

Manual de acceso a la justicia penal con pertinencia cultural

Pedro Rolando Ixchú García

Guillermo Francisco Méndez Barillas



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Manual de acceso a la justicia penal con pertinencia cultural

Pedro Rolando Ixchú García

Guillermo Francisco Méndez Barillas



Cuaderno Estado y Derecho 2

Año 2, No. 2

Serie: Cuaderno Estado y Derecho

Manual de acceso a la justicia penal con pertinencia cultural

Diciembre 2016

Guatemala, Guatemala

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Oficina para Guatemala y Honduras
3a Av. "A" 7-74, zona 14, Colonia El Campo

Ciudad de Guatemala, Guatemala

Tel.: + (502) 2380-5118

Fax: + (502) 2380-5115

Info.guatemala@kas.de

www.kas.de/guatemala/es

ORGANISMO JUDICIAL

21 Calle 7-70 Zona 1. Centro Cívico

Guatemala, Guatemala

Tel.: + (502) 2426-7000

www.oj.gob.gt

ISBN: 978-9929-738-30-0

Los contenidos del presente estudio no necesariamente expresan la opinión de la Fundación Konrad Adenauer. Es permitida su reproducción parcial o total, siempre que se cite la fuente.

Autores

Pedro Rolando Ixchiú García
Guillermo Francisco Méndez Barillas

Coordinación editorial

Santos Sajbochol Gómez
Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial

Cynthia Fernández
Fundación Konrad Adenauer

Diseño interior y diagramación

Serviprensa

Impresión

Serviprensa, S.A.
3ª. avenida 14-62, zona 1
Tel.: + (502) 2245-8888
www.serviprensa.com.gt
Guatemala, Centroamérica
1,000 ejemplares

Índice

Presentación	5
Prólogo	7
1. Introducción	9
2. Justificación	11
3. Objetivos del proceso	13
3.1 General	13
3.2 Específicos	13
4. Marco teórico de referencia	15
4.1 Principios generales	15
4.2 “Derechos específicos”	16
5. Proceso penal y garantía de cumplimiento de los derechos humanos culturalmente diferenciados en una sociedad democrática multicultural	25
5.1 “Etapa de investigación”	28
5.2 “Etapa preparatoria”	31
5.3 “Etapa intermedia”	36
5.4 “Etapa de juicio o debate público”	39
6. Análisis y recopilación de información	45
6.1 Antecedentes	45
6.2 Investigación preliminar y etapa preparatoria	46
a. Consideraciones generales	46
b. Resultados de los talleres	51
c. Observaciones	55
6.3 Etapa intermedia	56
a. Consideraciones generales	56
b. Resultados de los talleres	58
6.4 Etapa de juicio (debate oral y público)	61
a. Consideraciones generales	61
b. Resultados de los talleres	62
6.5 Observaciones adicionales proporcionadas en la segunda jornada de los talleres	65

- a. Región central: ciudad de Guatemala 66
- b. Región suroccidente: Quetzaltenango 67
- c. Región nororiente: Zacapa 70

Referencias consultadas 73

Anexo

Lista de participantes en los talleres de recopilación,
análisis y validación de información 75



Presentación

La Fundación Konrad Adenauer coopera con la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial de Guatemala desde el 2012 con el fin de promover la participación de la población indígena en procesos de discusión y toma de decisión sobre asuntos políticos y legales de interés común.

Como resultado de las actividades ejecutadas durante estos años, se determinó la necesidad de contribuir con el cumplimiento del mandato legal e institucional que le corresponde al Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal y Organismo Judicial de garantizar el derecho de acceso a la justicia penal a los guatemaltecos en condiciones de igualdad.

Para cumplir con tal cometido, la Fundación Konrad Adenauer con el aporte de la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial presenta el segundo número de la serie de publicaciones denominada Cuaderno Estado y Derecho, que contiene un trabajo conjunto de los autores que incluye al inicio, una recopilación de los principios generales y derechos específicos reconocidos a favor de los pueblos maya, garífuna y xinka de Guatemala; y seguidamente una exposición sistematizada de las acciones sugeridas por jueces, magistrados, fiscales, abogados defensores públicos y autoridades indígenas para garantizar el servicio de justicia penal con pertinencia cultural.

Si bien abundan los recursos al alcance de los denominados operadores de justicia, estos se encuentran dispersos en documentos y cuerpos normativos que este manual recopila y presenta de forma estructurada con el fin de facilitar la información y la consulta necesaria en el ejercicio del mandato de los funcionarios y servidores públicos que ejercen los diferentes roles en el proceso penal guatemalteco.

Tal recopilación se nutre con los aportes de los participantes en las actividades ejecutadas durante el 2016, las que por resultar de las experiencias de los operadores, buscan impactar en los lectores del manual por la identificación en casos similares.

Finalmente, por medio de esta publicación, la Fundación Konrad Adenauer invita, tanto a funcionarios y servidores públicos, autoridades y agentes de seguridad e investigación, como a abogados litigantes, autoridades y representantes indígenas y público en general, para que por medio de su lectura puedan enriquecer el ejercicio de las funciones que realizan y el conocimiento adquirido.

Annette Schwarzbauer
Representante Residente
para Guatemala y Honduras
Fundación Konrad Adenauer



Prólogo

Guatemala es un país diverso en cultura, origen étnico e idiomas; conforme datos aproximados de la Encuesta de Condiciones de Vida –ENCOVI– de 14 millones 515 mil 963 habitantes, los pueblos indígenas son más de 6 millones y presentan los índices de desarrollo humano más bajos del país, viviendo mayoritariamente en el área rural del país.

La pobreza en general, crea barreras económicas, sociales, políticas y culturales en el acceso a la justicia para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales y derechos humanos para los pueblos indígenas en particular. En los Acuerdos de Paz, específicamente el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, el Gobierno se comprometió a garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, el acceso a la justicia y el reconocimiento del derecho indígena como garantía de cohesión social comunitaria, como un mecanismo válido para la solución de los conflictos o de contención al crimen.

En el marco del Plan Estratégico Quinquenal 2016-2020 el Organismo Judicial se propuso como misión: “Administrar e impartir justicia, garantizando el acceso, atención y debido

proceso a la población, en procura de la paz y armonía social”.

Derivado de ello, estableció entre sus políticas institucionales: ampliar el acceso a la justicia liderando acciones de acercamiento territorial del servicio a la población; impulsar la justicia especializada por razones étnico-culturales; y, modernizar la justicia, incorporando equipos y herramientas que faciliten un mejor servicio de justicia.

La actual administración, entiende que los valores culturales de un pueblo son la expresión de su identidad nacional y, por ende, con el afán de cumplir con el compromiso adquirido en el 2015, en Ginebra, Suiza, ante el Comité de Expertos de Naciones Unidas para la Eliminación del Racismo y Discriminación contra los Pueblos Indígenas, por medio de la Unidad de Asuntos Indígenas y con el apoyo financiero de la Oficina Nacional de la Fundación Konrad Adenauer en Guatemala, presenta el *Manual de acceso a la justicia penal con pertinencia cultural*.

Metodológicamente, el manual fue elaborado por un experto nacional y sometido al análisis y discusión de magistrados, jueces, fiscales y abogados defensores públicos en diversas regiones del país, seleccionados para que de manera colectiva se construyera una herramienta de trabajo que



siente las bases para el ejercicio de los derechos humanos culturalmente diferenciados, desde la investigación hasta el debate, en el proceso penal guatemalteco. El reconocimiento de derechos individuales en razón de la pertenencia cultural configura derechos especiales y una tendencia hacia el pluralismo jurídico, el cual consiste en la coexistencia, dentro de un mismo territorio, de distintos sistemas jurídicos aplicables a diversos pueblos.

La complejidad de las relaciones sociales interculturales y para responder de manera adecuada a la demanda de justicia, en una sociedad culturalmente diversa, desde las distintas funciones del derecho, es necesario, además del reconocimiento legal, de herramientas que orienten el actuar de los obligados a prestar el servicio de justicia con pertinencia cultural en materia de derecho penal.

Para que el servicio de justicia sea efectivo, debe ser coherente con la realidad social de la población guatemalteca a la que regula. La diversidad cultural es una realidad en Guatemala, de manera que no solamente la norma, sino que los propios hechos, hacen indispensable que los funcionarios y funcionarias tengan una formación

especial, que les permita interpretar los derechos humanos, derechos constitucionales y derechos específicos de los pueblos indígenas y los apliquen a casos concretos. Lo anterior obliga a reflexionar sobre la práctica diaria en materia de derecho procesal penal: ¿cómo se investiga con pertinencia cultural?, ¿cómo se defiende con pertinencia cultural?, ¿cómo se resuelve con pertinencia cultural?

Actualmente existen normas que obligan a los sujetos procesales a adecuar su actuación a nuevos parámetros que garanticen el pleno acceso de los pueblos indígenas a la justicia del Estado en calidad de víctima o sindicado, adecuándose a los estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos; la distancia entre lo reconocido en las normas y lo aplicado por jueces, fiscales y abogados defensores, debe desaparecer y garantizar seguridad jurídica, para brindar a la población la certeza de que se aplica justicia con objetividad e imparcialidad, dentro de las reglas del sistema penal democrático.

Dr. Josué Felipe Baquix
Magistrado Vocal V de la Corte
Suprema de Justicia

1. Introducción

En Guatemala está reconocida constitucionalmente la identidad cultural de los pueblos maya, garífuna y xinka, por sus valores culturales, idiomas y costumbres, lo que implica la garantía de acciones concretas desde el sistema de justicia ordinario que tengan como finalidad el respeto, la vigencia y validez de los derechos humanos culturalmente diferenciados.

Como resultado de este reconocimiento, en las instituciones del sistema de justicia oficial se han creado unidades, departamentos y oficinas que desarrollan estrategias institucionales que han impactado positivamente en la documentación de casos de defensa de derechos fundamentales en materia penal por medio de la utilización de peritajes culturales (antropológicos, sociológicos, psicológicos, etcétera), que han abierto el camino para que la Corte Suprema de Justicia emita sentencias con pertinencia cultural.

El Manual de acceso a la justicia penal con pertinencia cultural es un instrumento elaborado con el objetivo de fortalecer las capacidades institucionales que garantizan el acceso a la justicia de personas pertenecientes a pueblos maya, garífuna y xinka en Guatemala. Está dirigido a funcionarios del sistema de justicia oficial que laboran en el Organismo Judicial, Ins-

tituto de la Defensa Pública Penal y Ministerio Público.

Para su elaboración, el autor Pedro Rolando Ixchú García, presenta un marco teórico de referencia –primera parte del manual– que contiene los principios generales para la interpretación intercultural que se relacionan con los derechos específicos vinculados al derecho de acceso a la justicia penal diferenciada, de importante valía, cuando los conflictos, por sus particularidades son conocidos dentro del sistema de justicia penal ordinario.

Asimismo, dicho marco teórico de referencia incluye la concepción del proceso penal como parte de un sistema de garantías procedimentales para el cumplimiento de los derechos humanos culturalmente diferenciados, más no únicamente como una vía formal para materializar el poder punitivo del Estado.

Este marco teórico fue extraído del *"Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional-Guatemala"*, publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en cuya producción participó el autor Ixchú García.

En la segunda parte del manual, se presentan las incidencias suscitadas en los conflictos sociales de carácter



penal, conforme las etapas del procedimiento penal común, cuando ya ha intervenido una autoridad indígena, o en su defecto, no hay intervención previa, pero los matices del caso recomiendan la observancia de una justicia penal culturalmente diferenciada.

Para esta segunda parte, fue indispensable contar con los aportes derivados del trabajo y la experiencia adquirida por los encargados de la función de administrar justicia penal estatal, convocando para ello, a los jueces de primera instancia, jueces que integran los tribunales de sentencia (jueces unipersonales en su defecto), magistrados de la Corte de Apelaciones, fiscales del Ministerio Público y abogados defensores públicos del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Para lograr lo anterior, se organizaron talleres con base en una regionalización sugerida por la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial (dos jornadas sucesivas en cada región). Las tres regiones comprendieron el área de nororiente, siendo la sede de reunión el departamento de Zacapa; la región suroccidente, cuya sede fue el departamento de Quetzaltenango; y, finalmente, la región central, la cual se congregó en el departamento de Guatemala.

Los talleres tuvieron como finalidad que cada grupo de participantes ana-

lizara y expusiera sus aportes al contenido de la primera parte del manual –jornada inicial de talleres; y posteriormente, los aportes sistematizados por el autor Guillermo Francisco Méndez Barillas, fueron presentados a un segundo grupo de participantes –segunda jornada de talleres– para que validara la información, bajo la misma metodología y regionalización.

En cada jornada de talleres se integraron grupos de análisis y trabajo, en atención a las diferentes fases del proceso penal: investigación, etapa preparatoria, etapa intermedia y debate. La integración grupal fue interinstitucional: jueces, fiscales y abogados defensores públicos.

En conclusión, el presente manual constituye una herramienta que orienta y sugiere una serie de acciones que pueden implementarse durante el proceso penal –desde la investigación hasta el debate oral y público–; propone pautas sobre cómo investigar, perseguir, probar y acusar; cómo argumentar, asumir y valorar la diferencia cultural, garantizando los derechos culturalmente diferenciados; asimismo y como valor agregado, busca sensibilizar a los diferentes actores que intervienen en el proceso penal guatemalteco.



2. Justificación

Si bien existe la voluntad de algunos funcionarios¹ del sistema de justicia guatemalteco por atender a la población maya, garífuna y xinka, no existen aún pautas claras sobre cuáles deben ser los temas a los que debe referirse la atención y, en la práctica, tampoco están bien definidas las acciones que se enmarcan dentro de las funciones y deberes de las autoridades involucradas.

Este manual pretende cubrir la necesidad de establecer progresivamente pautas y contenidos para la atención a la población maya, garífuna y xinka en materia de justicia penal ordinaria.

En materia de derechos humanos culturalmente diferenciados, los retos para cada una de las instituciones son importantes. Tanto el Organismo Judicial, como el Ministerio Público y el Instituto de la Defensa Pública Penal tienen la necesidad de incidir en sus respectivos procesos de sensibilización, formación y capacitación.

En el caso particular del Ministerio Público, el reto es mayor porque se necesita la utilización de las herramientas procesales interculturales que sienten bases para la regularización del peritaje cultural; asimismo, de la doctrina del error de comprensión culturalmente condicionado, cuando las circunstancias del caso lo exigen.

Para tal efecto, en este trabajo se proponen acciones concretas para cada institución del sistema de justicia penal y generales para desarrollar en forma coordinada. Es importante destacar que no se trata de acciones adicionales a las funciones públicas de los jueces, magistrados, fiscales y abogados defensores públicos, sino que estas forman parte del mandato legal que deben cumplir como parte de una realidad intercultural.

Los destinatarios de este manual son los funcionarios del Estado y los beneficiarios son el conjunto de personas que se autodefinen como parte de los pueblos maya, garífuna y xinka.

1 Existe es la expresa obligación de permitir el libre acceso a tribunales, dependencias y oficinas del Estado conforme lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



3. Objetivos del proceso

El proceso de elaboración del Manual de acceso a la justicia penal con pertinencia cultural se desarrolló para cumplir con los siguientes objetivos.

3.1 General

Proporcionar a jueces, fiscales y abogados defensores públicos, orientaciones, acciones y contenidos para la tramitación de los casos sometidos al sistema de justicia penal oficial con pertinencia cultural.

3.2 Específicos

- Recoger las propuestas de orientaciones, acciones y contenidos por

parte de jueces, fiscales y abogados defensores públicos para la prestación del servicio de justicia con pertinencia cultural, desde los diversos roles que desempeñan en el proceso penal.

- Validar la sistematización de las propuestas de los jueces, fiscales y abogados defensores públicos para la prestación del servicio de justicia con pertinencia cultural, desde los diversos roles que desempeñan en el proceso penal.



4. Marco teórico de referencia

4.1 Principios generales

A continuación se citan una serie de principios generales que forman parte de los estándares internacionales vinculados a derechos fundamentales, inherentes a toda persona humana y especialmente a quienes forman parte de los pueblos maya, garífuna y xinka.

Tales principios son definidos en el *"Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional para Guatemala"*, publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos; los cuales se transcriben literalmente a continuación:

"1. Principios generales que fortalecen la interpretación intercultural²:

- **Principio pro persona humana (principio pro homine).** Supone aplicar la norma más favorable en beneficio de la persona usuaria de la justicia diferenciada, independientemente de su jerarquía, fuente u origen.
- **Principio pro pueblo indígena.** Aplicar la norma que más favorezca los derechos de las personas o comunidades indígenas³.
- **Principio de no discriminación.** Tratar a las personas usuarias indígenas en términos de igualdad cuando ello no represente una desventaja por su particular condición de vulnerabilidad.
- **Principio de equidad jurídica.** Aplicar criterios de justicia equitativa a favor de la persona indígena cuando ello se justifique en razón de su particular condición de vulnerabilidad, desventaja, exclusión o discriminación.
- **Principio de acción afirmativa.** Aplicar, con base en el principio de equidad, normas o decisiones que brinden mayores ventajas o derechos a las personas indígenas en razón de su condición de vulnerabilidad. La noción de un Estado de Derecho Plural obliga a las instituciones, órganos y autoridades que lo constituyen, que se reconozcan,

2 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, páginas 14 y 15.

3 Este principio debe entenderse aplicado a los pueblos de ascendencia maya, xinka y afrodescendiente.

respeten, acepten y promuevan los marcos legales que los regulan para garantizar la tutela judicial efectiva, viables en contextos socioculturales específicos.

- **Trato con respeto a la diferencia cultural.** Obligación del funcionariado de conocer y respetar diferencias culturales de las personas indígenas al momento de establecer cualquier tipo de contacto, trato o diligencia, en el marco de su competencia.
- **No revictimización.** Evitar cualquier tratamiento institucional, personal o actitudinal que revictimice, discrimine, humille o afecte la dignidad de las personas usuarias indígenas al momento de acceder a cualquier instancia de acceso a la justicia.
 - a. Principio a ser informado de manera adecuada. Implica el deber del funcionariado de informar de manera adecuada a las personas usuarias indígenas sobre los alcances de su involucramiento en alguna causa, juicio, proceso o diligencia judicial, y brindar la debida orientación en el idioma propio, en lenguaje sencillo y entendible”.

pueblos maya, garífuna y xinka en la forma siguiente⁴:

a. Derecho de acceso a la justicia del Estado guatemalteco

El acceso a la justicia consiste en acercar los tribunales y jueces a la población que demanda solución a sus conflictos humanos. Así mismo, implica que las y los jueces, fiscales, abogados y agentes de la Policía Nacional Civil, tomen en cuenta los elementos culturales del conflicto en el conocimiento, trámite y resolución judicial.

El artículo 5 del Convenio 169 de la OIT indica: “Al aplicar las disposiciones del presente convenio: a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”. Así mismo, el artículo 8 del mismo convenio, en su numeral 1, indica: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Tomar en cuenta significa, por una parte, respetar el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas.

4.2 “Derechos específicos”

El referido protocolo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, también presenta el contenido de los derechos específicos aplicables a los

4 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, páginas 15-22.

- **Acceso a la justicia diferenciada.** Es el derecho de todas las personas para que, atendiendo a su diferencia cultural, puedan solicitar a todo tipo de autoridad pública el reconocimiento de algún derecho o la decisión en algún conflicto en que se encuentre involucrada, cuya resolución sea, además de justa, equitativa y dictada de manera pronta, cumplida y eficaz. En sentido estricto y para efectos del presente Protocolo, el acceso a la justicia está referenciado a la justicia intercultural, de manera que los actos y decisiones de todas las autoridades involucradas (no solo las de carácter judicial), resuelvan las demandas, peticiones y conflictos nativos conforme a una visión integrada del derecho aplicable, con visión y pertinencia intercultural.
- **Derecho de defensa.** Derecho y garantía fundamental e irrenunciable que asiste a todas las personas inmersas en algún tipo de conflicto legal –de cualquier naturaleza–, para que su causa sea analizada, investigada y resuelta conforme a los estándares del debido proceso legal. En materia penal debe existir defensa letrada gratuita para personas en situación de pobreza o exclusión, por medio de la Defensa Pública. Debido a que el Instituto de la Defensa Pública de Guatemala tiene otras competencias para dar asistencia letrada gratuita en áreas distintas a la penal, también debe preverse ese tipo de apoyo legal a cargo de esa institución.

b. Reconocimiento a la diversidad cultural

¿Qué implica el reconocimiento de la diversidad cultural? En palabras sencillas, diversidad cultural significa diferentes formas de vida. **Cultura** es el modo de vida de cualquier sociedad humana particular, que se manifiesta en sus hábitos de acción y de pensamiento. Los productos de la actividad mental y física de los integrantes de la sociedad forman parte de la vida diaria y de la cultura. Esta definición puede utilizarse tanto para conocer la forma de vida de una comunidad indígena, como de un pueblo indígena, de un conjunto de pueblos e incluso de una nación, en atención al estudio de las relaciones complejas que se dan entre los diversos pueblos que integran a la sociedad guatemalteca.

Respecto de la valoración jurídica de las diferencias, Luigi Ferrajoli⁵ en su tratado *La Ley del Más Débil* señala “que el Derecho asume las diferencias que existen entre las personas y se propone protegerlas, al comprenderlas como requisito para la libre afirma-

5 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 16: “1 Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías; La ley del más débil. Tratado de Perfecto Ibáñez y Andrea Grappi, Madrid, Trotta, 2002. Citado por De la Torre Martínez, Carlos. El Derecho a no ser Discriminado. Primera Edición. Editorial Porrúa, México. 2006. pp 19-22”.

ción de la personalidad de cada individuo. Este autor otorga a todas las diferencias un mismo valor, prescribe para todos los casos igual tratamiento e iguales derechos y obligaciones, y comprende que la pretensión de igualdad de derechos va acompañada del reconocimiento de las diferencias reales que existen entre las personas y de las garantías necesarias para que todas tengan las mismas oportunidades en el ejercicio de sus derechos. Para Ferrajoli ese es el único modelo de configuración jurídica que logra conjugar armónicamente la igualdad y la diferencia”.

Para una mayor referencia del concepto de igualdad, téngase presente lo establecido en el artículo 2.1 de la Declaración Universal:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

También lo indicado por el Artículo 7 de dicha Declaración: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Igualmente, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea

General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 establece la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley; en el Pacto estos dos derechos están garantizados en sí mismos y no es necesaria la existencia de una amenaza hacia otro derecho o libertad enumerada en el Pacto para que cobre vigencia, es decir, la igualdad es un derecho autónomo.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra de la Mujer (1979) son dos de los tratados de Derechos Humanos más relevantes que desarrollan la cláusula de no discriminación y contienen dentro de la normativa una definición de discriminación.

“La **igualdad** es un concepto normativo que esencialmente exige que, a pesar de las diferencias existentes entre las personas, todas gocen de los mismos derechos y obligaciones fundamentales. La **diferencia** es un concepto descriptivo que permite asumir las diferencias reales de manera que, en virtud del principio de igualdad, puedan ser tuteladas, respetadas y garantizadas.

La discriminación atenta contra la igualdad y la diferencia, al oponerles sus contrarios. Primero, frente a la igualdad presenta la desigualdad, en tanto sus efectos son precisamente negar o menoscabar los derechos de los otros. Todas las formas de discriminación – jurídica, social, económica, política, etcétera–, redundan en el incremento de la desigualdad existente entre las personas. Segundo, frente a

las diferencias opone la homogeneidad, al despreciar los elementos que distinguen a los demás, la discriminación conlleva la pretensión de anular o neutralizar todas las diferencias que distinguen a los grupos humanos”⁶.

Se ha comprendido que el mandato de no discriminación constituye una de las maneras que los textos constitucionales y los instrumentos internacionales han adoptado para defender la igualdad de derechos y obligaciones de las personas. Aunque esta interpretación es correcta, cabe destacar que la cláusula de no discriminación va un poco más allá del principio de igualdad en tanto que, además de abarcar las

dos caras de este principio –la igualdad ante la ley o igualdad formal, y la igualdad de oportunidades o igualdad material– también logra abarcar la exigencia del respeto a las diferencias. La cláusula de no discriminación se constituye en una garantía con la cual las personas pueden expresar libremente su personalidad –ideas, creencias, gustos, facultades y preferencias.

“La nación guatemalteca tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos originarios que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”⁷. Esto significa que el Derecho reconoce la diversidad cultural como parte de la realidad histórica y social de la república guatemalteca y da reconocimiento jurídico a los pueblos indígenas.

Los artículos 58 y 66 del texto constitucional guatemalteco reconocen el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural, de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres. Así mismo afirma la existencia de diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos

6 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 17: “² Igualdad es término normativo: quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales; siendo esta una norma no basta con enunciarla sino que es necesario observarla y garantizarla. Diferencia, es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas hay diferencias, que la identidad de cada persona esta dada precisamente por sus diferencias y que son pues sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías; La ley del más débil. Tratado de Perfecto Ibáñez y Andrea Grappi, Madrid, Trotta, 2002. Citado por De la Torre Martínez, Carlos. El Derecho a no ser Discriminado. Primera Edición. Editorial Porrúa, México. 2006. pp 19-22”.

7 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 17: “³ Parafraseando el artículo 1 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la OIT”.

de ascendencia maya, reconoce, respeta y promueve, sus formas de vida [...] y formas de organización social". La Constitución reconoce de manera expresa la existencia de la diversidad cultural o de formas de vida diferentes de los pueblos de ascendencia maya y de manera extensiva, la existencia de los pueblos xinka y garífuna.

Para la antropología jurídica, el reconocimiento constitucional de las formas de vida y formas de organización social propia de los pueblos indígenas implica conocimiento del contexto sociocultural por parte de las y los operadores de justicia. El reconocimiento de la diversidad cultural supone valorar los hechos o conductas que llevan implícitos elementos culturales que le hacen ser como es en el marco del modo de vida específico de los pueblos indígenas. El contexto sociocultural nos posiciona en el lugar y tiempo en que ocurren los hechos; en el caso de pueblos indígenas, los hechos ocurren dentro de la jurisdicción indígena. La teoría del delito en el Derecho penal se complementa con este marco jurídico antropológico, al establecer que para que una conducta sea ilícita debe reunir las condiciones de tiempo, lugar y modo. Por otro lado, las y los operadores de justicia podrán encontrarse con hechos que han ocurrido fuera de la jurisdicción indígena, en ciudades con minorías indígenas o en centros cosmopolitas de concentración de población, tal es el caso de la ciudad capital y otras ciudades del territorio guatemalteco. Este marco permite al operador de justicia ponderar entre el hecho o conducta ilícita, el tipo penal y la adecuación cultural que el Estado garantiza".

c. Derecho a la autoidentificación o autoadscripción

Respecto de la pregunta, ¿qué se hace cuando las personas ya no viven en un pueblo indígena o que ya no hablan una lengua indígena? La Ley es clara al referirse al principio de autoadscripción o autoidentificación personal como criterio fundamental para definir al sujeto de derechos. Esto significa que no corresponde al Estado ni a los jueces decidir a quién se aplican los derechos de pueblos indígenas, sino que es una facultad de la persona definirse como tal. El artículo 58 constitucional indica: "Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres". De manera expresa se reconoce el derecho individual y colectivo de autoidentificarse como miembro de un pueblo indígena. El Artículo 1 del Convenio 169 de la OIT establece: "Una condición fundamental será la conciencia de su identidad". Esto significa que es derecho y decisión de las personas individuales y de los pueblos, definir su pertenencia étnica y no es una prerrogativa del Estado por medio de los órganos jurisdiccionales. A este respecto, se recomienda a las y los operadores de justicia, que cuando exista sospecha fundada ante el Ministerio Público o en el Juzgador que una persona pertenece a una comunidad indígena, o cuando se lo haya comunicado a su Abogado Defensor, de oficio, deberán ordenar una evaluación sustantiva de la cuestión, adoptando una postura activa, pro derechos, a fin de determinar si la persona sujeta a una investigación o proceso tiene la calidad

de indígena, a partir de la ponderación de diversos elementos que permitan acreditar la pertenencia, arraigo, identidad o asentamiento físico a la comunidad indígena. En conclusión, a toda persona sujeta a un proceso penal o de cualquier otra rama del Derecho, a quien se ha declarado indígena, debe procurársele los derechos de su identidad cultural que otorgan los artículos 58 y 66 constitucionales”⁸.

“Así mismo, debe protegerse la identidad e integridad de grupo, tomando en consideración que detrás de cada caso o situación de conflicto a resolver en que se involucre una persona indígena, puede haber derechos colectivos, sociales y culturales que se identifican o afectan la identidad e integridad de las comunidades indígenas a las que pertenecen”.

d. Derecho a la libre determinación

La libre determinación se ejerce dentro del marco constitucional de la autonomía, establecida en el artículo 57, que indica: “Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural [...] de la comunidad, así como a beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la Nación”. Este artículo no específica de manera expresa el derecho a la libre determinación, por lo que debe integrarse con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos

de los Pueblos Indígenas, que en su artículo 3 señala: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y en virtud de ese derecho, pueden decidir libremente su desarrollo económico, social y cultural”. El artículo 4 de la misma declaración amplía el contenido de este derecho al señalar que el ejercicio de la libre determinación se refiere a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos, para financiar sus funciones autónomas.

En lo colectivo este es el principio por medio del cual cada pueblo puede establecer libremente su condición política y proveer para su desarrollo económico, social y cultural, disponiendo libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional, pero en ningún caso puede privarse al pueblo de sus propios medios de subsistencia. La autonomía indígena no debe poner en riesgo la unidad nacional pero fuera de esta situación, los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación, lo cual implica: “la posibilidad de elegir libremente su futuro dentro de su modo de vida particular”⁹.

8 Al respecto una valiosa herramienta de trabajo es el peritaje cultural, que puede ser antropológico, sociológico, psicológico, etcétera.

9 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 19: “4 Artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas”.

e. *Derecho al autogobierno*

Del derecho a la libre determinación deriva el derecho fundamental a definir sus formas propias de organización social, económica, política y cultural. Del derecho a la organización política propia se desprende la capacidad de definir sus propias instituciones, que no necesariamente tienen que corresponder con el resto de las instituciones del Estado que le son ajenas. Los pueblos indígenas tienen el derecho de elegir libremente a sus autoridades de acuerdo a sus propios sistemas normativos y a su cultura, dentro de sus comunidades, municipios, departamentos y regiones lingüísticas (artículo 7 del Convenio 169 de la OIT).

f. *Derecho a elegir a sus autoridades*

“Los pueblos indígenas son autónomos para elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a sus autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno”¹⁰. Este derecho permite a los pueblos indígenas definir a sus autoridades de acuerdo a sus propios sistemas jurídicos. El municipio es la unidad básica de la organización territorial del Estado y espacio inmediato de participación

ciudadana en los asuntos públicos. Se caracteriza primordialmente por sus relaciones permanentes de vecindad, multiétnicidad, pluriculturalidad, y multilingüismo, organizado para realizar el **bien común** de todos los habitantes del distrito”.

g. *Derecho a aplicar sus propios sistemas normativos*

En cumplimiento de lo establecido en los artículos 154 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los funcionarios judiciales están sujetos a la ley y deberán observar obligadamente en toda resolución o sentencia el principio de que la Constitución Política de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado y ésta reconoce, promueve y respeta los derechos inherentes de los pueblos maya, garífuna y xinka.

“Para la resolución de sus conflictos, internos las autoridades de los pueblos indígenas pueden aplicar su derecho consuetudinario, su sistema jurídico propio, también llamado “usos y costumbres o costumbre jurídica”. Así lo define el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 8 reconoce:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que estas no sean incom-

10 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 20: “⁵ *Ibidem*. Artículo 4”.

patibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

El artículo 8 del Convenio 169 de la OIT puede integrarse en esta misma lógica con el artículo 8 del Código Municipal, que ha definido entre los elementos básicos que integran el municipio: "c) a la autoridad ejercida en representación de los habitantes, tanto por el Consejo Municipal como por las autoridades tradicionales propias de las comunidades de su circunscripción. [...] f) El ordenamiento jurídico municipal y el derecho consuetudinario del lugar".

Un sistema jurídico suele contar con tres elementos: un conjunto de normas, un conjunto de instituciones y procedimientos, además que constituyen sistemas de reparación y castigo. Dado este reconocimiento, las autoridades indígenas pueden resolver todo tipo de asuntos internos. Cuando surgen controversias por la aplicación del derecho indígena no corresponde a la autoridad jurisdiccional oficial del Estado juzgar de nuevo o desconocer la capacidad de juzgar de la autoridad indígena. Si una autoridad del Estado resuelve de nuevo sobre un caso ya resuelto por la autoridad indígena, aun cuando una de las partes acuda a los órganos jurisdiccionales del Estado, los jueces tendrán que tomar en cuenta el derecho de los pueblos indígenas de aplicar su propio derecho en la reso-

lución de sus conflictos internos, en el marco del principio del *non bis in idem*. Para ese efecto será necesario que los jueces y juezas tengan la capacidad de integrar interculturalmente el derecho.

La coordinación entre el sistema jurídico oficial del Estado y el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas no está reglamentada en la mayoría de las legislaciones estatales de América Latina, y para nuestro país este es un tema novedoso. Es común que personas individuales demanden ante los tribunales de justicia, a las autoridades indígenas en el ejercicio de sus cargos o, en el peor de los casos, algunos abogados poco éticos esperan que la autoridad indígena entregue su cargo para iniciarle regularmente un proceso penal. En este caso, corresponde a las y los juzgadores verificar tres cosas:

1. Un posible conflicto de competencias con las autoridades del Estado o de otras comunidades.
2. Que la autoridad en cuestión haya aplicado efectivamente el sistema normativo interno de la comunidad, para lo cual son vitales los peritajes antropológico-culturales u otros medios de prueba que objetiven el sistema normativo, que con frecuencia es oral y no escrito.
3. Que el sistema cumpla con un mínimo de respeto por los principios generales de la Constitución y a los derechos humanos, teniendo en estos casos relevancia fundamental el principio *pro personae* consagrado en el artículo 44 constitucional. Una debilidad del siste-



ma jurídico propio de los pueblos indígenas es que no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución Política de la República de Guatemala. Pero interpretando bajo el principio de eficacia integradora de la norma constitucional, el no reconocimiento expreso es superado por el texto del artículo 44 que indica, "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".

El objetivo de la coordinación entre ambos sistemas jurídicos es responder de manera adecuada a la demanda social de justicia de los pueblos y personas indígenas, evitar los solapamientos entre ambas jurisdicciones,

proporcionar algunas reglas básicas de cómo debe ser la coordinación, definir cuáles son los límites de la jurisdicción indígena, cuál es la competencia que le corresponde a cada una de ellas y cuál debe ser la regla a aplicar si un conflicto es asumido por una jurisdicción cuando le corresponda a otra.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia elaboró un contenido ético sobre los mínimos jurídicos que la administración de justicia indígena no puede desconocer, independientemente de su cultura, pautas o tradiciones, incluyendo: el derecho a la vida (no aplicación de la pena de muerte); el derecho a la integridad física (no a la tortura); el derecho a la libertad (no a la esclavitud); el derecho a un debido proceso (de acuerdo con las propias reglas establecidas en la comunidad)".



5. Proceso penal y garantía de cumplimiento de los derechos humanos culturalmente diferenciados en una sociedad democrática multicultural

En el presente apartado se cita nuevamente el Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional del IIDH, el cual hace hincapié en la necesidad de administrar justicia como garantía del cumplimiento del derecho humano a la justicia de las personas.

“En el proceso de construcción de un sistema democrático y el fortalecimiento del poder judicial en una sociedad culturalmente diversa, como la guatemalteca, una tarea impostergable de jueces y autoridades indígenas es la creación de espacios de diálogo intercultural en el que se posibilite el reconocimiento, respeto y promoción de las diversas formas de vida de los pueblos indígenas.

La función del Poder Judicial en una sociedad democrática establece que la reforma y modernización de la administración de justicia deben dirigirse a impedir que ésta genere y encubra un sistema de impunidad y corrupción. “El proceso judicial no es un simple procedimiento regulado por códigos y leyes ordinarias, sino el instrumento para realizar el derecho esencial de las personas a la justicia” el cual se

concreta mediante la garantía de imparcialidad, objetividad, generalidad e igualdad ante la ley”¹¹.

“Las reformas procesales impulsadas por la Corte Suprema de Justicia en los años 2010 y 2011, definen la oralidad como un principio que mejora los canales de comunicación con la sociedad a la que regula y acerca la justicia a la población que vigila la función de las y los jueces quienes entre las tesis de inocencia o culpabilidad, pronuncian la sentencia. La oralidad en el proceso penal demanda un cambio de cultura jurídica del obligado a prestar el servicio y del usuario del servicio, víctima o sindicado”¹².

“Toda cultura es, al fin, una mezcla o hibridación, que se va formando de

11 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 22: “6 Numeral 9 del Acuerdo de Paz sobre “Fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática”.

12 *Ibidem*.

una combinación de elementos –idioma, vestimenta, tradiciones, costumbres, etcétera–, a partir del contacto con otros grupos. Además, irá transformándose según van cambiando las condiciones de vida, debido a cambios tecnológicos, políticos o sociales, o nuevos procesos migratorios de gran magnitud, como lo fue en su momento, la inmigración rural-urbana y en la actualidad, las migraciones a los Estados Unidos de América, por ejemplo”¹³.

“La población guatemalteca es culturalmente diversa: para el fortalecimiento de la democracia multicultural, el sistema oficial de justicia del Estado debe tener presente que existe un sistema jurídico propio de los pueblos indígenas”.

El Protocolo del IIDH hace alusión a que Guatemala vive una crisis de transición en el fortalecimiento de una democracia auténticamente participativa, en un contexto de diversidad cultural. La población guatemalteca es culturalmente diversa; en consecuencia la jurisdicción ordinaria del Estado, que debe tener presente que en pueblos indígenas existe un sistema

jurídico propio. Dentro del marco de los derechos humanos culturalmente diferenciados, existen fallos de la jurisdicción ordinaria y de la Corte de Constitucionalidad, que reconocen la existencia del sistema jurídico propio de los pueblos indígenas de acuerdo a su cosmovisión, sus diversas formas de vida y de organización social, sus principios, valores y tradiciones. Para algunos jueces, fiscales y abogados defensores esto es insuficiente, por no estar reconocido expresamente el sistema jurídico de los pueblos indígenas. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas reconocen la autonomía, lengua, culturas y sistemas jurídicos de dichos pueblos, lo que implica el respeto a su sistema propio de administrar justicia, determinado por su cosmovisión, principios y valores, sistema de autoridades y procedimientos culturalmente propios, en congruencia con el principio de la Eficacia Integradora de la Norma Constitucional¹⁴.

“Por otro lado, las relaciones entre pueblos indígenas y no indígenas en el ejercicio de la justicia no han sido estáticas. En los últimos años se ha venido tomando conciencia sobre una realidad política y social que no respeta el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas para administrar justicia. En ese conflicto, la incompatibilidad de conductas, percepciones,

13 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 23: “⁷PNUD. *Diversidad étnico-cultural y desarrollo humano: la ciudadanía en un Estado plural. Informe Nacional de Desarrollo Humano, Guatemala*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Guatemala, 2005, páginas 10, 11 y 12”.

14 *Ibidem*.

objetivos o afectos entre individuos y grupos se definen mutuamente incompatibles; se puede decir que intervienen los elementos básicos del conflicto: conductas y afectos. 'El conflicto debe ser visto como un desafío por medio del cual se alcanzan nuevas posiciones para lograr las necesidades y objetivos. Permite hacer las cosas de una manera diferente en el futuro, superar las relaciones personales y con los demás, debiendo considerarse desde un punto de vista constructivo como el resultado de una diversidad de perspectivas'"¹⁵.

"Pero, ¿cómo se hacen valer los derechos de los pueblos indígenas en el proceso penal? En el marco de legalidad vigente, ¿es posible hacer valer los derechos ciudadanos en el proceso judicial? Esta pregunta lleva a otras, ¿cómo se investiga, cómo se defiende, cómo se resuelve y cómo se impugna, con pertinencia cultural? Para Salas Beteta, la teoría del caso "es en la que cada una de las partes en el proceso penal plantea de la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado se-

gún las pruebas que presentarán durante el juicio. Es el guión de lo que se demostrará en el juicio a través de las pruebas"¹⁶. La teoría del caso en el modelo de gestión por audiencias orales, demanda un cambio en las formas del desarrollo del proceso penal y establece la necesaria subsunción entre los hechos y la norma jurídica, las evidencias, indicios, medios de convicción y medios de prueba, para producir un estado de certeza lo más cercano a la realidad y que, al final, la resolución o la sentencia sea coherente con los hechos probados y la sanción que se imponga"¹⁷.

A continuación se exponen algunas acciones para hacer valer los derechos de los pueblos maya, garífuna y xinka en cada una de las etapas del proceso penal.

15 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 23: "8 Vásquez Ramírez, Wilson A., "Manual de medios alternativos de resolución de conflictos", documento publicado en <http://www.monografias.com/trabajos36/resolucion-conflictos/resolucion-conflictos.shtml#ixzz2tDaDNzIB>>, disponible a febrero de 2015".

16 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 24: "9 Salas Beteta, Cristian, "La teoría del caso. Técnicas de litigación oral y aplicación en el proceso penal", documento citado por Baquix, Josué Felipe, *Derecho procesal penal guatemalteco. Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución*. Editorial Serviprensa, Quetzaltenango, Guatemala, enero 2014; páginas 48 y 49".

17 *Ibidem*.

5.1 “Etapa de investigación”¹⁸

El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma.

“La víctima o el agraviado, como sujetos procesales tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del debido proceso debe responder a las legítimas pretensiones de ambos”¹⁹.

El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público y dentro del principio de objetividad, tiene a su cargo la investigación de la verdad. Conforme el artículo 309 del Código Procesal Penal en el procedimiento preparatorio, mediante las diligencias de investigación se debe: a. Determinar si existe un hecho delictuoso; b. establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenuen, justifiquen o lo incluyan en la punibilidad; c. determinar quiénes son los autores, cómplices o instigadores; d. el conocimiento de las circunstancias personales, que sirvan para valo-

rar su responsabilidad, o influyan en su punibilidad. Por ejemplo: verificar la edad, educación, cultura o formas de vida, condiciones de vida, medios de subsistencia, y antecedentes del imputado, el desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido inducir a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad; e. verificar el daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción civil y el derecho a la reparación digna a la víctima, establecido en el artículo 124 del Código Procesal Penal.

Cuando se denuncian hechos o se discutan derechos de los pueblos indígenas como víctimas o sindicados, ante el Ministerio Público o Policía Nacional Civil, “es imperativo un análisis de los hechos dentro del contexto sociocultural para establecer, con cierto grado de certeza, las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrieron los hechos. Lo anterior implica que fiscales, auxiliares fiscales y abogados defensores, realicen un ejercicio básico de observación del lugar en que ocurrieron los hechos y de interpretación de la normativa a aplicar tomando en cuenta la diversidad cultural de las partes, para determinar:

1. Si se trata de un pueblo o comunidad indígena²⁰”.

18 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 24.

19 Artículo 5 del Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

20 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 24.

2. La cultura, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes de las partes en conflicto.
3. Si en ese territorio existen autoridades indígenas y si conocieron de ese caso en concreto; si las autoridades indígenas sancionaron dentro de su sistema jurídico propio, puede ser que se esté ante un caso ya juzgado y la imposibilidad jurídica de sancionar dos veces un mismo hecho²¹.

Los artículos 16, 17 y 21 del Código Procesal Penal establecen la obligación procesal a los sujetos y partes procesales, de cumplir, respetar y garantizar los deberes que les impone la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, sin discriminación; asimismo, la prohibición de perseguir penalmente más de una vez por el mismo hecho. En otras palabras, la acción de excluir o restringir a los pueblos indígenas el ejercicio del sistema jurídico propio o derecho consuetudinario, se considerará violación a los derechos humanos, como lo establecen los artículos citados del Código Procesal Penal y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José.

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe la discriminación de hecho o de derecho, lo que constituye un avance porque establece el compromiso de los Estados de

no promulgar leyes con contenidos discriminatorios o que tengan resultados discriminatorios.

“Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, contiene en su artículo 1.1 la cláusula de no-discriminación:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

4. “La aplicación de los elementos de la teoría del delito para la subsumición de los hechos al tipo penal por el cual se sindicó o imputó, esto supone hacer un análisis de la conducta humana:

21 *Ibidem*.

- a. si quien la comete actúa a título particular o tiene una investidura jurídica o si es una autoridad indígena legítima en su comunidad;
 - b. si existen casos en los cuales las personas denunciadas son autoridades indígenas, esa circunstancia obliga al Ministerio Público a establecer si ese hecho es un acto abusivo, inmoral o ilegal, o si, por el contrario, es una sanción penal impuesta por autoridades legítimas en ejercicio de su función, dentro de un contexto de relaciones socioculturales en una comunidad o pueblo indígena;
 - c. si la acción culpable es causada por mera imprudencia o negligencia o por el contrario, "si la acción se cometió con la intención de delinquir".
5. Si en la investigación y etapa preparatoria la duda persiste, "la o el fiscal debe auxiliarse de la sociología o la antropología jurídica por medio del peritaje cultural o antropológico, para que en su análisis e interpretación de los hechos, su visión del conflicto sea culturalmente pertinente"²².
- En el 2007 el Ministerio Público emitió la **Instrucción General 09-2007** por medio de ella instruye que, "las partes puedan proponer peritajes culturales integrales"

incluyendo el análisis antropológico, histórico y sociológico, pudiéndose acudir a otras áreas de la ciencia cuando el caso lo amerite".

También, por medio de la **Instrucción General Nº 01-2005**, ordena a los fiscales a tomar en cuenta los usos y costumbres de las comunidades indígenas para algunos supuestos establecidos en el Código Procesal Penal y para determinar la reparación del daño, esta disposición permite la reparación de manera perfecta en delitos contra el patrimonio. En el caso de la **Instrucción General Nº 10-2005**, ordena a los Fiscales a que, en los casos en que las autoridades locales no estén de acuerdo con la medida de coerción a aplicar y el sindicado sea miembro de una comunidad indígena, prioricen la solicitud de arresto domiciliario en la misma comunidad, bajo vigilancia de alguna autoridad o institución local, la cual informará periódicamente al tribunal respectivo.

Para el tratamiento del delito de discriminación la **Instrucción General 01-2008** establece, que los fiscales podrán ordenar el desarrollo de peritajes culturales cuando la naturaleza del caso lo amerite apoyándose para el efecto de peritos que los sujetos procesales propongan.

6. Solamente después del análisis de la conducta en circunstancias de tiempo, lugar y modo, de la evidencia recabada y de los indicios positivos de certeza con per-

22 *Ibidem*.

tinencia cultural, la fiscalía estará en condiciones para solicitar que el sindicato sea puesto a disposición del juez, se le procese penalmente, se dicten medidas de coerción personal de la prisión preventiva, o en su caso las sustitutivas a la misma, en contra del posible responsable; o por el contrario, en sede fiscal, se solicite la desestimación de la causa por no poder proceder, evitando así, la judicialización de casos que ya fueron resueltos por autoridades indígenas²³.

7. "Si existen otros mecanismos de solución alternos ante el juez de la jurisdicción"²⁴.

5.2 "Etapa preparatoria"²⁵

Esta etapa del proceso penal, sirve al Ministerio Público, titular de la acción penal, para determinar la existencia del

hecho y la participación del sindicato; "en esta etapa el juez controla la legalidad de la investigación. Lo anterior implica que en el periodo de investigación se recaben los medios de convicción de cargo y de descargo. En esta fase ocurren tres actos importantes":

1. "La forma que el sindicato se pone a disposición del juez: citación, conducción, aprehensión.
2. La audiencia de primera declaración del sindicato.
3. El acto conclusivo de la investigación fiscal.

En la audiencia oral de primera declaración:

1. La o el juez verifica la comparecencia de las partes y hace saber sus derechos al sindicato.
2. El Ministerio Público intima el hecho al sindicato. El juez concede la palabra a la víctima y a su abogado querellante adhesivo.
3. El sindicato tiene la oportunidad de declarar y ejercer su defensa material.
4. Seguidamente se desarrolla el contradictorio en dos discusiones: la primera, sobre si debe emitirse el auto de procesamiento o falta de mérito; la segunda, si la decisión es dictar el auto de procesamiento, se discutirá sobre el dictado de la medida de coerción (prisión preventiva o medida sustitutiva).

23 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 25.

24 *Ibidem*.

25 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 25: "10 Nufio Vicente, Jorge Luis. Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Disposiciones Generales. Colección Sexto Estado. Tomo II. Imprenta y Litografía los Altos. Quetzaltenango. 2012; página 51".

5. El acto conclusivo de la investigación fiscal:
- a. Las partes se pronuncian respecto del plazo razonable para la investigación.
 - b. El juez fija plazo para la presentación del acto conclusivo de investigación y señala fecha, día y hora para la audiencia intermedia, para la discusión²⁶.

“¿Cómo se defiende con pertinencia cultural?”²⁷

Procesalmente la búsqueda de justicia se puede expresar a través de la conocida expresión “tener la razón”. Para tener la razón hay que saberla pedir y que se la quieran dar y si no se la dan, se impugna, porque los ciudadanos en cualquier sistema jurídico no deben aceptar resoluciones autoritarias, discriminatorias, abusivas, o inmorales, revestidas de legalidad.

“La objetividad procesal impone que el Ministerio Público o la defensa, para la recuperación de la confianza ciudadana, realice una valoración objetiva de los hechos a fin de no presentar imputaciones injustas, arbitrarias o defensas impertinentes²⁸.”

26 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, páginas 25 y 26.

27 *Ibidem*, página 26.

28 *Ibidem*, página 26. Téngase en cuenta lo establecido en el artículo 251 de la Cons-

¿Qué hacer cuando hay colisión, entre el derecho propio de los pueblos maya, garífuna y xinka y el sistema de derechos humanos internacionalmente reconocidos por los Estados?

Para los sujetos procesales, un caso con pertinencia cultural es un desafío por enfrentar en materia de justicia especializada. Para determinar si existe una colisión real o se está ante un caso de colisión aparente, los jueces, fiscales y abogados defensores públicos ponen de manifiesto su cultura jurídica en materia de criminología, derechos humanos culturalmente diferenciados que nos imponen a la luz de un pensamiento ilustrado los avances o retrocesos en materia de jurisprudencia nacional e internacional, doctrina jurídica, que han redefinido o replanteado las categorías conceptuales de libertad e identidad cultural, igualdad, derecho a la diferencia cultural y no discriminación; universalidad de los derechos y relativismo cultural, para convertir el proceso penal como el espacio judicial que el Estado provee para garantizar los derechos humanos culturalmente diferenciados de los pueblos indígenas.

titución Política de la República de Guatemala; en la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto 40-94 del Congreso de la República y sus reformas; en la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, Decreto 129-97 del Congreso de la República y sus reformas y en la Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala 2015-2035.

Lo anterior constituye el marco para realizar una interpretación evolutiva del derecho en un contexto de diversidad cultural. Esta constituye una herramienta para solucionar los conflictos humanos en sociedades culturalmente diversas, dentro del marco de los principios de interpretación del derecho constitucional, entre ellos el principio de eficacia y unidad integradora, apoyándose en conocimientos que brinda la historia nacional guatemalteca y la antropología social y jurídica, a fin de superar las deficiencias de la ley, la anomías y antinomias en casos concretos y responder a la demanda social del conflicto, sin perder de vista que el derecho es una ciencia profundamente social, que debe responder a las relaciones sociales entre sujetos y colectivos políticamente reconocidos en materia de derechos humanos y constitucionales en repúblicas democráticas, que promueven el proceso judicial como garantía de derechos.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia emitió la Circular No. 7-2012 por medio de la cual instruye a jueces y magistrados del ramo penal, atender las disposiciones contenidas en las declaraciones, tratados y convenciones en materia de derechos humanos indivisibles e integrales, para garantizar el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural y de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y "promover la complementariedad y armonización del ordenamiento jurídico nacional y el sistema jurídico indígena"²⁹.

El proceso penal vigente demanda un cambio de cultura jurídica de los sujetos procesales. El proceso formativo de todo abogado debe desarrollar tres competencias básicas: saber leer, saber escribir y saber hablar. La última, impone fortalecer nuestra capacidad de escuchar para entender los hechos dentro de un contexto sociocultural, y las pautas culturales que deben ser tomadas en cuenta en la tesis fiscal y la antítesis de la defensa. El lector debe recordar que hablar es un arte y el profesional del derecho debe tener el control de sus emociones porque muchas veces no se va a resolver como él espera.

En el modelo de audiencias orales, se recomienda que las partes y los sujetos procesales, en su argumentación tomen en cuenta el hilo lógico entre:

- a. **Los hechos y la prueba.** Los hechos que se imputan o por los que se acusa, implica que el Ministerio Público debe reconocer y respetar la diversidad multicultural de las partes en conflicto por autoadscripción y/o del territorio en que ocurren y que en la investigación, persecución y producción de los medios de convicción para determinar con objetividad los hechos elementales del verdadero litigio, desde la perspectiva de las víctimas, el derecho a la verdad, la justicia, reparación, garantía de no repetición y tutela judicial efectiva, cumpliendo los requisitos de forma y de contenido a fin de garantizar que la prueba desvanezca el estado de inocencia del imputado; tomando en cuenta los dere-

29 *Ibidem*, página 26.

chos humanos culturalmente diferenciados de los pueblos indígenas dentro del marco constitucional y de derechos humanos internacionalmente reconocidos y ratificados por el Estado de Guatemala³⁰.

- b. La subsunción entre la conducta y el tipo penal para la calificación jurídica.** Para los efectos del presente protocolo, la subsunción es la confrontación entre los hechos y el tipo penal para establecer el delito cometido y su relevancia cultural en pueblos indígenas³¹. Es encuadrar la conducta realizada a lo previsto en la norma jurídica.
- c.** Para definir el delito cometido, el Ministerio Público y la defensa técnica, deben indicar al juez de garantías el hecho concreto, razonar sobre la forma de participación, el grado de ejecución, las agravantes

y atenuantes, tomando en cuenta el derecho a la no discriminación establecido para el proceso penal guatemalteco y consagrado en diversos instrumentos de derechos humanos en materia de pueblos indígenas.³²

- d. La resolución judicial.** Para la solución del conflicto recuerde la máxima de jueces connotados: "A mí, deme los hechos y yo le doy el derecho." Luego de escuchar a las partes quienes le han planteado jurídicamente el conflicto y acreditados los hechos elementales del delito, sus pretensiones sustantivas y procesales de cargo y descargo, en la motivación o razonamiento, el juez declara el derecho indicando como asume, valora, interpreta y aplica la diferencia cultural, al caso concreto.

La teoría del caso nos enseña que en la audiencia de primera declaración, la tesis de la fiscalía se concreta en la imputación que debe demostrar la relación entre los hechos y la evidencia, la calificación jurídica y la resolución que se espera. Si la imputación es contundente el juez debe garantizar el debido proceso y el abogado defensor público puede solicitar las medidas distintas del encarcelamiento que procedan.

La argumentación de la tesis de defensa material del sindicado y del abogado defensor público con enfoque cultural debe:

30 Para mayor ilustración sobre la forma de valorar los hechos y la prueba véase el numeral IV de la motivación en la sentencia de apelación dictada por la Corte de Constitucionalidad, expediente 1,467-2014, en el caso de las autoridades indígenas del municipio de Comitancillo, departamento de San Marcos. Los formalismos intrínsecos del sistema de justicia ordinario no deben ser exigibles en la tramitación, diligencia y resolución de los procesos judiciales en los que actúa como parte procesal un integrante de los pueblos maya, garífuna y xinka.

31 Definición propuesta por Pedro Rolando Ixchú García, coautor del presente manual y asesor de la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial.

32 Técnicas de Oratoria Forense y Estrategias de Defensa. Instituto de la Defensa Pública Penal. Guatemala junio 2005, página 7.

- a. Partir de la entrevista con el sindicado, testigos relevantes y de conocimiento del lugar de los hechos. Desde el contacto con el sindicado, la defensa debe prepararse para la audiencia de primera declaración.
- b. Despertar el interés del juez, es a él a quien se le exponen los hechos³³.
- c. Exponer eficazmente en forma clara, sencilla y directa, eso demostrará su conocimiento del derecho y comprensión del caso.
- d. Exponer lo esencial en pocas palabras. No muy extenso, ni muy pequeño, recuerde que en la agenda del tribunal se han programado otras audiencias que tienen la misma importancia y relevancia, a las que debe dársele el mismo tratamiento.
- e. Fundamentar lo que expone y dar ejemplos, citar jurisprudencia en materia de derechos humanos de pueblos indígenas.³⁴ Los jueces consideran una pérdida de tiempo que usted le repita el texto legal, preferiblemente interprete la norma y motive a los sujetos procesales a pensar en el sentido de su tesis, dígame al juez lo que espera en su

resolución. El reto para la defensa técnica es, comprender la realidad multicultural de los hechos que se imputan, explicarlos jurídicamente dentro del marco de derechos humanos culturalmente diferenciados y solicitar la aplicación de garantías procesales para el imputado.

El derecho a la defensa técnica legal obliga al juez de garantías conceder el tiempo necesario para que la o el abogado defensor particular o del Instituto de la Defensa Pública Penal, se entreviste personalmente con el sindicado antes de la audiencia, para conocer su versión de los hechos que se le imputan. Debe hablar con los testigos presenciales o colaterales que conocen los hechos, preguntar sobre la identidad étnica del sindicado, si es maya, garífuna o xinka, y a partir de esos testimonios definir en un primer momento su estrategia de defensa con pertinencia cultural.

“Desde tal valoración, se argumenta la existencia de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos de los pueblos indígenas que deben ser tomados en cuenta en ese momento procesal. Entre esos derechos puede invocar la existencia de los derechos específicos de:

1. Reconocimiento de la diversidad cultural, las especificidades culturales del ser indígena y sus implicaciones en el proceso judicial.
2. Derechos económicos, sociales y culturales y el derecho a sanciones distintas del encarcelamiento en materia de derecho penal.

33 Técnicas de Oratoria Forense y Estrategias de Defensa. Instituto de la Defensa Pública Penal. Guatemala junio 2005, página 2.

34 Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial. *Compilación de sentencias judiciales emitidas con pertinencia cultural*. Organismo Judicial, Guatemala, 2014.

3. Derecho a no ser discriminado, a la autoidentificación o autoadscripción.
4. Derecho a la libre determinación o autogobierno.
5. Derecho a sus propios sistemas jurídicos.
6. Derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado.
7. Derecho a la tierra, al territorio y a sus recursos naturales.
8. Derecho a la consulta y al consentimiento, libre previo e informado.

La resolución del Juez al dictar auto de procesamiento y la resolución judicial que impone la medida de coerción, debe pasar por un ejercicio de subsunción provisional de los hechos y los elementos formales del tipo penal. Si el razonamiento del Juez no pasa el filtro de la coherencia entre los hechos y la norma jurídica (en el caso del auto de procesamiento) se puede solicitar la reforma del mismo; en el caso de la imposición de la medida de coerción, esta resolución puede ser impugnada, o en su caso, la posibilidad posterior de solicitar la revisión de la medida de coerción si se logra determinar que, en la cultura de las partes en conflicto, las condiciones originarias que la motivaron o que la impusieron han variado³⁵.

35 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación

5.3 “Etapa intermedia”

En la audiencia de la etapa intermedia del procedimiento penal común, “el juez de primera instancia, establece la consistencia de la acusación formalmente al determinar que existen motivos para la apertura a juicio y recibe el elenco probatorio que se va a practicar en el debate”³⁶. “Esta etapa es fundamental para el proceso penal guatemalteco, porque decide sobre la procedencia o improcedencia del requerimiento fiscal que se materializa en el memorial de acusación, y además, la recepción de los medios de prueba. Inicia cuando la judicatura de primera instancia recibe el acto conclusivo de la investigación, el cual consiste en el memorial de acusación que contiene el fundamento fáctico, probatorio y jurídico y ordena la entrega de las copias a las partes –artículos 82 y 332 al 342 del CPP–. Se debe advertir que esta fase define la plataforma probatoria futura para demostrar los hechos por los cuales se acusa”³⁷.

Son dos actos los relevantes en dos audiencias orales distintas en las que se desarrolla el contradictorio:

interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, páginas 26 y 27.

36 Artículo 332 del Código Procesal Penal Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

37 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 27.

1. De conocimiento, crítica y discusión del acto conclusivo de investigación: en la primera audiencia, el órgano jurisdiccional escucha la pretensión procesal de las partes, quienes discuten si existen fundamentos serios para admitir o rechazar la acusación; por su parte, la judicatura decide si admite la acusación y abre a juicio, o dicta el sobreseimiento o la clausura provisional.
2. De conocimiento, discusión y decisión en la recepción de los medios de prueba: las partes ofrecen sus pruebas y se discute sobre la necesidad, utilidad, relevancia y pertinencia o abundancia de los medios de prueba (artículo 343 Código Procesal Penal).

El juez resuelve "oralmente en un auto e indica qué medios de prueba rechaza y cuáles acepta. Seguidamente, cita a juicio a las partes y, en coordinación con el tribunal de sentencia, señala día y hora para el debate (artículo 344 Código Procesal Penal). El juzgado de primera instancia remite al tribunal de sentencia las actuaciones que indica el artículo 150 del Código Procesal Penal, consistentes en escrito de acusación, discos compactos de las dos audiencias intermedias y actas escritas de las mismas"³⁸.

El fundamento fáctico de la tesis fiscal la encontramos soportada en los medios de prueba que acreditan los hechos elementales del litigio y que se ofrecen en el memorial de acusación y solicitud de apertura a juicio.

En esta fase del proceso, la tarea de los sujetos procesales consiste en "convencer al juez" de garantías de la utilidad, necesidad, relevancia y pertinencia de los medios de convicción que se ofrecen, según los hechos que pretendan probar con cada uno de ellos.

El contenido del memorial de acusación permite conocer la calidad de la investigación, la relevancia y pertinencia de los medios de prueba frente a los hechos. Lamentablemente esta es una etapa procesal muy desatendida porque no cumple con ser un filtro dentro del proceso penal.

En este sentido, la defensa técnica debe analizar si la acusación es relevante y pertinente tomando en cuenta el contexto sociocultural de los hechos en pueblos maya, garífuna y xinka y a partir de la prueba, debe elaborar una tesis diferente a la acusación, analizando para el efecto, los hechos dentro de la cultura de los pueblos indígenas. "*Si ataca la prueba, ataca el fundamento de la acusación, por lo que debe hacerlo con razones objetivas suficientes*"³⁹.

38 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 27: "¹²Nufio Vicente, Jorge Luis. Derecho Procesal Penal

Guatemalteco. Disposiciones Generales. Colección Sexto Estado. Tomo II. Imprenta y Litografía los Altos. Quetzaltenango. 2012; página 52".

39 Paráfrasis del párrafo contenido en el documento denominado Técnicas de Ora-

Regularmente el Ministerio Público organiza los medios de prueba en el siguiente orden:

- a. Peritos
- b. Declaraciones testimoniales
- c. Documentos
- d. Informes médico forenses –lesiones, de necropsias causa de la muerte. Las conclusiones son relevantes para su ratificación, anulación o ratificación.
- e. Álbumes fotográficos –lo que contiene cada uno–
- f. Croquis
- g. Otros medios

El Ministerio Público, en el escrito de acusación fiscal, le sustenta al juez cómo ocurrieron los hechos, la forma de participación del acusado, el grado de ejecución, las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables (artículos 26 y 27 del Código Penal) para la calificación jurídica que se pretende al subsumir los hechos al tipo penal. Raras veces se logra determinar en la tesis fiscal por qué ocurrieron los hechos. Las motivaciones regularmente las declara la judicatura, hasta en la sentencia.

La objetividad procesal y las reglas del juego limpio, nos imponen no mal utili-

zar o desnaturalizar el proceso judicial como una forma civilizada de resolver conflictos en una sociedad democrática y multicultural. Si la acusación está debidamente fundamentada y se han tomado en cuenta los elementos del contexto cultural de pueblos indígenas, como abogado defensor público, debe velar por el debido proceso y promover los beneficios penales para su cliente⁴⁰.

El Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional del IIDH establece que de acuerdo con el principio de libertad probatoria se puede alegar el error de prohibición, el error de comprensión y la conducta disidente, culturalmente condicionados. Por medio del peritaje cultural o antropológico, psicológico forense, psiquiátrico transcultural y/o de género, es decir, con la ayuda de las ciencias sociales y del pensamiento, se demuestran las especificidades del modo de vida de los pueblos indígenas, lo que implica el saber vivir en una comunidad o pueblo indígena, los antecedentes de relación, vecindad, organización comunitaria.

El referido protocolo continúa refiriendo que el peritaje cultural o antropológico le será de suma utilidad para justificar la acción humana como acto material y culpable, los motivos que impulsaron el actuar de la persona acusada. Vale destacar que se ha realizado una inci-

toria Forense y Estrategias de Defensa. Instituto de la Defensa Pública Penal. Guatemala junio 2015. Pagina 6.

40 Técnicas de Oratoria Forense y Estrategias de Defensa. Instituto de la Defensa Pública Penal. Guatemala junio 2015. Página 6.

piente pero relevante experiencia en el proceso penal y el litigio de derechos de pueblos indígenas, que demuestra la ruta para el efectivo cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en casos concretos. Como lecciones por compartir, se recomienda leer el documento denominado "Compilación de sentencias judiciales emitidas con pertinencia cultural", publicado por la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial de Guatemala. 2014⁴¹.

5.4 "Etapa de juicio o debate público"

"La etapa del juicio o debate se divide en cuatro partes:

1. **Introducción.** El juez presidente verifica la comparecencia de las partes y de los órganos de prueba, y hace las advertencias al público. En este momento las partes o los sujetos procesales pueden solicitar al tribunal o juez unipersonal la necesidad de un intérprete judicial en idiomas maya-español; la posibilidad de un arreglo directo entre las partes y la aplicación de una medida desjudicializadora.
2. **Apertura del debate.** Quien preside el órgano jurisdiccional declara abierto el debate, hace saber sus derechos a la persona acusada y

advierte sobre la importancia de la audiencia. Se procede a recibir los alegatos de apertura del Ministerio Público, de los querellantes adhesivos y de la defensa técnica. Las partes pueden plantear cuestiones incidentales, las que, en su mayoría, se resuelven al dictar sentencia. Respecto de los alegatos de apertura. Esta novedad procesal impone la obligación a los sujetos procesales de oratoria forense para plantearle al juez o tribunal sus razones para acusar o defender y convencerles por medio de sus argumentos. En el alegato de apertura, fiscales y abogados defensores públicos, desarrollan una sucinta narración de cómo ocurrieron los hechos, la responsabilidad del acusado, o las causas de justificación de la persona acusada, que logrará demostrarse mediante las pruebas con las que se cuente y se desarrollaran en el debate oral y público. El alegato de apertura "es el guión de lo que se demostrará en el juicio a través de las pruebas".⁴²

41 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 27.

42 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 28: "14Salas Beteta, Cristian, "La teoría del caso. Técnicas de litigación oral y aplicación en el proceso penal", citado por Baquix, Josué Felipe, *Derecho procesal penal guatemalteco. Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución*. Editorial Serviprensa, Quetzaltenango. Guatemala, enero 2014 páginas 48 y 49".

3. Luego se recibe la declaración de la persona acusada. No hay que olvidar que ésta tiene el derecho de abstenerse a declarar; la defensa, en su estrategia, podrá hacer uso del privilegio que tiene la persona acusada de declarar en cualquier momento del proceso.
4. Seguidamente se procede a la "producción o diligenciamiento de la prueba"⁴³ y se abre la posibilidad de ofrecer nuevas pruebas. "Toda prueba debe realizarse en el debate con plena intervención de

las partes y mediante el cumplimiento efectivo de los principios de inmediatez y contradicción"⁴⁴.

El Ministerio Público, querellante adhesivo y defensa técnica, presentan sus alegatos finales o conclusiones, y las réplicas sobre aspectos de contradicción en sus conclusiones, que han sido redargüidos por la parte contraria y que consideran necesario aclarar al tribunal.

Seguidamente se reciben las manifestaciones de la víctima y de la persona acusada y, finalmente, el juez presidente declara el cierre del debate (o en su caso el juez unipersonal de sentencia) y se concluye con la fase de deliberación y sentencia, en la cual, se materializa la motivación y razonamiento por el cual se condena o se absuelve.

El litigio estratégico durante esta fase procesal debe tener presente que en la audiencia del debate existen tres grandes momentos para argumentar y probar nuestras tesis de acusación y defensa: 1. La etapa de los incidentes; 2. El debate propiamente; y, 3. Las conclusiones.

En cada uno de estos momentos del debate –y del proceso penal en general– los artículos 16 y 21 del Código Procesal Penal (en correspondencia con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

43 Citado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional. Guatemala. San José, IIDH, 2015, página 28: "15La teoría probatoria tiene como finalidad establecer si el hecho principal y de sucesos accesorios o relacionados, del cual tomo conocimiento el órgano investigador, tiene carácter delictivo y la atribución del mismo a una o varias personas, determinando su grado de participación. Más allá de la argumentación jurídica, la función relevante de la teoría del caso es que determina y organiza la prueba que se presentará en el debate. Reacuérdesse tomar en cuenta el hilo lógico entre los hechos, el tipo jurídico y las pruebas. Las proposiciones fácticas, deben estar acreditadas con pruebas declaradas admisibles y pertinentes. Baquix, Josué Felipe, *Derecho procesal penal guatemalteco. Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución*. Editorial Serviprensa, Quetzaltenango. Guatemala, enero 2014; páginas 47, 48, 49 y 50".

44 Vargas Rojas, Omar y Mayra Campos Zúñiga. *La Prueba en el Proceso Penal, su interpretación en la jurisprudencia*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José Costa Rica, abril 2010. páginas 14 y 18.

imponen la obligación y garantía procesal de cumplir la Constitución y los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos “sin discriminación.” Lo anterior constituye el marco jurídico supranacional relevante para exigir a la judicatura, al Ministerio Público y al abogado defensor público, respetar y garantizar los derechos humanos culturalmente diferenciados de los pueblos indígenas.

Para efectos del juicio oral o debate, debe tomarse en cuenta lo afirmado por Enrique Bacigalupo, “la resolución de un caso no consiste en cumplir con ciertas formalidades, ni en determinar el orden de las exposiciones, sino en una serie de cuestiones que se pueden estructurar, por lo menos tres campos diversos: 1. Los problemas probatorios o demostración de los hechos al tribunal. 2. Los problemas estrictamente jurídicos, del derecho aplicable. 3. Los problemas estratégicos de la presentación de los hechos y del derecho más adecuado para convencer al tribunal”⁴⁵.

a. Los problemas probatorios o demostración de los hechos al tribunal

En la recepción de la prueba se establecerá la relevancia y pertinencia de la producción de los medios de prueba para demostrar los hechos elementales del conflicto, el grado de certeza

45 Técnicas de Oratoria Forense y Estrategias de Defensa. Instituto de la Defensa Pública Penal. Guatemala junio 2015. Pagina 1.

que persuade al tribunal a desvanecer el estado de inocencia o fortalecer la duda razonable, dentro del contexto sociocultural de los pueblos indígenas, el respeto y garantía de los derechos humanos culturalmente diferenciados aplicables al caso concreto. Las cuestiones de hecho necesitan una prueba para concluir en sus consecuencias jurídicas. El Ministerio Público, más allá de la duda razonable, debe demostrar, la participación y responsabilidad del acusado.

A manera de ejemplo: Cuando una autoridad indígena procede al corte del chorro de agua potable de una persona que ha contravenido las reglas de la comunidad.

b. Los problemas estrictamente jurídicos del derecho aplicable⁴⁶

Toda estrategia de litigio debe corroborar y cotejar los hechos con los medios de convicción –y en su argumentación– debe esforzarse para que el juez o tribunal de sentencia se convenza y llegue a la conclusión jurídica de que los hechos son verdaderos. Para estos casos, los elementos fácticos que ne-

46 Se recomienda considerar el contenido del Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. Páginas 97 a 119. Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/banner/archivos/Protocolo_Iberoamericano.pdf

cesitan ser probados para que el tribunal pueda concluir en la aplicación de la norma jurídica invocada, deben alegarse desde la perspectiva de los derechos humanos culturalmente diferenciados, en un contexto cultural de pueblos indígenas. Este ejercicio es relevante para la aplicación de la teoría del delito desde el punto de vista de la pertinencia cultural de la conducta humana imputable que fue fijada en el escrito de acusación fiscal, con el fin de establecer si el delito fue cometido con dolo o con imprudencia.

- **PREGUNTA: ¿Por qué es necesario convencer al juez o tribunal de la tesis que sostiene la fiscalía o la defensa técnica?**

Porque para la solución legal del conflicto, el juez o tribunal valorará las pruebas producidas en el debate, en conjunto y conforme con las reglas de la sana crítica razonada, tal y como lo establecen los artículos 186, 385, 394.3 del Código Procesal Penal.

Eduardo Couture, define la sana crítica razonada como "las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia."⁴⁷ La sana crí-

tica puede concebirse como la razón y motivación adecuada y técnica del juzgador para darle valor probatorio con un buen sentido y recto criterio a un medio de prueba. Por medio de la sana crítica se pretende que el juez se convenza y que motive ese convencimiento a los demás, utilizando la ciencia rigurosa de la lógica, así como de la experiencia y sentido común de la realidad cotidiana⁴⁸.

- **RESPUESTA: El juez o tribunal decidirá sobre la participación y responsabilidad del acusado.**

Según Ludwin Villalta, durante el debate la fiscalía o la defensa técnica deben tomar en cuenta los siguientes pasos para la valoración de la prueba:

"Primer paso. La congruencia de los hechos concretos y relevantes de la acusación que son la base de la discusión y necesariamente deben ser acreditados durante el debate. Los hechos deben responder a siete interrogantes clave: ¿Quién, a quién, qué, cómo, dónde, cuándo, y por qué?

Segundo paso. Las posturas concretas y reales de las partes; la tesis fiscal, la antítesis de la defensa que generalmente pretende desvirtuar la tesis del Ministerio Público, por carecer de suficiente material probatorio o por no probar adecuadamente la culpabilidad del acusado, más allá de la duda razonable.

47 Villalta, Ludwin. Teoría de la prueba penal. Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de la Escuela de Posgrado, Universidad de San Carlos de Guatemala. 2013, página 441.

48 *Ibídem*.

Tercer paso. La calidad y legitimidad de los medios probatorios. El juez o tribunal debe determinar ¿Cuáles medios probatorios fueron originarios, cuáles fueron derivados, cuáles fueron concretos y cuáles fueron realizados por inferencia? Si fueron legítimos y cumplieron con los niveles de legalidad y control.

Cuarto paso. Análisis en concreto de cada medio probatorio. Se analiza y valora cada medio probatorio, cada fuente, órgano o elemento de prueba en forma individual y se determina qué grado de fiabilidad tienen, si son seguros, razonables, verosímiles, congruentes, idóneos y necesarios para llegar a un determinado grado de certeza.

Quinto paso. Apreciación del medio probatorio a la luz de las reglas de la sana crítica razonada.

Sexto paso. El medio probatorio idóneo y que constituye el medio específico,

propio, estable e idóneo para tener una certeza en relación con los hechos relevantes y concretos sujetos a debate. Hay que recordar que cada hecho descrito en la acusación fue probado y corroborado arrojando una certeza positiva o negativa.

Séptimo paso. La síntesis y la valoración en conjunto del material probatorio, para tener una sola decisión.

Octavo paso. Lo probado en forma directa y lo derivado. Las inferencias utilizadas por el o la juzgador (a)⁴⁹.

La defensa debe identificar las debilidades, contradicciones o lagunas en la redacción de los hechos o en la producción de la prueba del Ministerio Público y debe indicar al juez, qué debilidades, qué contradicciones, qué lagunas o vacíos contienen los medios probatorios desarrollados en presencia del tribunal.

49 Villalta, Ludwin. Teoría de la prueba penal. Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de la Escuela de Posgrado, Universidad de San Carlos de Guatemala. 2013, páginas 448-470.

6. Análisis y recopilación de información

Tal y como se refiere en la introducción, los talleres de análisis y recopilación de información tuvieron como base el marco teórico de referencia que se presenta en este documento. Fueron realizados en las ciudades de Quetzaltenango, Zacapa y Guatemala con la participación de jueces, magistrados, fiscales y abogados defensores públicos. También participaron autoridades y líderes indígenas de las regiones de suroccidente, nororiente y de la región metropolitana.

A continuación se presentan los resultados derivados de dichos talleres.

6.1 Antecedentes

En principio es necesario acotar que la conformación de las regiones organizadas para la realización de los talleres tuvo como propósito obtener de los participantes el conocimiento sobre la problemática que se ha suscitado en esas regiones cuando algún conflicto social ha ingresado al sistema de justicia oficial o estatal a través de los modos y formas que regula la normativa penal adjetiva, pero que por su complejidad, se estableció que ese conflicto ya había sido conocido y resuelto por una autoridad indígena.

El primero de los objetivos establecidos en la metodología de trabajo de-

finida para los talleres fue establecer cómo se administra justicia con pertinencia cultural por cada una de las instituciones representadas en los grupos –estado de situación– y en atención a cada una de las etapas del procedimiento penal, para lo cual se facilitó el borrador del marco teórico de referencia del presente documento.

El segundo objetivo de la metodología fue analizar cada una de las etapas del procedimiento penal común del Código Procesal Penal⁵⁰ en función de obtener sugerencias de acciones a implementarse durante el proceso penal, proponer pautas sobre cómo investigar, perseguir, probar, acusar, argumentar, asumir y valorar la diferencia cultural en garantía de los derechos culturalmente diferenciados; asimismo, y como valor agregado, sensibilizar a los diferentes actores que intervienen en el proceso penal guatemalteco.

Las etapas del proceso penal analizadas fueron las siguientes:

- Etapa preparatoria o de investigación, que comprende la fase preparatoria y la investigación preliminar que puede realizar el Ministerio Público que aún no ha sido judicializada, es decir,

50 Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas.

que no está sometida a control jurisdiccional;

- Etapa intermedia; y,
- Etapa del juicio, que comprende los actos preparativos del mismo y el debate propiamente dicho.

A continuación se presenta la sistematización de los resultados del análisis en cada una de las etapas del proceso penal.

6.2 Investigación preliminar y etapa preparatoria

a. Consideraciones generales

La pertinencia cultural no es un tema fácil de tratar, ni de asumir, en parte, porque al referirse a ello, necesariamente tiene que pasarse por el vértice del pluralismo jurídico. Sea del agrado o no, en todos los territorios en donde han existido pueblos originarios que han pasado por un proceso de conquista y colonización, se han producido conflictos en cuanto a la imposición y estructura judicial de los colonizadores, frente a la dinámica de cómo los pueblos originarios han concebido las formas, usos y costumbres al resolver los conflictos sociales que se suscitan en sus comunidades.

La formación jurídica de los funcionarios y empleados que se involucran en la actividad de la justicia penal oficial, está concebida dentro de un concepto monista de Estado, y por antonomasia,

ese monismo se traslada a la concepción única de justicia oficial, que parte desde el proceso de la creación de las leyes por parte del órgano de Estado definido para ello (Congreso), como también de quien ejerce la justicia, actividad designada constitucionalmente al poder judicial (Organismo Judicial), en donde el ámbito penal, es la mayor manifestación de poder estatal, ya que es el poder punitivo concentrado, y esa estructura política y jurídica en Guatemala es una traslación de las formas de gobierno, parlamento y justicia del continente europeo.

Al respecto del pluralismo jurídico, es un fenómeno que fue motivo de interés científico –desde las ciencias sociales– de los europeos a principios del siglo pasado (como países colonizadores) respecto de los procesos de colonización en África y Asia, dentro de muchos otros territorios de distintos continentes que fueron colonizados tal y como lo afirma Sally Engle Merry, al indicar que “...los estudios de principios del siglo XX examinaron las manifestaciones del derecho indígena en los pueblos tribales y en las aldeas tradicionales de las sociedades colonizadas de África, Asia y el Pacífico. Los científicos sociales, sobre todo los antropólogos, estaban interesados en ver cómo estos pueblos mantenían el orden social sin utilizar el derecho europeo (por ejemplo, Malinowski 1926). Estos antropólogos, a medida que fueron documentando la rica variedad de formas de control social, presión social, costumbres, derecho consuetudinario y procedimientos judiciales, se dieron cuenta poco a poco

*de que los pueblos colonizados aplicaban a la vez el derecho indígena y el derecho europeo..."*⁵¹.

De lo antes citado, no cabe la menor duda que es un proceso que también en Guatemala es latente y subyacente, porque es un territorio que fue colonizado por Europa (España).

El pluralismo jurídico –para la estructura positivista de la justicia oficial en la que han sido formados los abogados– genera esa resistencia estructural y conceptual hacia la antropología y la sociología, porque estas ciencias sociales cuestionan el derecho como forma de dominación, en consecuencia, es una característica indeleble de todo proceso de colonización, el imponer su forma de resolver conflictos y de cómo concebir la justicia, algo en que los estudiantes de derecho no son formados, excluyendo por completo este aspecto y que se sumerge sobre discusiones propias del positivismo, neo-positivismo, naturalismo e ius-naturalismo, pero que, pese a la evolución teórica, no dejan de cambiar esa visión única de Estado y Derecho, eminentemente monista, jerarquiza-

do, centralizado, indivisible, abstracto, de carácter general y heterogéneo, donde la unidad política y jurídica es indiscutible.

Finalmente, el pluralismo jurídico plantea la existencia de otras formas jurídicas de resolver conflictos en un mismo territorio⁵², pero no debe concebirse única y estrictamente como una coexistencia de formas jurídicas que se reconocen por su formalismo y escrituración, es decir, aunque son distintos, finalmente se conciben como derecho oficial para ser aceptados como sistema jurídico.

La cuestión a discutir indefectiblemente, y que no se agota aún con estos esfuerzos es ¿cómo deben coexistir? De ello se trata el desafío de generar pautas de actuación que se relacionen con la justicia penal y la pertinencia cultural, porque esas inconsistencias y percepciones conceptuales se trasladan al juez, al fiscal y al defensor público (o privado en su caso) al momento de que un conflicto social ingresa al sistema de justicia oficial, pero que apareja un conflicto que ya fue resuelto por una autoridad indígena de una determinada comunidad, de un particular territorio, o bien, es un asunto que no fue conocido y resuelto por esa autoridad indígena, pero que en su defecto, sí conocerá la estructura estatal y oficial de justicia penal, y

51 Merry, Sally Engle; John Griffiths, Brian Z. Tamanaha. Pluralismo jurídico. Estudio preliminar, Libardo Ariza Higuera, Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, página 90. Consulta de fecha 16 de agosto del 2016, disponible en: <https://semirariodemetodologiadelainvestigacion.files.wordpress.com/2013/04/pluralismo-jur-c3addico-sally-engle-merry.pdf>

52 Op. Cit. Página 91. ¿Qué es el pluralismo jurídico? Se define generalmente como una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en un mismo campo social...

deberá entonces observar y considerar aquellos aspectos de cómo se concibe en una determinada comunidad la resolución de los problemas entre sus pobladores, lo que para el derecho penal oficial se traduce en una conducta ilícita, hecho que finalmente se tipificará según el diseño procedimental adoptado por la legislación nacional y bajo los tipos penales preestablecidos legalmente en la ley sustantiva.

Por ello es que el Convenio 169 de la OIT establece:

- “Artículo 8
 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.
- “Artículo 9
 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional, y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros;
 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.
- “Artículo 10
 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la

legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales;

2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.⁵³

En un ejercicio de integración normativa, la Constitución Política de la República de Guatemala establece, que esos derechos humanos –culturalmente diferenciados o no– se constituyen en parte de la legislación interna (fuero de atracción) que deben ser reconocidos, y al respecto prescribe:

- “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 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”⁵⁴.

53 Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Parte I. Política General.

54 Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. Diario Oficial No. 41, Tomo CCXXVI, p. 897– 920. Guatemala, tres de junio de 1985.

Además, en ese orden de ideas normativas de rango constitucional, se indica:

- “Artículo 58. Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”.
- “Artículo 66. Protección de 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”⁵⁵.

Al efectuar un análisis de las normas procedimentales en materia penal, de acuerdo con lo expuesto por los grupos de trabajo de ciudad Guatemala, Quetzaltenango y Zacapa, en cuanto a la investigación preliminar que puede realizar el Ministerio Público que no está supeditada aún al control jurisdiccional, así también a la etapa del procedimiento penal común, se puede inferir:

La tutela judicial efectiva se constituye en una salvaguarda respecto de esos derechos humanos diferenciados, porque además, el Juez Penal no puede ser ajeno a esa tarea constitucional que no es exclusiva, en su interpretación, a un Tribunal Constitucional o una Corte de Constitucionalidad, que

lo circunscriba a los meros formalismos legales en la aplicación de las normas ordinarias⁵⁶, una circunstancia que desde el concepto del Bloque de Constitucionalidad ya fue abordado por la Corte de Constitucionalidad, y que no es solo una labor del Juez, pues es corresponsable para el Fiscal y el Defensor Público;

Por aparte, los requerimientos de la Fiscalía deben proceder con objetividad, aún estos sean a favor del imputado, por tal razón, en una investigación preliminar, puede establecerse de manera objetiva si ese caso apareja una complejidad que se vincule con la pertinencia cultural, para justificarla si fuere el caso, o bien, para establecer su improcedencia⁵⁷

En este sentido, la objetividad y la libertad de prueba –a la que hace re-

56 Decreto Legislativo No. 51-92 Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala. Diario Oficial No.705, Tomo CCXLV, p. 31. Guatemala, catorce de diciembre de 1992. Artículo 5, segundo párrafo: “*la víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, deben responder a las legítimas pretensiones de ambos*”.

57 *Ibidem*. Artículo 65 (primer y último párrafo) del Código Procesal Penal: “*en el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley... Deberá formular los requerimientos y solicitudes conforme a ese criterio, aún en favor del imputado*”.

55 *Ibidem*.

ferencia normativa el Código Procesal Penal– de manera intrínseca se vincula, no únicamente con una investigación preliminar, sino se efectiviza también en la etapa preparatoria con la finalidad –de definir o no– el ejercicio de la acción penal que se materializa con la presentación del escrito de acusación fiscal, o bien, en su defecto, de la solicitud de un sobreseimiento, una clausura provisional, como también, se sostiene como finalidad y propósito acusatorio, en el ofrecimiento de la prueba, siendo su culmen como fundamento probatorio, en el debate oral y público. Esa objetividad y libertad probatoria no es exclusiva del Fiscal, lo es también del imputado y de su defensa técnica, así también del querellante adhesivo, que debe observar, en su petición, diligenciamiento y ofrecimiento, la legalidad, la pertinencia y la utilidad⁵⁸.

58 *Ibidem*. Artículo 181 del Código Procesal Penal. “*Objetividad. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este Código. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por las partes, en las oportunidades y bajo las condiciones que fija la ley*”. Artículo 182 del Código Procesal Penal. “*libertad de prueba. Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas*”.

Es un momento de la investigación, que aún no judicializada, permite a quienes intervienen en el caso, definir si se visualiza un conflicto con matices de pertinencia cultural, extremo que se facilita si el funcionario o empleado del sistema de justicia penal esta sensibilizado.

Por ello, la investigación estratégica de parte de la Fiscalía, o una teoría del caso bien planteada por la defensa técnica al diseñar un litigio estratégico con pertinencia cultural, puede orientar a la judicatura sobre la definición temprana de ese conflicto, y de no producir un archivo, pueden justificar –al momento de judicializarse por una flagrancia– una desestimación como consecuencia del dictado de una falta de mérito. Pero si ese no fuera el caso (el control jurisdiccional de la investigación del Ministerio Público por parte del Juez de Garantías), puede dilucidarse a través de las medidas desjudicializadoras contenidas en la codificación penal adjetiva, partiendo precisamente de lo que regula el primer párrafo del artículo 25 Bis del Código Procesal Penal, cuando advierte que sí el interés público o la seguridad ciudadana no estén comprometidos gravemente son viables, y bajo el cumplimiento de los presupuestos procesales para su otorgamiento, permitan la salida del sistema judicial oficial un conflicto social de carácter penal, que en principio, no debería dilucidarse hasta las ulteriores fases del proceso penal (procedimiento penal común), particularmente, si esos hechos dependen del consentimiento de la parte agraviada para que el ejercicio de la acción penal por parte de Ministerio Público sea oficial (delitos de ac-

ción pública dependiente de instancia particular)⁵⁹.

En ese orden de ideas los mecanismos procesalmente válidos, son:

- El Criterio de Oportunidad (conciliación y mediación);
- La Suspensión Condicional de la Persecución Penal;
- La Conversión.

Finalmente, desde la perspectiva del pluralismo jurídico, coexistir, no significa la anulación de un sistema jurídico por otro, sería un argumento descalificador, sino más bien, debe de asumirse como el respeto a esa minoría de resolver sus conflictos de una manera distinta a la que impera en la mayoría, sin por ello dejar de advertir, nos parezca o no, que el sistema jurídico propio de un pueblo originario y con derechos humanos culturalmente diferenciados puede ser permeado por

los formalismos y procedimientos del sistema de justicia oficial, que tendería –en el mejor de los casos– a superar las formas en que se resuelven los conflictos y que estaría en sintonía de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, incluso, en apego al sentido común, tener una mayor efectividad que la justicia oficial al pretender resolver la conflictividad social en un mundo globalizado también en sus vicios y desventuras.

b. Resultados de los talleres

En cuanto a la etapa preparatoria del procedimiento penal común, respecto de cómo se administra la justicia con pertinencia cultural en las ya citadas instituciones del sector de justicia penal, en el caso del taller realizado en el **departamento de Guatemala**, tanto los abogados defensores públicos, los fiscales y jueces manifiestan conocer de manera general ese extremo, admitiendo que cada una de las instituciones integran a lo interno, departamentos, unidades o coordinaciones que abordan desde su función procesal el tema de la pertinencia cultural, y aunque su conocimiento es muy general, sí identifican la importancia de que cada institución –organizacionalmente– cuente con ello, aunque estiman que deba fortalecerse.

Al respecto de lo anterior, se discutió en cuanto a la pertinencia cultural y el pluralismo jurídico, que, si bien es un tema de acceso a la justicia, se corre el riesgo del que el mismo se traduzca en una justicia penal formal pero no material.

59 Ídem. Página 53. Artículo 25 Bis del Código Procesal Penal. *"Requisitos. Para aplicar el criterio de oportunidad, en los numerales del 1 al 5 establecidos en el artículo 25, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso, puedan aplicarse usos y costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del derecho o la equidad, siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados en materia de derechos humanos"*.

Para comprender este extremo, no basta con que existan departamentos, unidades o coordinaciones, pues, desde la estructura organizacional están contempladas e instaladas, pero ese plano formal, debe trascender a una justicia material.

Lo anterior implica, ni más ni menos, que además de contar cada institución con una cobertura que comprenda jueces, fiscales, abogados defensores públicos y demás empleados administrativos que en los lugares primariamente identificados como poblaciones originarias y/o culturalmente diferenciadas, estos estén sensibilizados en el tema del pluralismo jurídico y la pertinencia cultural, puedan hablar el idioma de la región, y de no ser así, contar con intérpretes y traductores para la facilitación de la justicia.

De lo antes indicado, lo toral, sin lugar a dudas, es la sensibilización, ya que ello permite pautas de comprensión primaria al tratar el caso en sus inicios –esté judicializado o no el conflicto– pero que, de alguna manera, ya es del conocimiento de la justicia oficial.

Se consideró en ese taller (el relativo a la etapa preparatoria) la importancia del bloque de constitucionalidad⁶⁰, en

virtud de lo que al respecto establecen los convenios o pactos internacionales en materia de derechos humanos.

En conclusión, el grupo de funcionarios del sector de justicia penal que integraron el taller en el departamento de Guatemala y que conocieron de la ya citada fase o etapa del procedimiento penal común detectaron algunas deficiencias sistémicas que inciden en el tratamiento de la justicia penal con pertinencia cultural y proponen como acciones concretas lo siguiente:

- La existencia de abogados especializados en el tema dentro de las instituciones que conforman el sector de justicia penal;
- La formación de abogados que abarque los temas de pluralismo jurídico y justicia penal con pertinencia cultural;

del derecho internacional, garantizado la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado, y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el País” ... En otras palabras, el bloque de constitucionalidad se refiere “a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes”. Discurso pronunciado por el Magistrado Mauro Roderico Chacón Corado al entregar el cargo de Presidente de la Corte de Constitucionalidad. INFOCC. Corte de Constitucionalidad. Año 2, No. 12, Guatemala, 2013.

60 El bloque de constitucionalidad: Sentencia del 17 de julio del 2012, dictada dentro del expediente 1882-2001. La Corte de Constitucionalidad, por primera vez en su historia, define y confiere contenido al llamado “bloque de constitucionalidad”, cuya naturaleza es, como se señala en el fallo... “*ya de valerse como herramienta de recepción*

- Elaboración de la teoría del caso;
- Crear mecanismo de coordinación interinstitucional entre las instituciones que conforman el sector de justicia penal;
- La utilización de las medidas desjudicializadoras cuando se presentan casos con pertinencia cultural y aparezcan derechos humanos culturalmente diferenciados;
- La realización del peritaje cultural cuando el caso así lo amerite (sociológico y/o antropológico)
- Establecer causales expresas de desestimación (aquí no se define si es necesaria una reforma legal).

En el caso del taller realizado en el **departamento de Quetzaltenango**⁶¹, de acuerdo con la estructura metodológica ya anotada según su forma y modalidad, los grupos que conocieron la investigación preliminar y la etapa preparatoria del procedimiento penal común estimaron que: a) en la región de occidente no se tiene total cobertura, particularmente, en Huehuetenango; b) en cuanto a establecer la administración de justicia con pertinencia cultural en cada una de las instituciones del sector de justicia penal, la

necesidad de considerar y respetar las formas en que resuelven los conflictos las comunidades indígenas según sus autoridades por parte de la justicia estatal; c) existe una falta de credibilidad y certeza sobre la veracidad cuando una persona se presenta ante las instancias de justicia oficial como ante una autoridad indígena; d) así también, la determinación exacta de quiénes son los líderes comunitarios; e) en otro sentido, advirtieron la restricción de los pobladores para que las investigaciones realizadas por funcionarios y empleados adscritos a la justicia penal oficial sean efectivas, pues en algunos casos limitan su acceso; y f) se comentó de manera puntual que las autoridades indígenas no tienen capacidad de investigar delitos, ni de aplicar sanciones proporcionales a los hechos delictivos que se dicen investigar.

Por aparte, siendo este un aspecto positivo: a) se reconoce en la región el buen ejemplo de organización en el departamento de Totonicapán respecto de cómo su población de manera democrática y libre decide quiénes son líderes y representantes, circunstancia que coadyuva a la resolución de los conflictos sociales que se suscitan en su área; y b) en el mismo sentido, la forma en que se resuelven los conflictos en la comunidad indígena son más beneficiosas que las del sistema de justicia penal oficial, haciendo particular hincapié en el tema de la cárcel.

Coincidieron en conocer de manera general, que cada institución del sector de justicia penal cuenta con un departamento, unidad o coordinación

61 Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial de Guatemala. "Talleres de Análisis y Recopilación de Información: Protocolo para el servicio de Justicia con pertinencia cultural, parte 1". Quetzaltenango, 28 de julio de 2016.

a lo interno que trata el tema de la justicia penal con pertinencia cultural.

De la breve abstracción realizada a lo expuesto por los talleres en la ciudad de Quetzaltenango, respecto del tema citado, y de lo que se sugiere en pro del desarrollo institucional por parte del sector penal de la justicia oficial, los participantes han manifestado, dentro de lo más sobresaliente:

- Utilizar peritajes culturales;
- Crear plazas en las instituciones relacionadas para la contratación de intérpretes y traductores;
- Observar y cumplir la Ley de Idiomas Nacionales⁶²;
- Instaurar capacitaciones interinstitucionales con el objeto de despertar el interés sobre la cultura de los pueblos donde los funcionarios y empleados de la justicia penal estatal desempeñan sus labores;
- Utilizar como medio de investigación los peritajes antropológicos, sociológicos y psicológicos en el idioma particular de los sometidos a investigación o a proceso penal;
- Conocimiento general de las autoridades indígenas (promoción y publicidad);
- Atender la importancia de la declaración expresa de las partes en con-

62 Decreto 19-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

flicto de someterse a la autoridad indígena con el objeto de dirimirlo;

- No poner en conocimiento de las autoridades de la justicia penal oficial las características de ese conflicto con la pertinencia cultural hasta la fase del debate oral y público cuando los sujetos procesales pueden advertirlo desde la etapa preliminar del proceso penal;
- Hacer prevalecer la razonabilidad al crear pautas de coordinación entre la justicia penal oficial y la justicia indígena;
- Que en el sistema indígena puedan conocerse delitos que no sobrepasen de una pena de cinco años de prisión (aunque esta propuesta se contrapone a otra que manifiesta que no puede limitarse a las autoridades indígenas a un catálogo de delitos al momento de resolver conflictos sociales);

De suma importancia, propusieron la necesidad de documentar los fallos que se relacionan con la pertinencia cultural al resolverse en la justicia penal oficial, lo que exige la sistematización y la investigación constante de este particular tema.

De lo acontecido en el **departamento de Zacapa**⁶³, para la región nororien-

63 Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial de Guatemala. "Talleres de Análisis y Recopilación de Información: Protocolo para el servicio de Justicia con

te, en relación con el grupo de trabajo que trató integralmente la investigación preliminar y la etapa preparatoria del procedimiento penal común, siempre en atención a establecer cómo se administra justicia con pertinencia cultural en cada una de las instituciones del sector de justicia penal que se conformaron para el efecto, cabe resaltar, entre las más relevantes: a) que en los departamentos de Zacapa y Jalapa no se investigan casos con pertinencia cultural de acuerdo con lo aportado por el Ministerio Público; b) advierten que hay autoridades que se aprovechan de su propia gente; c) de la defensa pública penal, se indicó que en Zacapa y Jalapa no cuentan con intérpretes; d) en el caso del Organismo Judicial, son muy pocos los casos con pertinencia cultural que se han dado en la región; e) sin embargo, de darse un mayor número de casos, los funcionarios del sector de justicia penal deben tener conocimientos sobre el tema; f) se necesita una integración interinstitucional; y g) apoyarse en los fallos de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por aparte, consideraron que en esa región el mayor problema se da en: 1) la invasión de tierras; 2) en algunos casos se dan autonombramientos de autoridades indígenas, pero no se rigen ni lo hacen bajo los principios de los pueblos indígenas.

Comentaron que, en el caso del Ministerio Público, existe una política institucional de no criminalizar a las au-

toridades indígenas en el ejercicio de sus funciones.

Estimaron, como mínimo, en materia de justicia con pertinencia cultural, profundizar en lo siguiente:

- ✓ Identificación de las autoridades indígenas en el lugar y cuál es su competencia;
- ✓ Garantizar el derecho de autodeterminación;
- ✓ Hacer una identificación de los idiomas indígenas en el oriente del país;
- ✓ Necesidad de conocer el derecho indígena.

c. *Observaciones*

Es de suma importancia señalar, que este particular punto –el relativo a establecer cómo se administra justicia con pertinencia cultural en cada una de las instituciones que fueron representadas en los talleres– los grupos que trabajaron la etapa intermedia y la del debate oral y público (fase de juicio) también trataron el tema, por lo que al examinarlos, se apreciaron similitudes y coincidencias con los grupos que trabajaron la investigación y la etapa preparatoria del procedimiento penal común. Cabe resaltar aquellos pronunciamientos que se diferencian y son particulares al no haber sido contemplados anteriormente, siendo los siguientes:

- En el caso del taller realizado en **ciudad Guatemala**, por parte de quienes trabajaron la etapa intermedia del procedimiento pe-

pertinencia cultural, parte 1". Zacapa, 1 de agosto de 2016.

nal común, hicieron los siguientes aportes: a) es necesario cerciorarse fáctica y probatoriamente si el caso que está sometido a la justicia penal oficial ya fue dirimido por una determinada comunidad indígena de acuerdo con sus formas, usos y costumbres, y por las autoridades legítimamente reconocidas como tal por esa comunidad (la prejudicialidad); b) aprovechar los servicios del Ministerio Público a través de la Secretaría de Pueblos Indígenas, así también, que los nuevos fiscales nombrados conozcan idiomas distintos al español y sean ubicados de acuerdo con la fiscalía en donde pueda ser aprovechado su servicio (a propósito de las reformas a la Ley Orgánica del Ministerio Público); c) que en los Juzgados de paz que conocen de procesos simplificados y de delitos menos graves, busquen en la medida de lo posible aplicar tales planteamientos, tomando para el efecto la pertinencia cultural; d) que se asuma el concepto de justicia penal con pertinencia cultural en la Procuraduría General de la Nación, en la Procuraduría de los Derechos Humanos y en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala; e) que las personas que cubran los centros de mediación sean abogados, y estén capacitados para la atención con pertinencia cultural; y, finalmente f) atender los casos que aparejan un litigio estratégico de género dentro de la justicia con pertinencia cultural.

- En cuanto al taller realizado en el **departamento de Quetzalte-**

nango, de acuerdo con el grupo de trabajo que se circunscribió a la etapa intermedia, se destaca el hecho que: a) en el juzgado de 24 horas, no se cuenta con un intérprete en el turno de la noche, por lo que se espera hasta la mañana siguiente (el turno diurno) para resolver la situación jurídica del imputado, y ello puede incidir también en que no se preste atención al hecho de que ese caso pueda aparejar una pertinencia cultural, como también, se materialice una inobservancia de derechos fundamentales culturalmente diferenciados.

- Del taller celebrado en el **departamento de Zacapa**, se abstraen tres aspectos que vale señalar: a) aplicar el principio de no discriminación; 2) se apuntó por parte de los fiscales, que los jueces temen resolver con pertinencia cultural, pero sobre ese extremo no se delimitó ejemplo alguno que afirmara ese extremo; y 3) en cuanto a la fase del debate, el grupo de trabajo estableció que los casos no se atienden con características de pertinencia cultural.

6.3 Etapa intermedia

a. *Consideraciones generales*

Para la etapa intermedia del procedimiento penal común, sin lugar a discusiones profundas, el ejercicio de la acción penal es toral, y éste se materializa procesalmente con la presenta-

ción del escrito de acusación fiscal. En ese sentido, el fundamento fáctico del escrito de acusación fiscal debe delimitar si ese hecho carece o no de ese elemento de pertinencia cultural, por lo tanto, la construcción de esa hipótesis acusatoria se respalda probatoriamente sobre la base de un peritaje cultural como prueba científica pertinente y transversal⁶⁴.

Por el contrario, si la tesis acusatoria del Ministerio Público no visibiliza ese extremo fáctico respecto de la pertinencia cultural, indefectiblemente, es una tarea imprescindible del abogado que ejerce la defensa técnica del acusado, sustentado sobre un litigio con pertinencia cultural (o enfoque cultural), diseñada sobre una teoría del caso, evidenciado el sentido lógico de cada una de las estrategias de defensa que sean necesarias para hacer valer esa preestablecida teoría.

Por aparte, quien decide, debe observar en sus razonamientos esos extremos fácticos, probatorios y jurídicos con los cuales los sujetos procesales argumentan sus pretensiones bajo un litigio estratégico con pertinencia cultural, y siendo quienes finalmente

proveen al juzgador de esos extremos para persuadirlo.

La carga de argumentos de quien ejerce la defensa técnica es primordial, pues es quien en su momento puede señalar los vicios formales del escrito de acusación fiscal, pero particularmente, plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal de acuerdo con los presupuestos procesales que están contenidos en la ley penal adjetiva, instando aún por esas razones al sobreseimiento o la clausura provisional⁶⁵.

Un análisis importante de esta etapa procesal que se vincula intrínsecamente con la fase preparatoria, e incluso, con la posibilidad de ser alegada en el propio debate oral y público, es la actividad procesal defectuosa, misma que puede ser reclamada por los sujetos procesales, y en el caso de los defectos absolutos, puede ser advertido aún de oficio por el juzgador. En ese orden de ideas jurídico-procesales, la actividad procesal defectuosa se traduce en una observancia del principio

64 Mayén, Guisela. Peritaje cultural. Serie: Cuaderno Estado y Derecho. Fundación Konrad Adenauer. Serviprensa S.A., diciembre 2014, página 34: "Es una actividad procesal que desarrolla un experto, con el propósito de suministrar al juez conocimientos especializados sobre hechos, prácticas o creencias acerca de un caso específico, para fundamentar sus argumentos en un fallo."

65 Ídem. Página 96. Artículo 336 del Código Procesal Penal. "Actitud del acusado. En la audiencia que para el efecto señale el juzgado, el acusado y su defensor podrán, de palabra: 1) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección; 2) Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil previstas en este Código; Formular objeciones u obstáculos contra el requerimiento del Ministerio Público, instando, incluso, por esas razones, el sobreseimiento o la clausura".

de objetividad para la fiscalía; desde la perspectiva de la judicatura en la tutela judicial efectiva; y en cuanto a quien ejerce la defensa técnica, en un obligatorio argumento para recordarle al sistema de justicia penal, que el ejercicio del *ius puniendi* tiene límites y reglas de juego que deben ser imperativas procesalmente.

Vale señalar, que la reforma al Código Procesal Penal del 2010 (artículo 14 del Decreto 18-2010 del Congreso de la República) sitúa procedimentalmente el acto procesal del ofrecimiento de la prueba dentro de la etapa intermedia y no dentro de la etapa de juicio, tal y como se prescribía antes de la reforma procesal citada⁶⁶. Hoy, quien decide admitir o rechazar la prueba ofrecida por los sujetos procesales, es el juez de garantías que controla la fase preparatoria y la fase intermedia. Antes de la reforma, el tribunal de sentencia era quien admitía o rechazaba la prueba que debía reproducirse en el debate oral y público. Por tal razón la prueba pericial en la pertinencia cultural es indiscutible.

Entonces, se trae a colación, lo analizado en la etapa preparatoria, respecto de la exigencia de conocer, comprender, integrar y aplicar las normas relativas a la pertinencia cultural, siendo estas:

- Artículos 44, 46, 58 y 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala;
- Artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT.

En resumen, de manera sucinta, y sin que por ello sea un tema que exija una mayor y profunda discusión jurídico penal, las pretensiones procesales válidas por parte de los sujetos procesales para la etapa intermedia respecto de la justicia penal con pertinencia cultural son:

- ✓ Las excepciones o los obstáculos a la persecución penal;
- ✓ La formulación de objeciones u obstáculos que puedan instar el sobreseimiento o la clausura provisional.

b. Resultados de los talleres

Fue un propósito de dichos talleres, además de los preestablecidos en el análisis inicial, que los integrantes de los grupos de trabajo particularizaran aquellas acciones para enriquecer el documento proporcionado por la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, así también, las acciones concretas para institucionalizar la promoción y prestación del servicio con pertinencia cultural, basado en el documento borrador relativo al protocolo proporcionado por la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, sobre el cual, ya se hizo referencia y fue citado como corresponde.

⁶⁶ Ídem. Página 97. Artículo 343 del Código Procesal Penal. "*Ofrecimiento de prueba. Al tercer día de declarar la apertura a juicio, se llevará a cabo la audiencia de ofrecimiento de prueba ante el juez de primera instancia que controla la investigación...*"

De la misma manera y bajo la misma metodología, en este puntual aspecto, la regionalización ha tenido como propósito general abstraer de los participantes:

1. El conocimiento sobre la problemática que se suscita en esas regiones del país cuando algún conflicto social ingresa al sistema de justicia oficial o estatal a través de los modos y formas que regula la normativa penal adjetiva, pero que, en su complejidad, se establece que ese conflicto social ya fue conocido y resuelto por una autoridad indígena;
2. El tratamiento que en cada región se da a aquellos hechos constitutivos de delito, devenidos por una flagrancia, en los cuales el detenido es indígena, pero ese hecho, como tal, cometido o no dentro de un territorio o circunscrito o no a una comunidad indígena, no fue del conocimiento previo ni resuelto por parte de alguna autoridad indígena, consecuentemente, el detenido es puesto a disposición del sistema de justicia penal oficial, quien resuelve en definitiva el conflicto social de carácter penal, pero al establecer que éste pertenece a una determinada comunidad indígena, no observa aquellas formas, usos y costumbres que sí son utilizados en la comunidad originaria del detenido cuando la autoridad indígena resuelve ese conflicto, que pueden ser homologadas por el sistema de justicia oficial en las distintas etapas del procedimiento penal.

Ya en materia, en cuanto a la etapa intermedia del procedimiento penal común, respecto de cómo se administra la justicia con pertinencia cultural en las ya citadas instituciones del sector de justicia penal, en el caso del taller realizado en el **departamento de Guatemala**, tanto los abogados defensores públicos, los fiscales y jueces manifiestan, al analizar el documento, recomendaron lo siguiente:

- Tomar en cuenta el proceso simplificado contenido en el Código Procesal Penal;
- Contar con la asistencia de un intérprete para cada una de las partes, si así lo ameritase el caso;
- Realizar los peritajes con la intervención del INACIF, dado que en su mayoría se ha advertido que no lo hacen;
- Tomar en cuenta el enfoque de género en la pertinencia cultural;
- Contar con un sistema de filtros para identificar las buenas prácticas que, en materia de pertinencia cultural, se efectúen en la administración de justicia oficial;

Al respecto de lo anterior, los integrantes del grupo de trabajo circunscrito a la etapa intermedia del procedimiento penal común coinciden en:

- Impulsar procesos de capacitación interinstitucional;
- En el caso de la Procuraduría General de la Nación (PGN) y el Insti-



- tuto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF), incluir dentro de su personal a profesionales y peritos sensibilizados y sabidos de los temas relativos a la pertinencia cultural;
- Incorporar los temas de pertinencia cultural a todas las aéreas y procedimientos judiciales;
 - Definir los procedimientos y el reconocimiento de las autoridades indígenas.
 - Crear sedes de la Unidad de Asuntos Indígenas en las fiscalías donde se requiera;
 - Regionalizar la promoción y prestación del servicio, particularmente en Mazatenango, Retalhuleu, Coatepeque y San Marcos;
 - Sensibilizar y capacitar para el reconocimiento y aplicación del Derecho indígena en las diversas etapas del proceso penal.

En el caso del taller realizado en **Quetzaltenango**, los talleres que conocieron la etapa intermedia del procedimiento penal común indicaron que: **a)** la Unidad de Asuntos Indígenas acude a la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala cuando no posee el intérprete que se requiere para el día en que se celebrara una audiencia; **b)** la importancia de recurrir y aplicar el criterio de oportunidad, respetando para ello las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas; y **c)** en la audiencia de la etapa intermedia, debe determinarse, si en ese caso existen ciertas costumbres de delimitados lugares donde hay comunidades indígenas para la presentación del peritaje cultural, con la finalidad de establecer si el hecho es punible, y proceder al dictado del sobreseimiento.

Respecto de las acciones concretas para institucionalizar la promoción y prestación del servicio con pertinencia cultural el grupo de trabajo planteó lo siguiente:

De lo acontecido en **Zacapa**, para la región nororiente, con relación al grupo de trabajo que trató la etapa intermedia del procedimiento penal común, siempre en atención a establecer cómo se administra justicia con pertinencia cultural en cada una de las instituciones del sector de justicia penal, cabe resaltar lo siguiente: **a)** la defensa técnica es quien debe tomar en cuenta la pertinencia cultural al intervenir en un caso; **b)** se debe argumentar ¿por qué los hechos investigados revisten de un tema con pertinencia cultural? no únicamente indicar que es un caso con pertinencia cultural; y **c)** el Instituto de la Defensa Pública Penal no cuenta con el recurso humano para poder cubrir a cabalidad la pertinencia cultural.

Estimaron los participantes, como mínimo, al respecto de las acciones concretas para institucionalizar la promoción y prestación del servicio con pertinencia cultural durante la etapa intermedia del procedimiento penal común, lo siguiente:

- La aplicación de los principios pro pueblo indígena, la equidad jurídi-

ca y la acción afirmativa, ya que no se observan en esa región del país;

- Garantizar el derecho de autodeterminación;
- En cuestión de tierras, el juez debe orientar a los sujetos procesales a que se aboquen a la comunidad indígena para saber qué posición asumen respecto de los orígenes del conflicto sometido a la jurisdiccional estatal oficial;
- En el caso de los fiscales, se elabora una instrucción general de parte de la máxima autoridad el Ministerio Público, en la cual, se instruya a su personal para la aplicación del presente protocolo;
- Contar con un equipo de peritos (sociólogos y antropólogos) para nutrir la investigación.

6.4 Etapa de juicio (debate oral y público)

a. Consideraciones generales

Independientemente de los sucesivos momentos procesales del desarrollo del debate oral y público, en donde puede hacerse hincapié en la pertinencia cultural (la apertura, los incidentes, la ampliación de la acusación si la hubiere, la recepción de prueba, la prueba nueva y las conclusiones o discusión final), un momento de suma relevancia es la deliberación.

La apreciación y valoración de la prueba –es por antonomasia– un ejercicio intelectual de razonamiento de los jueces de sentencia sobre las reglas de valoración de la prueba para otorgarle valor positivo o negativo a la hipótesis fiscal contenida en el escrito de acusación⁶⁷. Al igual que la justicia especializada en temas como la niñez, la adolescencia, el género y los tributos, la pertinencia cultural requiere de una particular valoración e integración de la prueba, que finalmente queda plasmado (motivación de la sentencia) en el fallo del primer grado, y que tienen vinculación intrínseca con el hecho que dio por acreditado el tribunal o juez sentenciador y lo razonamientos que inducen a dictar un fallo de condena o absolución.

Por aparte, la actividad de las partes está respaldada por la libertad de la prueba toda vez sea legal, sea pertinente, idónea, en fin, que sea útil al objeto del juicio. Más allá de los medios de prueba que por mandato procesal están taxativamente descritos en el Código Procesal Penal, pueden utilizarse cuantos medios de prueba sean necesarios para el descubrimien-

67 Ídem. Página 103. Artículo 383 del Código Procesal Penal. “*Deliberación. Inmediatamente después de clausurado el debate, los jueces que hayan intervenido en él pasarán a deliberar en sesión secreta, a la cual sólo podrá asistir el secretario*”. Artículo 385 del Código Procesal Penal. “*Sana Crítica. Para la deliberación y votación, el tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolverán por mayoría de votos*”.

to de la verdad, siempre y cuando no limiten derechos fundamentales, tanto de carácter constitucional, como procedimentales en materia penal. Para los casos de justicia penal en donde se relacionan derechos humanos culturalmente diferenciados, el peritaje cultural es el idóneo y pertinente⁶⁸.

Lo anterior, se integra perfectamente con lo que al respecto regula la sección cuarta y quinta, capítulo V, título III del libro primero del Código Procesal Penal (peritación y peritaciones especiales), por lo tanto, una discusión jurídica penal de carácter procesal respecto de la prueba pericial con pertinencia cultural debe de contemplar los siguientes momentos probatorios:

- La petición de la prueba pericial;
- El diligenciamiento de la prueba pericial;
- La incorporación procesal de la prueba pericial;
- El ofrecimiento de la prueba pericial;
- La producción de la prueba pericial.

Todos estos momentos de la prueba durante el proceso penal son torales para el éxito de la misma, según como esté diseñado el litigio estratégico con pertinencia cultural, y que debe abrir a nuevas discusiones jurídico penales sobre ello para fijar pautas de actuación que se relacionen con la justicia penal y la pertinencia cultural.

68 *"Para comprender la realidad indígena, cuando una de las partes es miembro de un pueblo indígena, o cuando el caso involucra intereses colectivos indígenas, los operadores de justicia deben auxiliarse de un grupo de profesionales interdisciplinario, inclusive de los sabios de un pueblo o de sus autoridades tradicionales, a fin de entender la cosmovisión indígena (peritaje cultural) y el sistema normativo propio (peritaje jurídico-antropológico) que en ella descansa, a fin de garantizar el ejercicio efectivo el Derecho a la Defensa y el Derecho al Acceso a la Justicia"* Martínez, Juan Carlos et. al. Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico. Manual para Operadores de Justicia. PRUJULA: Grupo por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica y Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica 1ª. impresión. Coord. México, 2010, página 70.

b. Resultados de los talleres

En atención al hilo conductor diseñado en la metodología para el desarrollo de los talleres, relativo a las acciones concretas para enriquecer el documento preliminar y para institucionalizar la promoción y prestación del servicio con pertinencia cultural, propias de la etapa de juicio, que comprende el debate oral y público, se abstrae, del taller realizado en **Guatemala**, las puntuales propuestas de los abogados defensores públicos, los fiscales y jueces, donde, además, se detectaron algunas deficiencias sistémicas que inciden en el tratamiento de la justicia penal con pertinencia cultural y proponen como acciones concretas lo siguiente:

- El oficial a cargo debe verificar si el procesado o la víctima dominan el idioma español, para constatar el requerimiento de un intérprete e informar al Juez;
 - El intérprete debe auxiliar a la parte requirente desde el inicio del proceso hasta la finalización del mismo;
 - En los casos de pertinencia cultural, el peritaje debe ser obligatorio;
 - Cada institución del sector de justicia penal que interactúa dentro del proceso penal en razón de su función, deben contar con un equipo de intérpretes;
 - La sentencia de primer grado debe ser dictada con la observancia de la pertinencia cultural;
 - Si el caso ya fue resuelto en una comunidad indígena de acuerdo con sus autoridades en atención a las formas de cómo se dirimen sus conflictos en ella, deberá declararse la cosa juzgada, de acuerdo con el principio de *non bis in ídem*;
 - Es necesario realizar el peritaje cultural en cualquier etapa del proceso penal.
- La producción de la prueba debe ser congruente con la tesis de pertinencia cultural.

Aunado a lo anterior, y siempre dentro del ámbito de las acciones concretas ya indicadas, el grupo propuso determinadas pautas, abstrayéndose lo siguiente:

- Considerar, que el protocolo que se pretende instituir como herramienta jurídica para fortalecer el proceso penal con pertinencia cultural, debe consistir en un conjunto de instrucciones que armonicen el derecho oficial con el derecho consuetudinario, en atención de impartir justicia en todo su contexto al caso concreto, garantizando los derechos que le asisten a todos los sujetos procesales, teniendo como base el pluralismo jurídico;
- Al momento de tramitar un caso en particular, en relación con la víctima y al procesado, identificados a una cultura determinada y distinta al derecho oficial, se debe contar –desde un inicio– y en todo momento, con un peritaje cultural, el cual permitirá desarrollar las fases del debate con pertinencia cultural, sujetándose todos los actores del proceso a la observancia obligatoria del mismo y aplicarlo en sus funciones, argumentaciones, peticiones y resoluciones;
- Que en el acceso a la justicia oficial, por parte de personas provenientes de culturas distintas a la oficial, se le garantice que el tribunal de sentencia –y demás sujetos procesales– estén sensibilizados,

En cuanto a las acciones concretas para institucionalizar la promoción y prestación del servicio con pertinencia cultural, el grupo de trabajo estimó:

- El alegato de apertura debe advertir al caso concreto una tesis de pertinencia cultural;



garantizando que el juicio se lleve en el idioma que corresponda distinto del español y que en todo momento se tenga asistencia cultural;

- Se busque, en armonía con la ley, la Constitución Política de la República, los tratados internacionales, el derecho consuetudinario, los principios generales del derecho y la cosmovisión, privilegiar el arreglo entre las partes con una solución justa, equitativa y ecuatorial para las partes y aceptada por la comunidad.

De lo acontecido en **Quetzaltenango**, de acuerdo con la estructura metodológica ya anotada –según su forma y modalidad– el taller que conoció de la etapa de juicio (debate oral y público), estimó que:

- Debe haber aplicación del derecho indígena en los tribunales especializados de femicidio, pues en el área los casos son más recurrentes;
- Los usos y costumbres pueden ser aplicados en la fase de reparación digna;
- Para aplicar esos usos y costumbres son imprescindibles los peritajes culturales;
- En la etapa de los incidentes debe plantearse la cuestión relativa a la pertinencia cultural;
- El alegato de apertura debe reflejar la teoría del caso con pertinencia cultural;
- Los abogados deben denominar el incidente que se va interponer, e identificar si es de forma o de fondo para efectos de cómo, cuándo y dónde resolverlo procesalmente;
- Realizar los contactos pertinentes con el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, a efecto de capacitar a sus agremiados sobre los que significan los alegatos de apertura, de cómo son percibidos, su contenido, el momento procesal para plantearlo, y particularmente, si ese alegato de apertura se sustenta sobre un caso con pertinencia cultural;
- Cómo abordar un caso de pertinencia cultural desde la teoría del delito;
- La importancia de la prueba nueva cuando su utilidad tiene relación con la pertinencia cultural, pero se debe aclarar que la misma procede del mismo diligenciamiento y producción de la prueba dentro del debate oral y público;
- La pertinencia cultural, como teoría del caso, debe plantearse en cada momento del debate oral y público, es decir, en los alegatos de apertura, en los incidentes, la producción de la prueba, en el interrogatorio y contrainterrogatorio y en las conclusiones;
- Cada resolución del Juez o Tribunal, como la sentencia de primer grado, debe estar motivada respecto de la pertinencia cultural alegada por los sujetos procesales.

De lo acontecido en **Zacapa**, cabe señalar, entre las más relevantes, las acciones concretas para institucionalizar la promoción y prestación del servicio con pertinencia cultural, abstrayendo lo siguiente:

- Que la Policía Nacional Civil establezca una unidad de verificación para identificar si un detenido es indígena, para resolver la situación jurídica conforme al sistema pertinente;
- Dar importancia del rol de los jueces de paz en la administración de justicia para establecer si el detenido, respecto del conflicto, debe ingresar al sistema penal oficial o, por el contrario, al sistema indígena para resolver su situación jurídica;
- Especificar el tipo de delitos que pueden juzgarse por medio del sistema indígena;
- Diseñar mecanismos para la implementación y diligenciamiento de los peritajes culturales;
- Escribir las normas del sistema jurídico indígena para que sea compartido con el sistema de justicia penal oficial, y además, en las comunidades.

6.5 Observaciones adicionales proporcionadas en la segunda jornada de los talleres

En la segunda jornada de talleres –realizado con el propósito de generar

observaciones al documento de sistematización inicial– siendo su finalidad intrínseca confirmar, modificar o generar observaciones adicionales a lo ya advertido en la primera jornada, que se llevó a cabo a finales del mes de julio y primera semana del mes de agosto en la ciudad capital, en Quetzaltenango y Zacapa, generó otras puntuales observaciones, que bien se agregan oportunamente al trabajo de sistematización, pues enriquecen las primarias propuestas que en su momento aportaron los fiscales, abogados defensores públicos y jueces que asistieron a dichos talleres.

En relación con lo anterior, cabe también apuntalar que, la metodología utilizada fue congruente con ese primer ejercicio de aportes y de abstracción de la información obtenida de la experiencia y desarrollo institucional de cada uno de los participantes en dichos talleres, entre quienes había un número considerable que cuenta con una reconocida trayectoria institucional en el sector de justicia penal y de una buena cantidad de años ejerciendo cargos dentro de ella (fiscalía, defensoría pública y judicatura).

En ese orden de ideas, para dar paso a la conclusión del proceso de sistematización de la información que se incluye para el presente documento, es importante traer a colación los aportes que en cada taller se efectuaron por los participantes respecto de aquellas observaciones que sirven para confirmar, modificar, o bien generar nuevos aportes a lo ya manifestado en el anterior ejercicio colectivo.



Para el presente caso, vale indicar con propiedad, que además de confirmar el contenido del documento de sistematización, se efectuaron puntuales observaciones adicionales que inciden en la viabilidad legal y procesal, ello quiere decir, que son aspectos que durante el litigio pueden soslayarse por la buena voluntad de quienes interactúan dentro del caso, requieren de la creatividad de los sujetos procesales, exigen pautas de entendimiento a nivel interinstitucional, producen una salida procesal rápida y legal al conflicto social de carácter penal, genera una observancia a las normas internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas en coherencia con el Convenio 169 de la OIT y, finalmente, al sistema de justicia penal le aporta una serie de experiencias judiciales para que esas buenas prácticas se constituyan en un fortalecimiento del Estado de derecho desde la óptica del litigio estratégico con pertinencia cultural.

Siendo así lo anterior, a continuación, es dable abstraer aquellos aportes que fueron novedosos y que sumaron a lo que ya en su primer momento expusieron los abogados defensores públicos, fiscales, jueces y magistrados de salas de apelaciones que participaron en los talleres, circunstancia que permite que la información sea precisa, ello significa, que las observaciones fueron en el sentido de confirmar el contenido del documento de sistematización de la información, anotar aquellos particulares aportes que resultaron de sumo interés, por lo tanto, no se hace necesario separar la información por las etapas procesales con

la que anteriormente se sustrajeron las opiniones en la primera jornada de los talleres, de acuerdo con el modelo procedimental adoptado en la legislación guatemalteca.

a. Región central: ciudad de Guatemala

Cabe señalar, que los aportes para las distintas fases del procedimiento penal común, abarca también la investigación preliminar, cuando aún no ha sido judicializado en conflicto, en virtud de que este se tramita únicamente en la sede fiscal.

En el caso de la región central⁶⁹, **ciudad Guatemala**, se aportó lo siguiente:

- Se sugirió incorporar –dentro del protocolo– las instrucciones del Ministerio Público, así también, los acuerdos de la Corte Suprema de Justicia;

⁶⁹ Taller realizado el 24 de agosto del 2016. Lugar: Hotel Hilton Garden Inn. Se contó con la participación de Fiscales, Jueces y Defensores Públicos. Taller de validación de Protocolo para el servicio de justicia con pertinencia cultural. Confirmar, modificar o generar observaciones adicionales basados en los criterios de viabilidad legal-procesal e institucional. Al respecto, cabe apuntar que a dicha actividad llegaron otros participantes que no estuvieron en la primera jornada. Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Unidad de Asuntos Indígenas, Organismo Judicial.

- Las causales de desestimación, para los casos que aparezcan un caso penal con pertinencia cultural, deben sustentarse normativamente en lo que al respecto regulan los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT.
- Si el caso ya fue resuelto en una comunidad indígena, de acuerdo y con intervención de sus autoridades, en donde, además, ambas personas pertenecen a la misma comunidad y optaron por resolver su conflicto ante ella y sus autoridades, puede la justicia oficial, ya judicializado el conflicto, darle una salida definitiva, dependiendo de la fase procesal en que se encuentre el caso, de acuerdo con el principio del *non bis in idem*.
- El oficial de audiencias, tanto para el caso del juez de garantías durante la etapa preparatoria y la etapa intermedia, debe poner en conocimiento de juez tal circunstancia, para que las partes se hagan asistir de sus intérpretes. Lo mismo deberá advertirse cuando el juez que admite o rechaza la prueba envíe el expediente al tribunal de sentencia, extremo que deberá constar en la hoja de remisión de actuaciones.

b. Región suroccidente: Quetzaltenango

Esta región, indefectiblemente, marca una diferencia en cuanto a la ex-

periencia respecto de la justicia penal con pertinencia cultural⁷⁰.

En ese sentido, los aportes brindados en ese taller aparejan la trayectoria de muchos de los fiscales, jueces, abogados defensores públicos y magistrados de salas de apelación que participaron en los mismos; por tal razón, los sugerencias se sustentan en las buenas prácticas judiciales llevadas a cabo por cada uno de ellos al resolver determinados conflictos sociales de carácter penal que tienen una vértice de pertinencia cultural. Las observaciones expuestas basadas en criterios de viabilidad legal, procesal e institucional, respecto de las tres etapas del proceso penal que fueron de interés (preparatoria, intermedia y juicio) para el ejercicio de abstracción, fueron las siguientes:

- El Ministerio Público en dicha región mantiene una constante coordinación con las autoridades indígenas, de tal manera que se celebra una

⁷⁰ Taller realizado el 30 de agosto del 2016 en el departamento de Quetzaltenango. Lugar: Restaurante Tertulianos. Se contó con la participación de Fiscales, Defensores Públicos, Jueces y Magistrados de la Corte de Apelaciones, muchos de ellos, con varios años de experiencia y tiempo de servicio institucional en dicha región. Taller de validación de Protocolo para el servicio de justicia con pertinencia cultural. Al respecto, cabe apuntar que dicha actividad llegaron otros participantes que no asistieron a la primera jornada. Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Unidad de Asuntos Indígenas, Organismo Judicial.

reunión al mes con la finalidad de ir estableciendo esas pautas de precalificación de conflictos, desde la etapa de investigación preliminar (consecuencia de la denuncia), como de la etapa preparatoria del procedimiento penal común.

- Como ejemplo de esa coordinación, las comunidades y autoridades indígenas, cooperan para la protección de la escena del crimen y el resguardo de la evidencia, durante el tiempo de llegada de la policía y la unidad especializada del Ministerio Público.
- Se ha sugerido, en los casos que puedan aparejar un caso penal con pertinencia cultural, que la Unidad de Atención Temprana del Ministerio Público, sea la que pueda visibilizar tal extremo, por lo tanto, se sugiere que las personas asignadas a esa unidad, sean también capacitadas en temas de litigio estratégico con pertinencia cultural, ya que desde ese momento, puede plantearse la desestimación en sede fiscal.
- En los casos relativos a la propiedad (usurpación), debe utilizarse la prejudicialidad, pero que la misma, sea advertida con ese matiz de la pertinencia cultural.
- La actividad probatoria relativa al peritaje cultural, debe ser una tarea del defensor público (del defensa privada en su caso), como parte de un litigio estratégico con pertinencia cultural. En el acto procesal de la primera declaración del imputado, podría sustentarse la defensa técnica del sindicado con un peritaje cultural.
- Al respecto del intérprete, y el derecho fundamental en materia penal de que las actuaciones y diligencias en materia penal, las citaciones y notificaciones deben hacerse en el idioma del sindicado, como también de la víctima.
- Respecto de la etapa preparatoria, que el control jurisdiccional deja de tener sentido si desde la atención temprana se detecta esa circunstancia, por lo tanto, como tarea futura, así como se conoce el conflicto de jurisdicción en la Corte Suprema de Justicia, se deberían generar pautas que definan, en un incidente previo, un conflicto entre un caso que apareje pertinencia cultural –que incluso ya hubiese sido conocido y resuelto por la comunidad– y su control jurisdiccional en la justicia oficial, que atienda, no solo el tema de la autoridad indígena, sino el territorio, la pertenencia del sindicado y la víctima a ese lugar y la aceptación de estos a dirimir ese conflicto a una autoridad comunitaria. Para esta región, la palabra clave es, la coordinación.
- Desde las incidencias procesales dentro de la justicia oficial, según la etapa intermedia del procedimiento penal común, los participantes del taller coincidieron en que las autoridades indígenas deben estar preestablecidas y reconocidas, no solo por su comunidad, sino también conocidas por la justicia penal ofi-

cial. Por ejemplo, los Cocodes son una estructura oficial que no necesariamente esté legitimada como autoridad indígena, por lo tanto, su intervención dentro del proceso penal no tendría relevancia alguna para la solución del conflicto. La intervención del Cocode no puede asumirse como una actividad de una autoridad indígena.

- En coherencia con lo anterior, no puede asumirse como una decisión de autoridad indígena, que un grupo de personas se reúna para resolver un conflicto, y que el supuesto líder, dirija una asamblea de personas para obligar a que se tome una decisión, o que bien, ello incida en la justicia oficial, ni menos que ello pueda homologarse.
- Desde el punto de vista de la viabilidad institucional y procesal, aunque bien amerita una reforma legal, refieren los participantes del taller la importancia de crear un procedimiento específico, como los regulados en el Código Procesal Penal, que se refiera a aquellos casos que aparezcan una pertinencia cultural, tal y como se hace con los delitos de acción privada, el juicio de falta, entre otros, aplicable, particularmente, en la etapa preparatoria o la etapa intermedia.
- De las observaciones efectuadas en dicha región, relativas a la etapa de juicio (debate oral y público), resalta, como puntual aclaración, que el que debe verificar en el tribunal de sentencia un caso con pertinencia cultural, inicialmente, es el asistente de audiencias, quien además de advertirle al tribunal (jueces de sentencia unipersonal en su caso) debe solicitar un intérprete a la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial a través de la Unidad de Comunicaciones de ese órgano jurisdiccional, sin perjuicio de que el último filtro de este valladar sea el propio juez.
- Por aparte, siempre para efectos del debate oral y público, el intérprete no solo debe asistir a los sujetos procesales (víctima y acusado), sino también a los testigos cuando así lo requieran las necesidades del juicio.
- En ese anterior extremo, el Código Procesal Penal exige que las partes se hagan acompañar de sus respectivos intérpretes, pero ante la falta de diligencia de este aspecto por quien corresponda, el tribunal, en salvaguarda del debido proceso, debe requerir los intérpretes.
- Para el particular momento procesal de interponer incidentes, si el conflicto judicializado ya fue resuelto por una autoridad indígena, puede alegarse la cosa juzgada.
- Se señaló, con suma importancia, la redacción de las sentencias en el idioma de las partes, sea para el caso del acusado o de la víctima, tal y como lo prescribe la normativa penal adjetiva. En ese orden de ideas, se apuntaló la debilidad de los intérpretes, pues en algunos casos, pueden hablar el idioma, pero no pueden escribirlo.



- Estimaron en dicha región, respecto del debate oral y público, que hay casos en los que no se hace necesario un peritaje cultural, pues como hecho notorio, es del dominio y conocimiento de las partes, las instituciones y el órgano jurisdiccional. En relación con ello, en el mismo sentido, en algunos casos no se necesita el peritaje de un antropólogo o sociólogo, si no puede recurrirse a una autoridad indígena que ejerza autoridad –o bien la haya ejercido– o también asistirse de la experiencia de los ancianos y autoridades ancestrales, para establecer formas, usos y costumbres de una comunidad que puede aportar conocimiento al tribunal para resolver un caso en concreto.
- Lo anterior puede incluso, como un hecho novedoso, y siempre bajo las reglas establecidas para tal propósito en el Código Procesal Penal, generar la oportunidad de presentar prueba nueva, con la finalidad de ilustrar al tribunal sentenciador sobre esta circunstancia, es decir, la relativa a un conflicto social de carácter penal con pertinencia cultural.
- En observancia de lo que regula –en un ejercicio intelectual de interpretación normativa– el Convenio 169 de la OIT, para los casos que se ventilan en los juzgados de femicidio, cuando así lo amerite y lo permita la subsunción de los hechos al tipo penal, deberá aplicarse otro tipo de sanción diferente a la cárcel, siendo esta última,

la consecuencia jurídica del delito para la justicia penal occidental.

- Finalmente, se sugiere que las autoridades del sector justicia pueden crear un archivo de las decisiones judiciales interlocutoria, o bien, de las sentencia de primer y segundo grado, como de casación y relativas a la justicia constitucional, que aparezcan una pertinencia cultural en materia penal, tomando en cuenta que el presente ejercicio se circunscribe a aquellas acciones a tomar en cuenta en el quehacer diario de los fiscales, jueces, magistrados de salas de apelaciones y abogados defensores públicos que intervienen en este tipo de conflictos que ameritan un enfoque cultural en salvaguarda del debido proceso.

c. Región nororiente: Zacapa

En cuanto a lo aportado por los participantes de la actividad realizada en el departamento de Zacapa⁷¹, para la rea-

⁷¹ Taller realizado el 6 de agosto del 2016 en el departamento de Zacapa. Lugar: Hotel Valle Dorado. Se contó con la participación de Fiscales, Defensores Públicos, Jueces y Magistrados de la Corte de Apelaciones. Taller de validación de Protocolo para el servicio de justicia con pertinencia cultural. Al respecto, cabe apuntar que a dicha actividad llegaron otros participantes que no asistieron a la primera jornada, aportes que también fueron importantes. Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Unidad de Asuntos Indígenas, Organismo Judicial.

lización del segundo taller de validación del protocolo, se abstrae, del ejercicio de abstracción colectiva, lo siguiente:

- Desde el momento preliminar de la investigación (consecuencia de la denuncia presentada ante el Ministerio Público), debe existir un examen para establecer si lo que se está sometiendo al conocimiento del sistema de justicia oficial es relevante para el derecho penal, circunstancia que debe incidir en la decisión temprana para la posible desestimación, la aplicación de medidas alternas al procedimiento penal común y para proceder a la desestimación cuando así lo amerite el caso.
- En coherencia con lo anterior, si se ha optado procesalmente por desjudicializar ese conflicto social de carácter penal, debe existir una pauta de entendimiento, en el sentido de que la resolución judicial no sea impugnada. Lo anterior obedece a que después de un caso que en la primera instancia se ha abordado con una pertinencia cultural, el ente de persecución penal, que estuvo de acuerdo con llegar a una determinada salida procesal, con posterioridad, impugna esa resolución judicial, siendo entonces que la sala de apelaciones, en alzada, revoca la misma, por lo que el esfuerzo de abordar el caso bajo un litigio estratégico con pertinencia cultural dejó de tener sentido, pues el criterio para revocar esa resolución judicial va en otro sentido.
- El control sustancial de los actos conclusivos en la etapa intermedia debe promover, si el caso así lo amerita, el procedimiento abreviado –sustentado en la pertinencia cultural– que además, observe las formas, usos y costumbres de los pueblos originarios para la reparación digna; el dictado de una clausura provisional si se avizora que el caso pueda tener una vertice propia de un litigio estratégico con pertinencia cultural y se hace necesario un peritaje cultural como medio de prueba necesario para la resolución judicial que se espera sea dictada en la audiencia de la etapa intermedia; así también, la oportunidad de otorgarse un criterio de oportunidad, en donde las reglas de abstención se soporten en el uso, formas y costumbres de los pueblos originarios, e incluso, se repare a la víctima del daño producido por medio de éstos, en función de satisfacer las necesidades de la víctima y de la comunidad, según sea el caso, en donde puede dictarse también las reglas de comportamiento a cumplir por parte de quien fue beneficiado con dicho criterio.
- En el caso del sobreseimiento, el mismo debe dictarse como producto de la judicialización del conflicto en el sistema de justicia penal oficial, como un acto conclusivo de la etapa preparatoria del procedimiento penal común.
- En cualquiera de todos los casos anteriormente mencionados, según sea el caso, debe tomarse el



consentimiento de la víctima, de las autoridades indígenas, o bien, cumplir con las reglas impuestas por el Consejo de Ancianos.

- En el caso de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala, el intérprete o traductor, debe contar con una acreditación que respalde y haga constar el conocimiento del idioma que se le requiere para el auxilio judicial.
- Incorporar la figura del consultor técnico, para el desarrollo de un litigio estratégico con pertinencia cultural.
- En cuanto a la fase del juicio, se sugiere que, en la hoja de remisión del expediente por parte del juez de primera instancia al tribunal de sentencia, se anote la pertinencia cultural que aparece el caso, así también, el idioma del acusado o de la víctima, pues la consignación de ese extremo le anticipa al Tribunal poder pedir con tiempo un intérprete si así lo ameritase el caso.
- Se sugiere que a los intérpretes se les notifique en el debate su participación futura, para evitar reprogramar las sucesivas audiencias por la ausencia de este.
- Evitar que el intérprete dentro del debate oral y público le traduzca simultáneamente a la víctima y al acusado, porque ello puede incidir en los resultados del juicio.
- En el caso de la reparación digna, que no se recurra únicamente a una suma de dinero, sino deben imponerse aquellas que se relacionen con los usos, formas y costumbres, tal y como lo prescribe el Convenio 169 de la OIT.



Referencias consultadas

- Corte de Constitucionalidad. “Discurso pronunciado por el Magistrado Mauro Roderico Chacón Corado al entregar el cargo de Presidente de la Corte de Constitucionalidad”; INFOCC. Año 2, No. 12, Guatemala, 2013.
- Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. Diario Oficial No. 41, Tomo CCXXVI, p. 897– 920. Guatemala, tres de junio de 1985.
- _____. Decreto Legislativo No. 51-92 Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala. Diario Oficial No.705, Tomo CCXLV, p. 31. Guatemala, catorce de diciembre de 1992.
- Instituto de la Defensa Pública Penal. *Técnicas de Oratoria Forense y Estrategias de Defensa*. Guatemala, junio 2005.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional*. Guatemala. San José, IIDH, 2015,
- Mayén, Guisela. *Peritaje cultural*. Serie: Cuaderno Estado y Derecho. Fundación Konrad Adenauer. Serviprensa S.A., diciembre 2014.
- Merry, Sally Engle; John Griffiths, Brian Z. Tamanaha. *Pluralismo jurídico*. Estudio preliminar, Libardo Ariza Higuera, Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, página 90. Consulta de fecha 16 de agosto del 2016, disponible en:<https://semirariodemetodologiadelainvestigacion.files.wordpress.com/2013/04/pluralismo-jurc3addico-sally-englemerry.pdf>
- Martínez, Juan Carlos *et. al. Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico. Manual para Operadores de Justicia*. PRUJULA: Grupo por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica y Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica 1ª. impresión. Coord. México, 2010.
- Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Núm. 169). Septiembre, 1991; documento publicado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169, disponible a diciembre de 2016.
- Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial. *Compilación*



de sentencias judiciales emitidas con pertinencia cultural. Organismo Judicial, Guatemala, 2014.

- Vargas Rojas, Omar y Mayra Campos Zúñiga. *La prueba en el proceso penal, su interpretación en la jurisprudencia*. Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, abril 2010.
- Villalta, Ludwin. *Teoría de la prueba penal*. Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de la Escuela de Posgrado, Universidad de San Carlos de Guatemala. 2013.



Anexo

Lista de participantes en los talleres de recopilación, análisis y validación de información

Talleres en ciudad de Guatemala

Fecha: 26 de julio y 24 de agosto de 2016

Lugar: Hotel Hilton Garden Inn

Jueces y magistrados

- Alba Delia Moscoso Linares
- Edgar Manfredo Roca Canet
- Mynor Mauricio Moto Morataya
- Silvia Violeta de León Santos

Fiscales del Ministerio Público

- Carlos García
- Elena Sut Ren
- Gerardo Hernández
- Joel Francisco Jiménez
- Juan Luis Polanco Santizo
- Karen Serech
- Luis Archila
- Pedro Barán
- Rodrigo García

Abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal

- Edgar Meléndez
- Edgardo Enríquez
- Laura Obregón
- Lesbia Sis
- María Dilma Micheo
- Manuel Palma
- Samuel Villalta Aguilar

Autoridades indígenas

- Angel Amado Simón
- Carlos Ajcet Mes
- Cristobal Cojtí G.
- Diego Cotiy Max
- Rómulo Luc Gabriel

Letrados de la Vocalía VI de la Corte Suprema de Justicia

- Gabriela Villatoro

Personal del Organismo Judicial

- Angel Castillo
- Arcely Aguirre
- Audelino Sajvín
- Diana Muralles
- Jorge Alvarez
- Kenia Rodríguez
- Lourfes Apxuac
- Mabel Reyes
- Maribel Oliva
- Pablo Tot Pop
- Rudy Padilla
- Verónica Josefina Quiej Xiloj
- Vilma Azucena Cúmez Ichaj

Talleres en ciudad de Quetzaltenango

Fecha: 28 de julio y 30 de agosto de 2016

Lugar: Restaurante Tertulianos

Jueces y magistrados

- **Huehuetenango**
 - Flor de María García Villatoro
 - Jorge Cano Villatoro

- **Quetzaltenango**
 - Felix Magdiel Sontay Chávez
 - Miguel Canastuj Gutiérrez
- **Totonicapán**
 - Miguel Angel Noriega Sánchez
 - Jorge Nufio Vicente
- **San Marcos**
 - Cecilia Isabel Paiz Godinez
- **Sololá**
 - Oscar Chavajay Dionisio
 - Reyes Eleazar Ochoa Solis

Fiscales del Ministerio Público

- Delia Morales
- Elka Sheily Recinos
- Gladimiro Hernández
- Jordán Tello
- Jorge A. Molina
- Marlyn Cumatz
- Marvin Fernando López Reyes
- Norma Coyoy
- Walter Velásquez

Abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal

- Claudia María Cardona Gutiérrez
- Humberto Hidalgo
- Miriam Roquel
- Ruth del Aguila

Autoridad indígena

- Ruperto Marroquín

Abogado litigante

- Pedro Antonio Pérez López

Personal del Organismo Judicial

- Angela Huitz
- Audelino Sajvín
- Blanca González

- César Monroy
- Claudia García
- David Edilberto Pérez
- Diana Muralles
- Maribel Oliva
- Osberto Ramírez Sequén
- Sergio Salvador Morales
- Teófilo Isafías Diaz Vicente
- Verónica Quiej Xiloj
- Blanca González
- Claudia Orozco
- Dora García Ajucún
- Elmer Martínez
- Erlic Castillo
- Michel Pérez
- Ricardo Pérez

Talleres en ciudad de Río Hondo, Zacapa

Fecha: 1 de agosto y 6 de septiembre de 2016

Lugar: Hotel Valle Dorado

Jueces y magistrados

- Fredy Adali López López
- Juan José Regalado Rivas
- Víctor Hugo Salguero Portillo
- Josué David Echeverría Dahan

Fiscales del Ministerio Público

- César Augusto Ramos Medina
- María Eugenia Alva
- Magdalena Jocholá
- Ericka Abril
- Jenifer Ruano
- Flor de María García
- Sara Romero
- Erick Donald Orellana Madrid
- Laura Oliva Ruiz
- Francisco López Orozco

Abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal

- Sahara Paiz
- Beatriz Interiano
- Claudia Cordón
- Vilma Corado Navas

Personal del Organismo Judicial

- Diana Muralles
- Rosenda Delfina Sis Morales

- María Elena Chub Cabnal
- Augusto Tul Rax
- César Monroy
- Verónica Quiej Xiloj
- Abraham Estrada
- Audelino Sajvín Barrreno
- Maribel Oliva
- Ana Cifuentes
- Carlos Ovando





La Fundación Konrad Adenauer es una fundación política alemana que trabaja en beneficio de la democracia representativa, del Estado de Derecho, de la Economía Social de Mercado y de la integración regional. Se proyecta por medio de la formación y asesoría política, elaboración de análisis científicos como propuestas de base para la gestión política y publicaciones sobre temas de interés nacional y regional con las cuales pretende contribuir al debate público sobre temas políticos y sociales.

A través de la serie “Cuadernos Estado y Derecho” la Fundación Konrad Adenauer –Oficina para Guatemala y Honduras– quiere promover la vigencia del principio de Estado de Derecho como garantía efectiva de los derechos humanos en la administración de justicia de Guatemala.

El presente Cuaderno está dirigido especialmente a jueces y magistrados con el propósito de contribuir a la comprensión y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, en particular el derecho al acceso a la justicia con pertinencia cultural.

ISBN: 978-9929-738-30-0



9 789929 738300