenta con el derecho de la sindicada a la sobrevivencia, como un contenido mínimo del derecho natural, según se expresa en el propio peritaje.

#### **4.9. El Peritaje cultural y su eficacia en el proceso penal guatemalteco**

Cuando el Instituto de la Defensa Pública Penal, creó la Unidad de Género, se inició una nueva etapa en la aplicación de peritajes culturales, en su mayoría con enfoque de género, con el fin primordial de ayudar a aquellas mujeres que cometían delitos bajo situaciones especiales y bajo cuyas condiciones se necesitaba que un o una perita aclarara o ampliara ciertas circunstancias que serían relevantes dentro del proceso penal.

A continuación se explica que tan favorable y eficaz es el peritaje cultural dentro del proceso penal guatemalteco.

##### **4.9.1. Antecedentes**

El peritaje cultural puede considerarse una figura jurídica nueva o muy poco conocida por la gran mayoría de los operadores de justicia siendo ellos, los más interesados en conocer nuevos mecanismos que pueden utilizar en el desarrollo del proceso penal, para lograr con ello una defensa, o una resolución más justa para aquellas personas que por su pertenencia étnica o de género puede ser afectadas por la falta de una visión integral de sus motivaciones.



Acerca de la sistematización de los peritajes, solo se han encontrado en el Instituto de la Defensa Pública Penal, en las unidades o coordinación especializada unos consolidados del trabajo realizado.

La Unidad de Género del Instituto de la defensa Pública Penal, tiene una visión de *"Promover acceso a la justicia de la mujer eliminando la discriminación y los sesgos de género promovido por los componentes culturales, normativos y o estructurales"*<sup>78</sup>

Y la misión de *"Lograr la igualdad de oportunidades entre géneros, creando mejores condiciones de acceso de la mujer privada de libertad en la justicia",*

Del trabajo desarrollado por esta unidad el peritaje de género ha sido uno de los mayores logros, porque lo han acompañado con capacitación para todos los trabajadores del instituto. *"Han realizado procesos formativos sobre género, justicia penal y estrategias de defensa con enfoque de género, han presentado peritajes que han demostrado las especiales condiciones de las mujeres procesadas, han logrado sentencias históricas en las cuales los jueces y las juezas, han valorado esas circunstancias y con base a ellas, se han absuelto a mujeres que, conforme a la ley, no eran responsables penalmente."*<sup>79</sup>

El planteamiento del enfoque de género del Instituto de la Defensa Pública Penal, se basa en la transversalidad, de acuerdo con la definición de 1,997 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *"transversalizar la perspectiva de género, es el proceso de valorar las implicaciones que tienen para los hombres y para las mujeres, cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles...el objetivo final de la investigación es conseguir la igualdad de los géneros"*<sup>80</sup>

En la aplicación de la Teoría de Género en el Caso Concreto en las acciones a seguir para complementar la implementación el enfoque de género, se han orientado a la identificación y erradicación de las desigualdades de género en los casos concretos. Se ha logrado que se preste especial atención a las decisiones judiciales, las cuales no deben profundizar o

---

<sup>78</sup> Memorias de Labores Coordinación de Género, 2010. Instituto de la Defensa Pública Penal.

<sup>79</sup> Ochoa Zetina, Gloria Edith, **Sistematización de buenas prácticas en la defensa de mujeres procesadas. En Defensa Propia.** Pág. 7.

<sup>80</sup> *Ibíd.* Pág. 8.

generar nuevas brechas entre géneros, para lo cual se creó un banco de resoluciones judiciales. Ver anexo 5



Una de las políticas implementadas por la directora del Instituto de la Defensa Pública Penal, fue el apoyo a 17 abogados para cursar la Maestría en Género, para que estos aplicaran en la práctica la metodología de género en sus argumentaciones en defensa de mujeres y a la vez fuesen multiplicadores. También se implementaron talleres de capacitación en enfoque de género, para todo el personal.

En el mismo Instituto de la Defensa Pública Penal, la creación en forma simultánea de la Coordinación de Interculturalidad para apoyo de las Defensorías Indígenas, esta coordinación presenta un trabajo de avanzada en cuanto a la defensa con pertinencia cultural, donde los destinatarios del servicio son hombres o mujeres que por su percepción cultural, requieren de un peritaje para la defensa efectiva. El Instituto de la Defensas Pública Penal, en un esfuerzo por garantizar el derecho de los indígenas el acceso a la justicia con pertinencia cultural, ha implementado y apoyado la capacitación de Defensores públicos con enfoque étnico.

Una manera directa de apoyo lo constituye el documento "Guía de peritajes culturales" Esta guía enfatiza la utilización del peritaje como un medio de convicción y como un nuevo medio de prueba para lograr un mejor y justo proceso penal, donde se tomen en cuenta todas las circunstancias donde se pueda esclarecer los motivos que llevaron a una persona a la comisión de un delito.

#### **4.9.2. Análisis de resultados**

En muchas ocasiones el juez se encuentra frente a una cuestión científica, artística o técnica en la que desconoce del tema a juzgar y se ve en la necesidad de solicitar el apoyo de los peritos/as y estos con sus conocimientos le ayudan, a determinar o comprobar hechos cuyas características particulares deben ser más estudiadas, si bien es cierto el juez es un experto en el derecho, no tiene por qué tener dominio sobre otras ciencias, artes u oficios; en el presente trabajo de investigación abordamos los temas de género y cultura que si bien es cierto no son temas que desconozcan del todo los jueces, existen aspectos que algunas personas (peritos/tas) tienen o bien el conocimiento especializado por estudios



desarrollados o bien por pertenencia grupo, pueblo o etnia específico, en el caso de los peritajes culturales o bien que conocen las relaciones de subordinación que pueden darse entre los hombres y las mujeres por experiencias y prácticas desarrolladas.

De ahí la importancia del peritaje cultural ya sea con enfoque de género o con enfoque étnico o con los dos enfoques en juicios penales, (el juicio civil los requiere a menudo y esta normado el procedimiento) donde lo primordial del peritaje cultural es aclarar, ampliar o dar a conocer al juez sobre determinado tema que esta fuera del alcance de la ciencia del derecho en forma pura, ya que existe el supuesto, que él es el perito que conoce tanto la fase sustantiva como adjetiva del derecho, de esa cuenta cuanto la acción está influenciada por la cultura diferente, la subordinación de las mujeres en entornos patriarcales, el dictamen pericial resuelve dudas, se da a solicitud de los operadores de justicia y el o la jueza son los que lo admiten o no en el proceso, cuando consideran que con ese medio se pueda esclarecer un hecho criminal ayudando a encontrar agravantes o atenuantes para que la resolución tenga toda la objetividad posible.

El peritaje puede ser definido como la actividad procesal, desarrollada, en virtud del cargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento es posible ampliar.

En la práctica del derecho guatemalteco no se estipula claramente dentro del Código Procesal Penal que es un peritaje cultural; pero si se establece lo que es la libertad de prueba y gracias a este precepto fundamentamos la presente investigación, es decir; la ley no establece en un artículo específico qué es un peritaje cultural, es por ello que al no estar claro en la ley se necesita saber si en el ámbito del ejercicio profesional de los abogados litigantes, jueces, fiscales y defensores públicos conocen lo que es un peritaje cultural y más aún hay que determinar si lo utilizan o no dentro de los procesos que tienen a su conocimiento.

También conviene resaltar que uno de los objetivos de la presente investigación es determinar si los jueces; fiscales, defensores públicos y abogados litigantes conocen el peritaje cultural como un medio de prueba.



Y es por ello que con el fin de lograr el propósito de la presente investigación fue necesario la elaboración de encuestas realizadas con operadores y operadoras de justicia del departamento de Quetzaltenango y de la ciudad de Guatemala y entrevistas, con peritas, coordinadores y responsables de la Unidad de Género y de la Coordinación de Interculturalidad y defensorías de la Defensa Pública Penal de la sede central de la ciudad de Guatemala; así como también se entrevistaron a abogados litigantes de las regiones establecidas anteriormente.

Las preguntas se elaboraron en forma sencilla y concreta, es decir, ¿conoce o no, lo que es un peritaje cultural?; ¿Lo considera un medio de prueba?; ¿ha utilizado en su práctica profesional un peritaje cultural?; ¿ha escuchado que se ha utilizado el peritaje cultural?; estas preguntas con el propósito de determinar si los operadores y operadoras de justicia y los abogados litigantes conocían, aplicaban o simplemente habían escuchado o participado en la utilización de un peritaje cultural dentro del proceso penal guatemalteco; ya sea con enfoque de género o con enfoque cultural.

El resultado fue claro y se marco un diferencia entre la defensa pública penal y el Ministerio Público; en la Defensa Pública existen dos unidades especializadas (la Unidad de Género y la Unidad de Interculturalidad) en las cuales se practica y se promueve la utilización de los peritajes culturales para lograr una mejor defensa en aquellos casos donde por su condición cultural o de género ameritan la utilización de un peritaje cultural. Ver anexo 1.

El Ministerio Público por su lado, no ha utilizarlo al peritaje cultural como estrategia de acusación, tampoco lo conocen o reconocen como un medio de prueba (el mayor porcentaje de entrevistados) ya que no hay casos documentados, por los que los fiscales hayan conocido el peritaje cultural. Salvo un caso, el linchamiento en Todos Santos Cuchumatán, Huehuetenango; donde fueron acusadas tres personas, una de ellas Catalina Pablo, madre de un menor. El ministerio Público solicito a la perita Lucila Rodas Gramajo que los asistiera con un peritaje cultural ya que las circunstancias en que fue cometido el delito no eran del todo claras, la comunidad de Todos Santos Cuchumatán, a través de sus líderes, sacerdote, pastores evangélicos, líderes religiosos, estaban convencidos que habían actuado en

defensa propia. Sin dar indicios de quién pudo haber participado en forma directa del linchamiento. Esta comunidad indígena en un 100% tenía la convicción de que fuerzas de mal se ensañaban con la comunidad. Pero es el único que se encuentra documentado. Ver anexo 2.

Con relación a los jueces y juezas , se podría decir que si lo conocen y que han tenido la oportunidad de darles valor probatorio ya que por las unidades específicas de la defensa Pública penal son solicitados mayormente en los casos de mujeres que comenten delitos de parricidio; e incluso hay casos documentados donde utilizaron un peritaje cultural en sus resoluciones judiciales ya que los argumentos utilizados en el peritaje cultural fueron los suficientemente contundentes para la absolución de una sindicada. Claro no todos peritajes son valorados pero algunos que han tenido la oportunidad de hacerlos valer en el proceso, empiezan a hacer la diferencia. Ver anexo 3.

En el caso de los abogados litigantes conocen lo que es un peritaje, mas no conocen su clasificación y por ende no los han utilizado en sus estrategias en los procesos que han llevado en su actividad profesional. Ver anexo 4.

## CONCLUSIONES



1. El Estado es la organización política, que por medio de un conjunto de normas jurídicas y procedimientos se encarga de regular las relaciones de los individuos, es decir, su fin primordial es el alcanzar el bien común y lograr juicios justos; como resultado de la investigación se concluye que el Estado incumple con la obligación de administrar justicia pronta y cumplida y que existe un desconocimiento de los elementos que la ley permite utilizar para lograr dicho fin.
2. Después de realizar un estudio a fondo sobre la prueba, es importante hacer notar que el peritaje cultural cumple con todos los requisitos para ser válido, útil y eficaz dentro de un proceso legal, sin embargo no está regulado dentro del Código Procesal Penal. Por lo que no es de uso de todos los profesionales dentro de la rama legal, dándose solo el uso de la misma dentro del Instituto de la Defensa Pública Penal.
3. Al estudiar el peritaje cultural, se determinó que tiene una gran importancia como medio de prueba ya que la claridad que los peritos/as puedan brindar a los jueces, les sirve a estos para fundamentar sus resoluciones, es decir, que aclara y amplía las circunstancias de alguna situación específica, donde las personas sindicadas o víctimas de delito, son mujeres que colocadas en condición de subordinación con respecto a su pareja puedan pasar de victimas a victimarias. También por la práctica de determinadas costumbres, derivadas de la pertenencia a un grupo étnico específico, la cultura diferente, qué puede ser contraria a la conducta normada.
4. El peritaje cultural no ha sido suficientemente socializado, existe un gran desconocimiento y como consecuencia no se aplica en el proceso penal como un medio de prueba, se logró comprobar que los operadores de justicia que lo utilizan y lo proponen como un elemento de prueba dentro de un proceso solo son los defensores públicos, a diferencia de los fiscales del Ministerio Público que no lo utilizan.



5. A nivel institucional se logró determinar que es el Instituto de la Defensa Pública Penal quién más se ha incursionado en el tema del peritaje cultural, tanto en la capacitación de los defensores a nivel nacional, como el apoyo a través de coordinaciones administrativas, con unidades específicas en materia de género y de interculturalidad, que permite estar incursionando y utilizando el peritaje en la defensa de personas.

## RECOMENDACIONES

1. Siendo el Estado el ente que regula la conducta de los miembros de la sociedad en general, debe tomar en cuenta que la sociedad guatemalteca es pluricultural, multilingüe y multiétnica por lo que debe establecer en la legislación nacional, determinadas particularidades, relacionadas con las costumbres diferentes y con el grado de discriminación y violencia que sufren las mujeres.
2. El peritaje cultural ingresa al proceso penal a través de la libertad de prueba sin identificarlo como tal, es por ello que el Organismo Legislativo debe en forma expresa, especificar en que consiste el peritaje cultural y determinar cual es su importancia en la aplicación del mismo en aquellos procesos que por la condición de diversidad cultural o por la violencia que sufren las mujeres se necesite de pruebas especiales.
3. Intensificar en los procesos de capacitación en la utilización del peritaje cultural como medio de prueba en las escuelas especializadas de las instituciones encargadas de administrar justicia (Organismo Judicial, Defensa Pública Penal; Ministerio Público), para los casos que así lo ameriten y como una forma de hacer efectivo los ejes transversales de género y etnia.
4. Es necesario que dentro de la administración de justicia se cree un órgano especializado relacionado con los peritos/as que tengan experiencia para tener un banco de datos de las distintas pericias que permitan hacer una efectiva aplicación del peritaje cultural, como medio de prueba para evitar la criminalización de la cultura diferente y la re victimización de las mujeres.
5. Tanto el Organismo Judicial como el Ministerio Público, busquen la forma de sistematizar la enseñanza en la capacitación de sus operadores del peritaje cultural como una forma de hacer efectiva la justicia, por las luces que puedan brindar las personas peritas/os que conocen determinados aspectos culturales y de géneros que deben ser tomados en cuenta en una buena y efectiva administración de justicia.





## ANEXOS

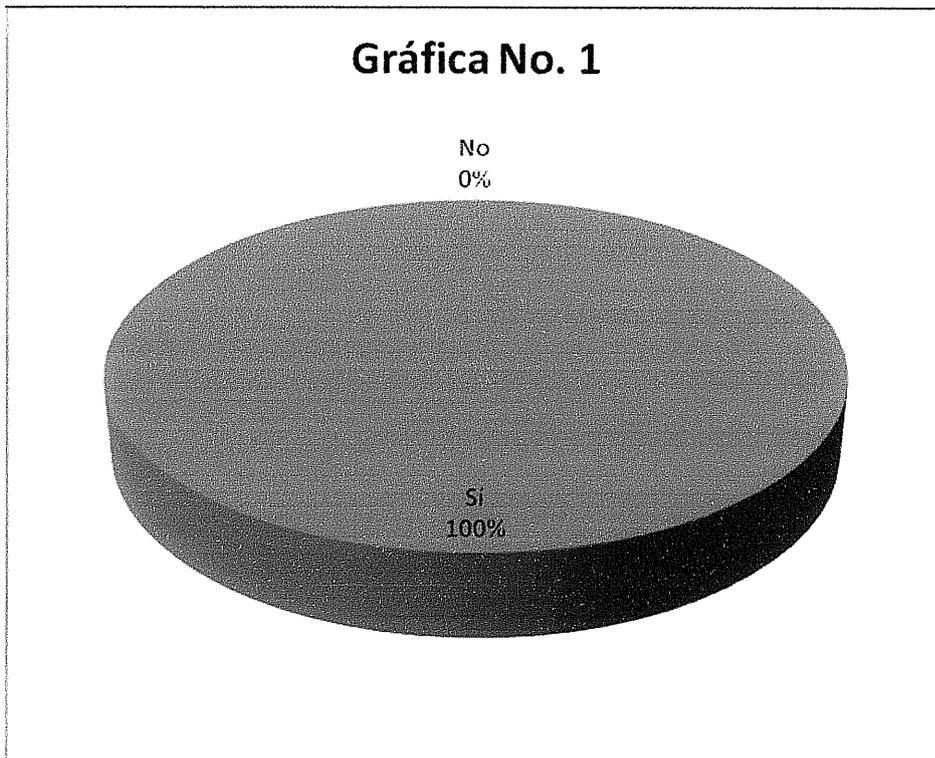




### Anexo I

Encuestas a Defensores/as Públicos/as de la Ciudad de Guatemala y de Quetzaltenango.

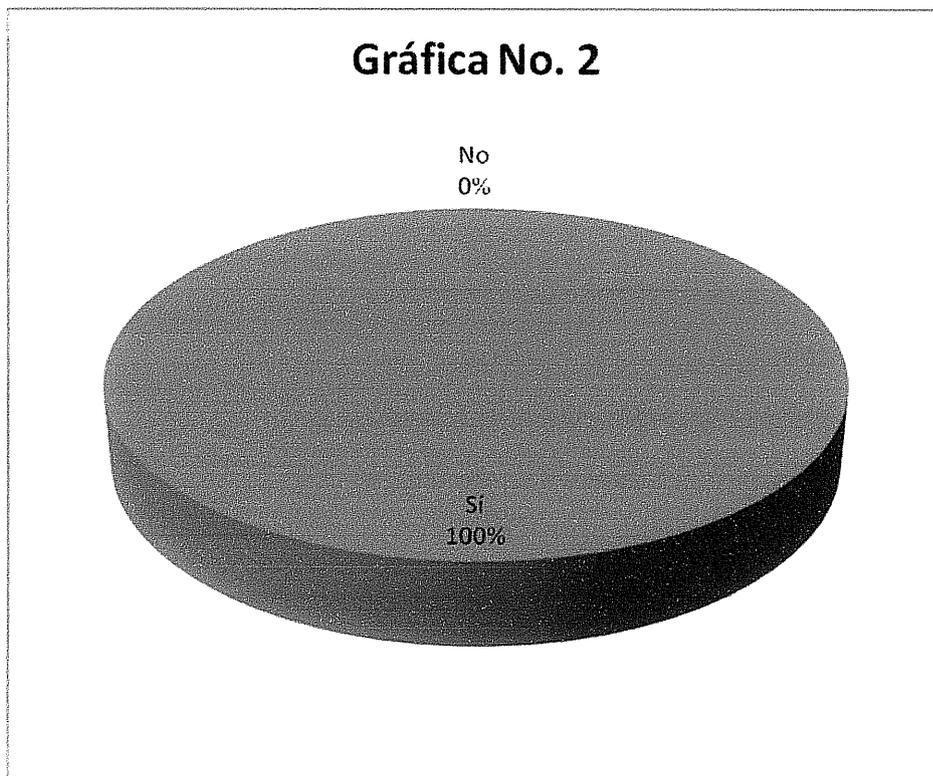
Pregunta número 1: ¿Puede decir que es un Peritaje Cultural?



El 100% de los Defensores/as Públicos/as encuestadas contestaron que Sí pueden definir lo que es un Peritaje Cultural.



Pregunta número 2: ¿El peritaje cultural es un medio de prueba?



El 100% de los Defensores/as Públicos/as encuestadas contestaron que el Peritaje cultural es un medio de prueba.



Pregunta número 3: ¿Qué es un Peritaje Cultural?

- Es el dictamen que dicta un perito o un experto basándose en sus conocimientos técnicos sobre una materia específica.
- Es un estudio técnico, artístico o científico que se encuentra fuera de la cultura del juez.
- Actividad procesal desarrollada en virtud de una orden judicial, por personas destinadas específicamente calificadas por conocimientos técnicos, artísticos o científicos.
- Es un medio de prueba a utilizar en un debate a fin de demostrar una circunstancia cultural al juez.
- Son estudios plasmados en dictámenes relativos a la cultura de una persona en sus diversas manifestaciones en calidad de miembros de un grupo social determinado a través de un dictamen elaborado por un experto en la materia.

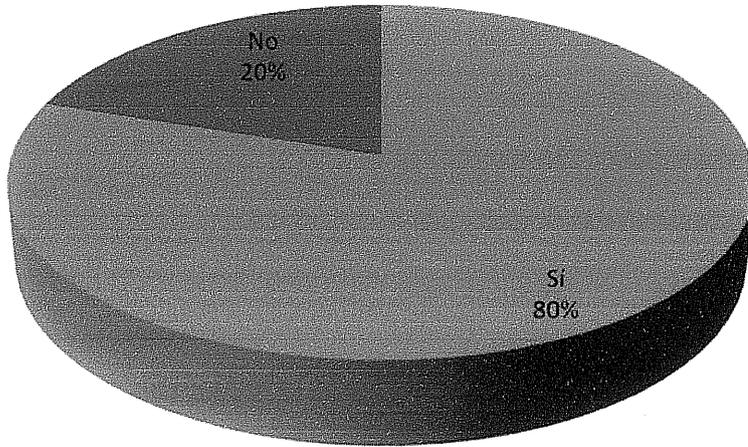
Pregunta número 4: ¿Qué clase de peritaje cultural conoce?

- Peritaje sobre las costumbres y los usos locales, Peritaje sobre la existencia de una ley extranjera, peritaje sobre cultura con enfoque de género, peritaje sobre la creación artística o literaria.
- Con enfoque de género, con enfoque étnico.
- Peritaje cultural con enfoque de género, peritaje cultural con enfoque étnico.
- Peritaje género, peritaje étnico.
- El más usual peritaje cultural indígena.

Pregunta número 5: ¿En su ejercicio profesional como operador de justicia ha utilizado el Peritaje Cultural?



**Gráfica No. 3**

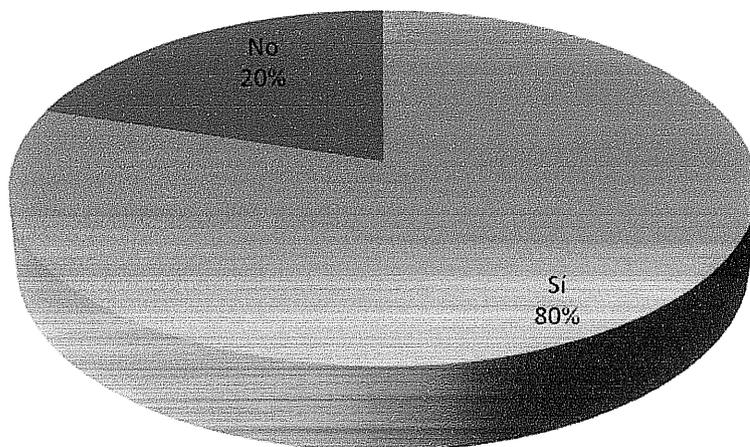


El 20% de los Defensores/as Públicos/as encuestadas contestaron que No han utilizado al peritaje cultural dentro de un proceso donde ellos sean parte y el 80% contestaron que Sí han utilizado en su ejercicio profesional.

Pregunta número 6: ¿Desde su experiencia como operador de justicia ha tenido conocimiento de la utilización de un peritaje cultural como medio de prueba?



**Gráfica No. 4**



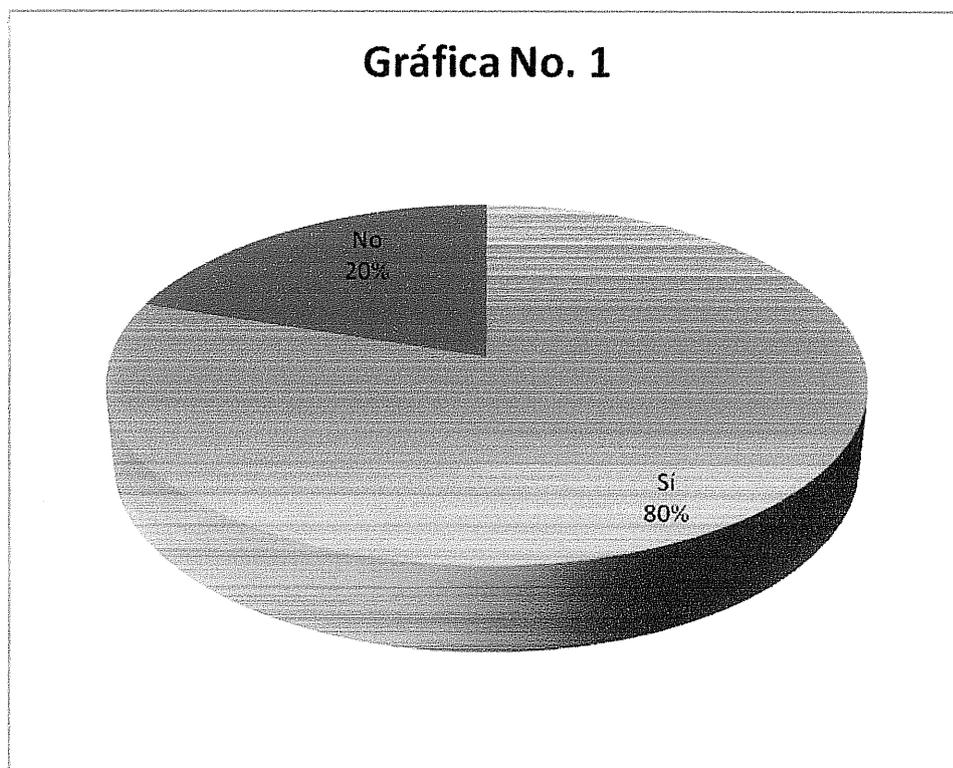
El 20% de los Defensores/as Públicos/as encuestadas contestaron que No se han enterado del uso del peritaje cultural dentro de ningún proceso y el 80% contestaron que Sí han escuchado e incluso lo han utilizado como medio de prueba.

## ANEXO No. 2

Encuesta a Fiscales de Ministerio Público de la Ciudad de Guatemala y de Quetzaltenango.



Pregunta número 1: ¿Puede decir que es un Peritaje Cultural?



El 20% de los fiscales del Ministerio Plúblico encuestados contestó que No conocen lo que es un peritaje cultural y el 80% contestó que Sí conocen lo que es un peritaje cultural.





Pregunta número 3: ¿Qué es un Peritaje Cultural? Las respuestas fueron diversas:

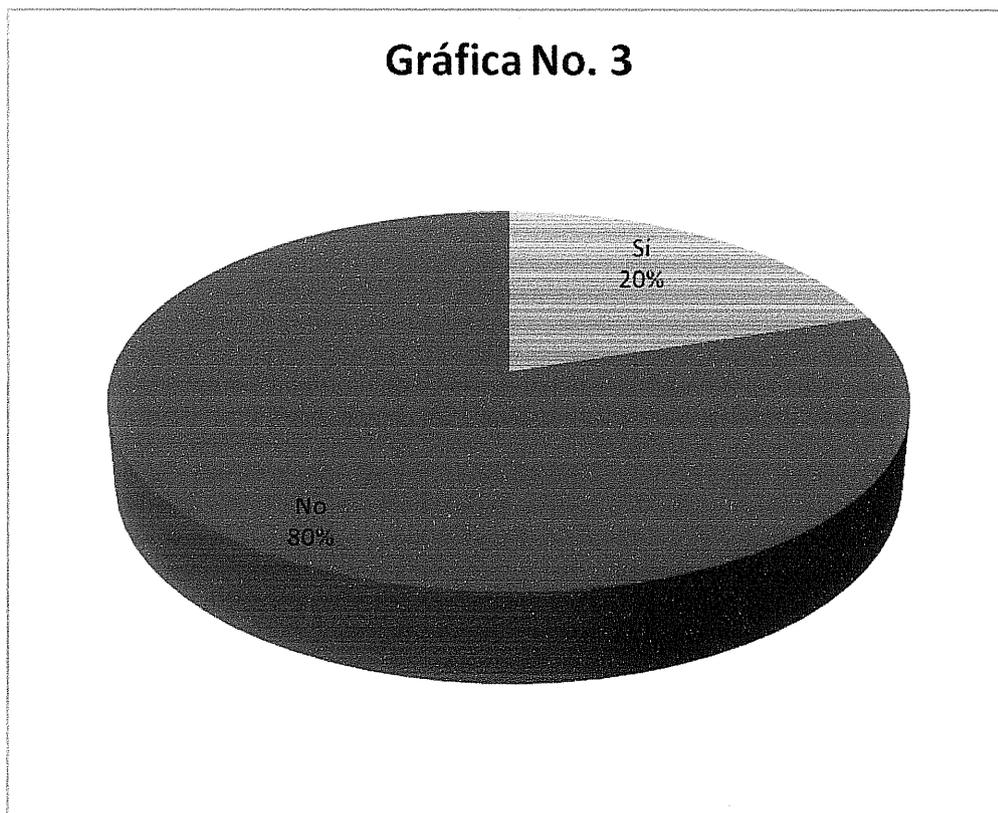
- Es el trabajo que realiza un técnico o un perito sobre un monumento histórico cultural.
- Es un estudio que realiza un técnico o perito para establecer con respecto a aspectos concernientes a información histórica, artísticas, etc.
- Es un estudio técnico científico de la forma de vida de un pueblo, costumbres, tradiciones, etc.
- Es el dictamen que da un anciano de la comunidad para determinar sobre determinada costumbre.
- Es un medio de investigación que un perito experto le hace o realiza a una persona para establecer algún rasgo.

Pregunta número 4: ¿Qué clase de peritaje cultural conoce?

- Daños en algún monumento o centro cultural.
- Establecer si una construcción pertenece a un patrimonio histórico-
- Socioculturas, étnico.
- El realizado por los ancianos.
- Ninguno.



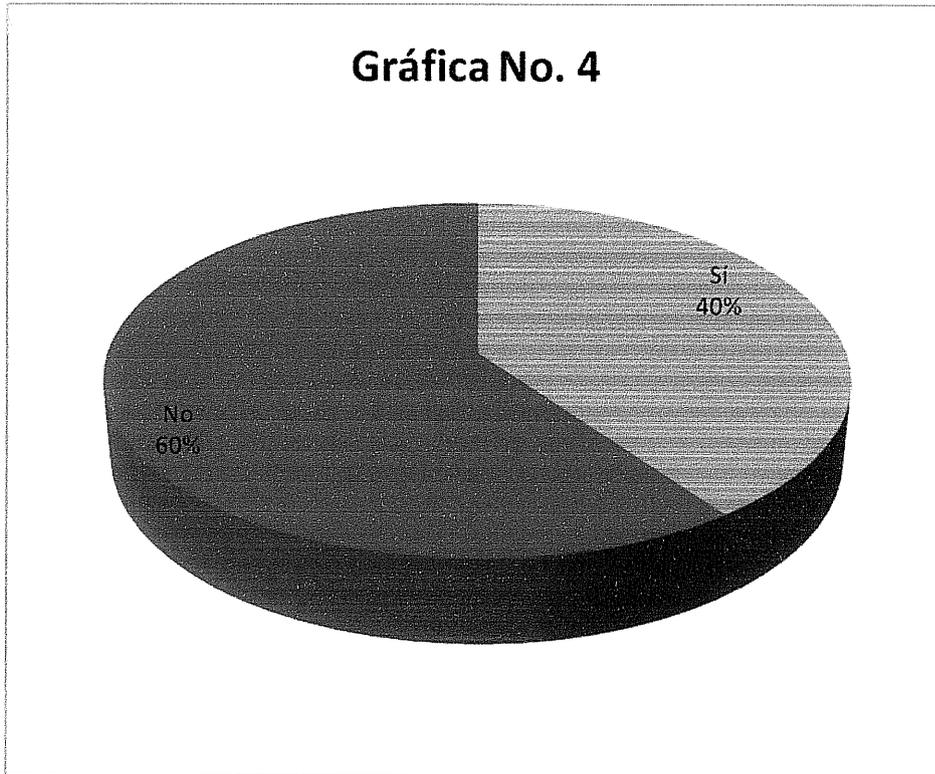
Pregunta número 5: ¿En su ejercicio profesional como operador de justicia ha utilizado un Peritaje Cultural?



El 80% de los Fiscales del Ministerio Público encuestado contestaron que No han utilizado al peritaje cultural dentro del proceso penal y el 20% contestó que Si lo han utilizado dentro del proceso penal .



Pregunta número 6: ¿Desde su experiencia como operador de justicia ha tenido conocimiento de la utilización de un peritaje cultural como medio de prueba?



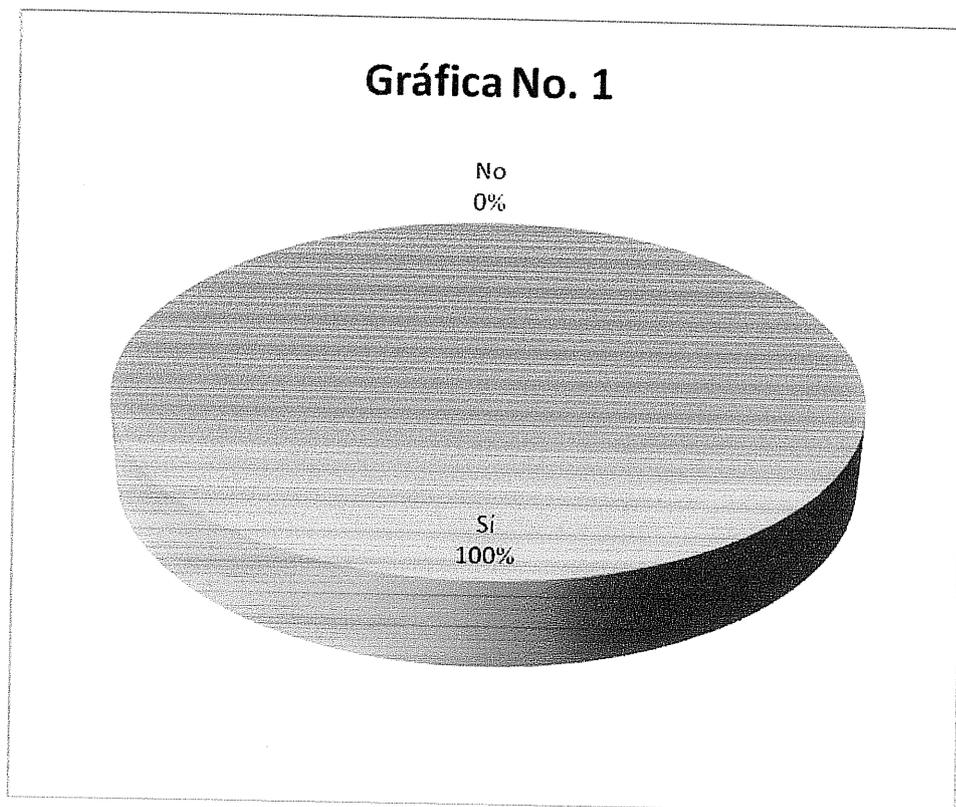
El 60% de los Fiscales del Ministerio Público Encuestados contestaron que No tienen conocimiento de haber utilizado el peritaje cultural y el 40% contestaron que Sí han escuchado de la utilización del peritaje cultural dentro de algún proceso penal.



### Anexo No.3

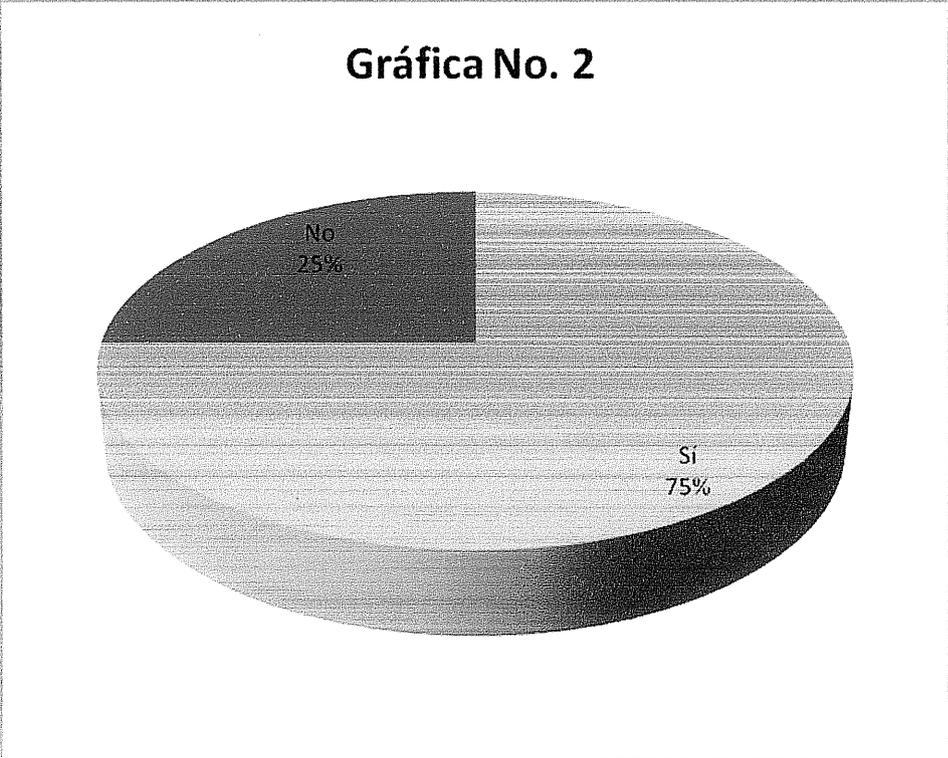
Encuestas a Jueces/as de la Ciudad de Guatemala y de Quetzaltenango.

Pregunta número 1: ¿Puede decir que es un Peritaje Cultural?



El 100% de los Jueces/as encuestadas contestaron que Sí podrían definir que es un peritaje cultural.

Pregunta número 2: ¿El peritaje cultural es un medio de prueba?



El 25% de los Jueces/as encuestadas contestaron que el peritaje cultural No es un medio de prueba y el 75% contestaron que Sí puede utilizarse como medio de prueba.



Pregunta número 3: ¿Qué es un Peritaje Cultural?

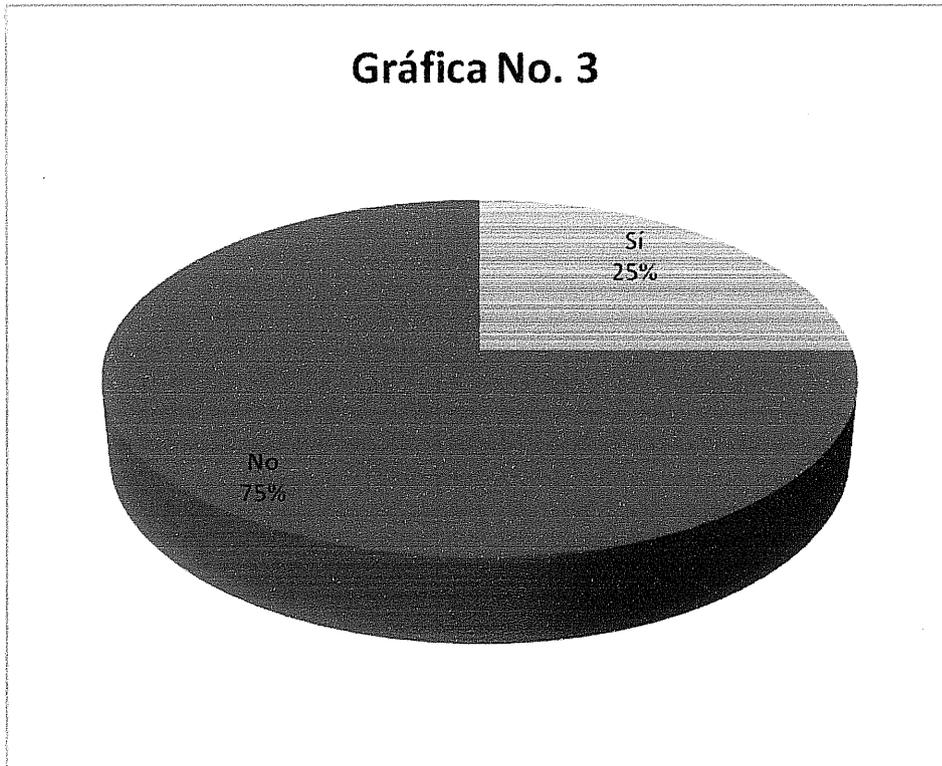
- La información que proporciona la persona mas longevade cada comunidad, datos y costumbre de la misma.
- El peritaje realizado sobre elementos culturales o elementos de un grupo para demostrar ciertas practicas en el grupo.
- El estudio del entorno de un individuo, cuya función es establecer el porque del comportamiento de una persona reflejado en la sociedad.
- Es el estudio realizado por una persona con facultades legales y que su fin es informar acerca de aspectos que el juez necesita ampliar.

Pregunta número 4: ¿Qué clase de peritaje cultural conoce?

- El de cada costumbre de determinada comunidad.
- El que sea de cualquier tipo de expresión que implique el tema.
- Ninguno.
- Peritaje con enfoque de género.



Pregunta número 5: ¿En su ejercicio profesional como operador de justicia ha utilizado Peritaje Cultural?

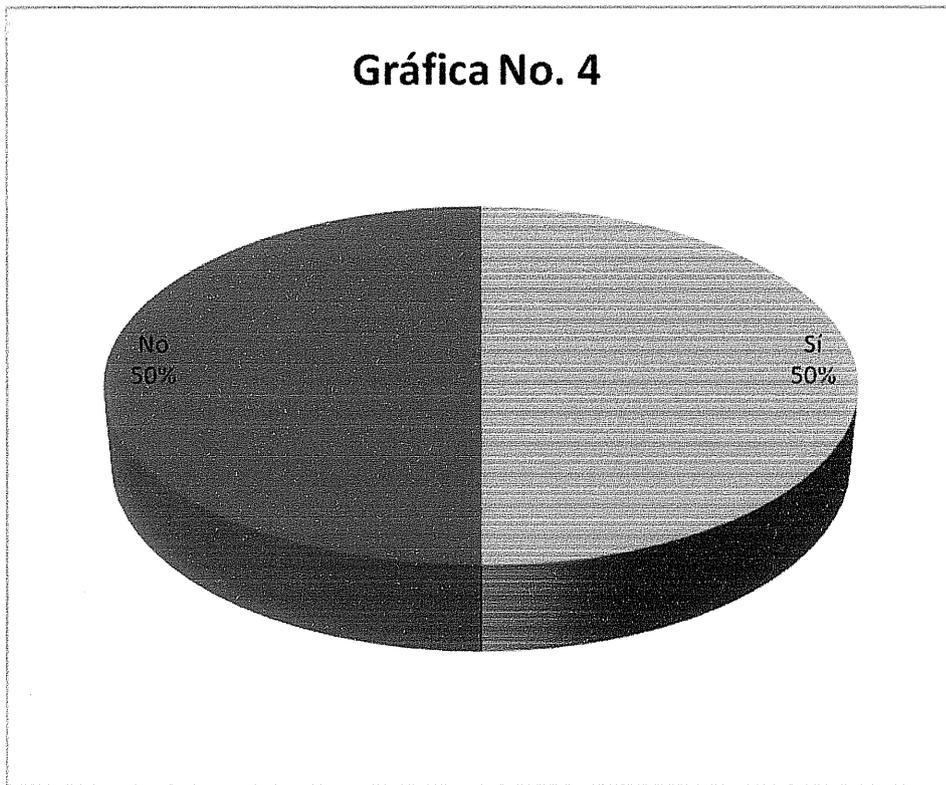


El 75% de los Jueces/as encuestadas contestaron que No han participado en debates donde se utilicen o se hayan utilizado los peritajes culturales como medio de prueba el 25% contestaron que Sí han participado o tienen conocimiento de la utilización del peritaje cultural como medio de prueba .

Pregunta número 6: ¿Desde su experiencia como operador de justicia ha tenido conocimiento de la utilización de un peritaje cultural como medio de prueba?



**Gráfica No. 4**



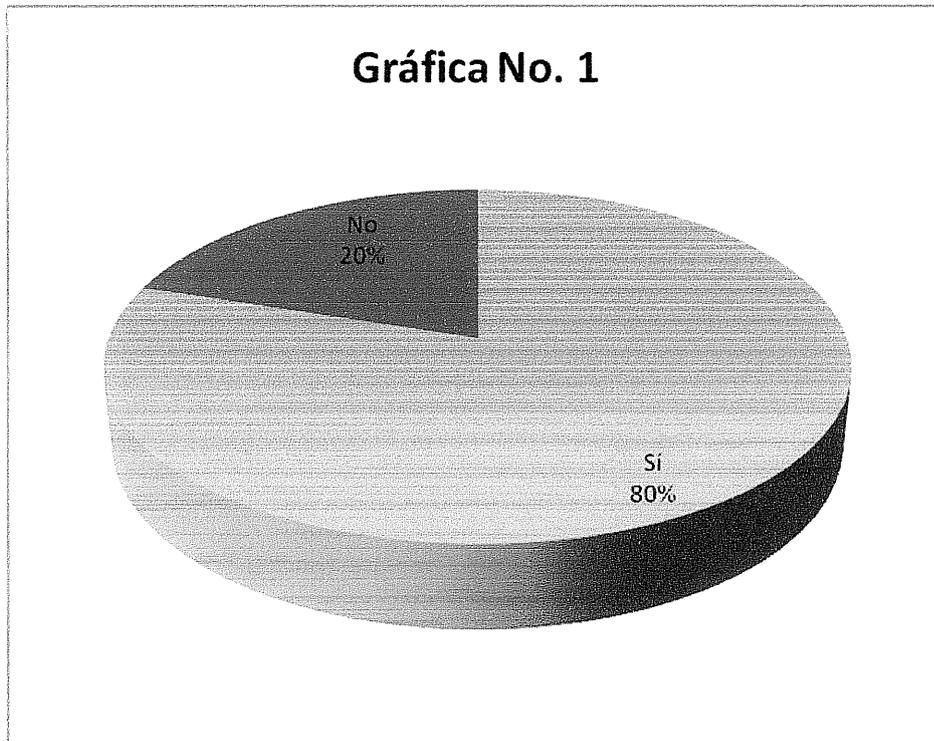
El 50% de los Jueces/as encuestadas contestaron que No tienen conocimiento de la utilización del peritaje cultural en algún proceso y el 50% contestaron que Sí han escuchado he incluso han utilizado el peritaje dentro de un proceso penal.



#### Anexo No. 4

Encuestas a Abogados/as y Notarios/as Litigantes de la ciudad de Guatemala y de Quetzaltenango

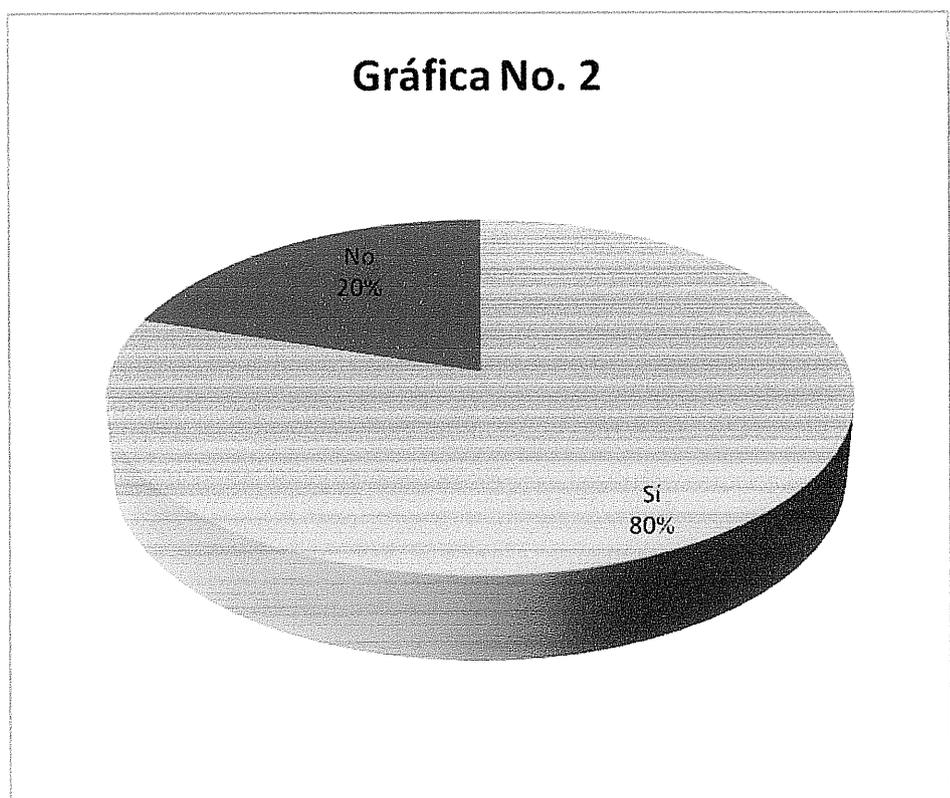
Pregunta número 1: ¿Puede decir que es un Peritaje Cultural?



El 20% de los Abogados/as y Notarios/as Litigantes encuestadas contestaron que No pueden decir que es un peritaje cultural y el 80% contestaron que Sí pueden definir que es un peritaje cultural.



Pregunta número 2: ¿El peritaje cultural es un medio de prueba?



El 20% de los Abogados/as y Notarios/as Litigantes encuestadas contestaron que No se puede considerar al peritaje cultural como medio de prueba y el 80% contestaron que Sí puede considerarse como un medio de prueba.



Pregunta número 3: ¿Qué es un Peritaje Cultural?

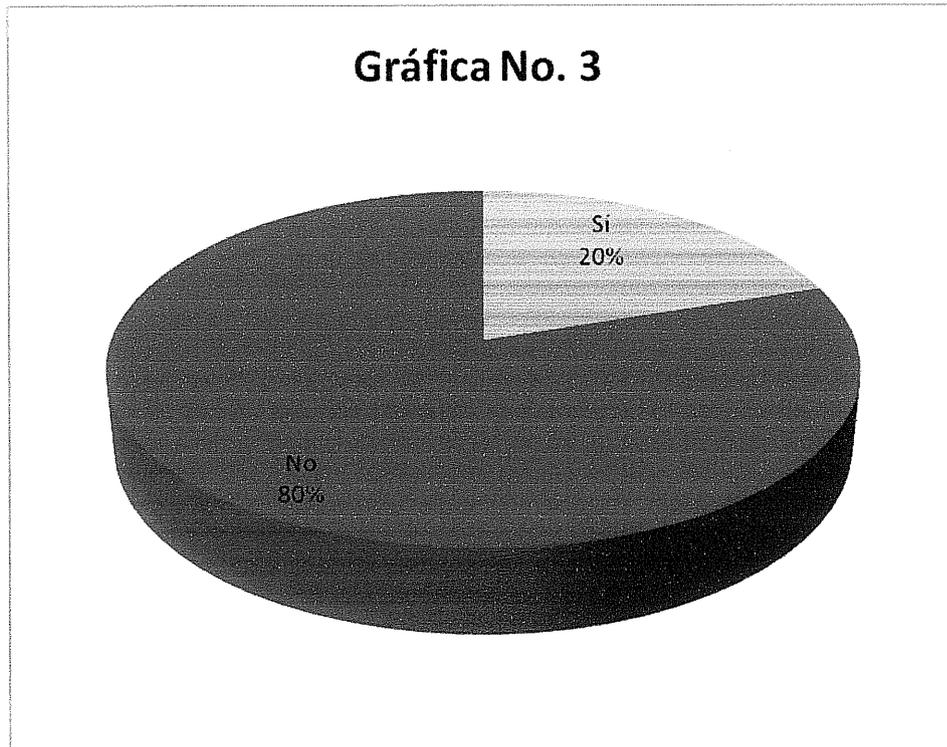
- Es el desenvolvimiento que hace un experto llamado perito en los diferentes ámbitos socioculturales que se dan dentro de un proceso que lleva inmerso por su naturaleza esta clase de peritajes. (Muchas veces no se ha determinado literalmente como peritaje cultural pero debido a los parámetros de su estudio y su eficacia se llega a determinar tácitamente como peritaje cultural).
- Es un estudio o dictamen hecho por un experto cuyo objeto es dar a conocer la idiosincrasia de un sujeto, costumbres o formas de vida.
- Inspección ocular donde una persona especialista en la materia hace una investigación en determinado patrimonio.
- Estudio realizado por una persona diestra en determinada materia atendiendo a la idiosincrasia y creencias, costumbres de un grupo social.
- Es un estudio de las personas y sus raíces.

Pregunta número 4: ¿Qué clase de peritaje cultural conoce?

- Peritajes a monumentos históricos, peritaje sociológico.
- De momento no he tenido conocimiento de esta clase de peritajes en un proceso, no tengo conocimiento de que esté regulado.
- No.
- Especialmente ninguno.
- Raza, cultura histórica, formas de vida social.



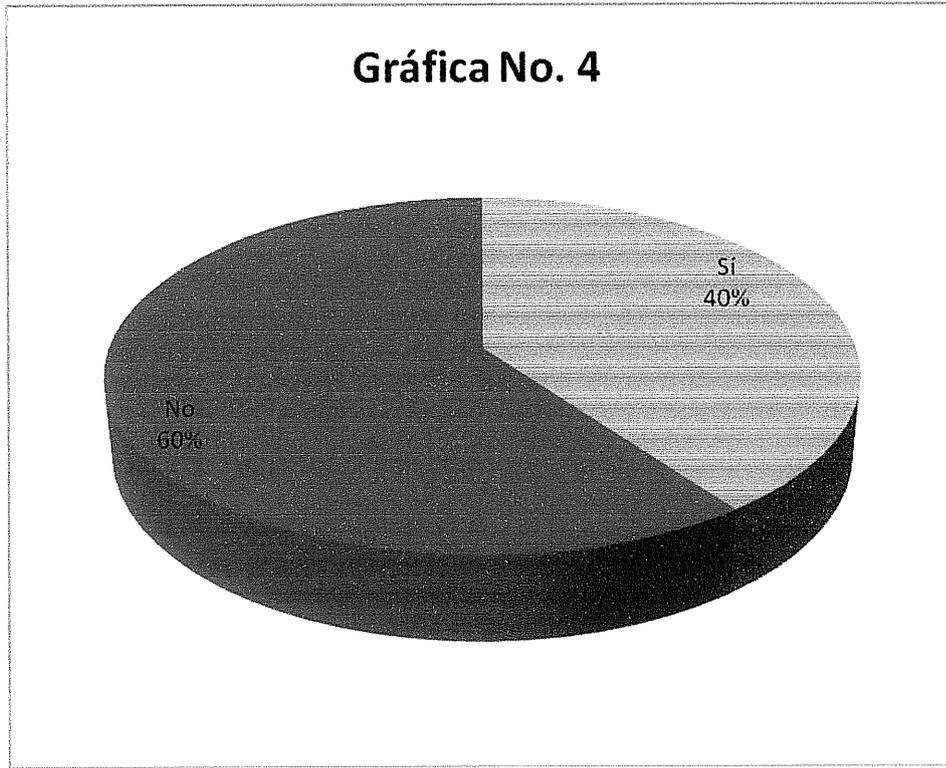
Pregunta número 5: ¿En su ejercicio profesional como operador de justicia ha utilizado un Peritaje Cultural?



El 80% de los Abogados/as y Notarios/as Litigantes encuestadas contestaron que No han utilizado nunca un peritaje cultural y el 20% contestaron que Sí lo han utilizado el peritaje cultural.



Pregunta número 6: ¿Desde su experiencia como operador de justicia ha tenido conocimiento de la utilización de un peritaje cultural como medio de prueba?



El 60% de los Abogados/as y Notarios/as Litigantes encuestadas contestaron que No tienen conocimiento de la utilización del peritaje cultural dentro de algún proceso penal y el 40% contestaron que Sí tienen conocimiento de la utilización del peritaje cultural dentro del proceso penal .



## Anexos 5

Detalle de algunos casos con aplicación de estrategia de defensa con perspectiva de género año 2006-2009

	USUARIA	DELITO	ESTRATEGIA GÉNERO	RESOLUCION JUDICIAL
1	Tania	Parricidio	Síndrome Mujer A	Absuelta
2	Blanca Leticia	Violación y asesinato paso a encubrimiento	Sesgo Estructural	Absuelta
3	María Isabel	Parricidio	Sesgo Cultural	Absolutoria
4	Luz María	Lesiones Graves	Sesgo Estructural	Sobreseído
5	Adolescente	Parricidio	Sesgo Cultural	Absuelta
6	Edna Elizabeth	Parricidio	Sesgo Cultural	Sobreseído
7	María Severiana	Parricidio	Sesgo Cultural	Absuelta



## BIBLIOGRAFÍA



**Antecedentes filosóficos de la política e la antigüedad. Monografias.com.**

ÁLVAREZ Mansilla, Erik Alfonso. **Teoría general del proceso.** Librería Jurídica de Occidente. 2,006 Guatemala.

ADAMS, Richard N; Bastos, Santiago. Taracena Arriola, Arturo. **Las relaciones étnicas en Guatemala, 1944-2000;** colección ¿Por qué estamos como estamos?.

AZULA, Camacho. **Teoría general del proceso,** Tomo I ; Editorial Temis 2000; Séptima edición.

BAGÚ, Sergio. **Tiempo, realidad social y conocimiento,** México. Siglo XXI; primera edición, 1979.

BORJA Osorno, Guillermo. **Derecho procesal penal,** tercera edición; Puebla, Mexico, Editorial Cajica S.A. 1985

CABANELLAS, Guillermo y Alcalá Zamora, Luis. **Diccionario de derecho usual.** Tomo II. Editorial Heliasta, S:R:L: 14ava. Edición, Buenos Aires Argentina 1979.

CAFFERATA Nores, José. **La prueba en el proceso penal.** Segunda Edición; Buenos Aires, Argentina. Ediciones de Palma. 1994.

Estudios sobre la paz y los conflictos. <http://sebastianrumie.wordpress.com/>; El Estado, el gobierno y la sociedad.

FÁBREGAS, Jorge, **Teoría general de la prueba;** Primera Edición, Medellín, Colombia, Ediciones Jurídicas, Gustavo Ibáñez, 1997.

FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal,** Tomo I. Editorial Labor, S.A. Barcelona Madrid, España.

FERRALLOLI, Luigi. **Derecho y razón, teoría del gigantismo penal.** Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta, Madrid España. 2001.

FOULQUIÉ, Paul. **Diccionario del lenguaje filosófico.** Editorial Labor, S. A. Barcelona – Madrid – Buenos Aires – Rio De Janeiro – Mexico 1967.

GORDILLO, Mario. **Derecho Procesal Civil Guatemalteco, Aspectos Generales de los Procesos de Conocimiento.** Primera edición. 1999. Impresiones Praxis.



HALDER, Alois, y Muller, Max. **Breve diccionario de filosofía**. 1976, Empresa Editorial Herder, S.A., Barcelona. **The Concept of Law**, Oxford: University Press, 1,961.

HART, H.L.A. **El concepto del derecho**. Editorial Nacional. Dr. Erazo Num.42 México 7, D.F, 1978. Traducción.

HERRARTE, Alberto. **El Proceso Penal Guatemalteco**, Centro Editorial Vile, Segunda Reimpresión de la Primera Edición 1991.

KUNS, José L. **Conferencias dadas por el profesor José L. Kuns en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México**. UNAM. 1,974.

LAGARDE, Marcela. **La identidad género y feminismo**; Instituto de la Mujer; Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional de Heredia; Costa Rica. 1997.

OCHOA Zetina, Gloria Edith. **Sistematización de buenas prácticas en la defensa de mujeres procesadas**. En Defensa Propia. Serviprensa Guatemala 2010.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 1981 Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. Editorial Porrúa S.A. XVIII edición. México 1,988.

Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I Décimo cuarta Edición. Editorial ABC. Santafé de Bogotá, Colombia.1996.

RODAS Gramajo Lucila. **Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas**; Primera Edición; 2004.

RODRÍGUEZ B, Alejandro. **El problema de la impunidad en Guatemala** Publicación de la Fundación Myrna Mack y la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala 2004.

SARAVIA Enquiquez, Albertina. **El delito de Julian Tzul** Centro Nacional de libros de texto y material didáctico "José de Pineda Ibarra" Cenaltex 1,986.

SORIANO, Ramón. **Compendio de teoría general del derecho**, Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 2da. Edición, corregida y aumentada, marzo 1,993.



STAVENHAGEN, Rodolfo. **Clase, etnia y comunidad**; México, Indígena II 30 años después. Revisión Crítica, número especial de aniversario. México, 1978.

VALCÁRCEL, Amelia. **La política de las mujeres**. Segunda edición. Ediciones cátedra. S.A. España. 1,997.

VÉLEZ Mariconde, Alfredo. **Derecho procesal penal**; Segunda Edición Buenos Aires Argentina, Ediciones de Palma 1990.

VIADA, Carlos. **Curso de derecho procesal penal**. Tomo I. Artes Gráficas Helénicas, S. A. Madrid, España.

WALTER , Leonore. **El desamparo aprendido y/o indefensión aprendida**; Harper And Row Publishers, inc. New Cork . 1979.

[www.bibiojurídica.org/libros/4/1670/11.pdf](http://www.bibiojurídica.org/libros/4/1670/11.pdf).

#### **LEGISLACIÓN:**

**Constitución política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Asamblea General de la ONU 1948.

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Resolución 543 de la VI de la Asamblea General de la ONU del 5 de febrero de 1956; vigente desde 1976.

**Convenio 169 de OIT**. Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1957.

**Código Procesal Penal**. Congreso de la República, Decreto número 51-92, 1992.

**Código Municipal**. Congreso de la República, Decreto número 12-202.

**Ley Marco de los Acuerdos de Paz**. Congreso de la República, Decreto Número 52-2005, 2005.