

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Acuérdase vetar el Decreto Número 43-2010 del Congreso de la República, REFORMAS AL CÓDIGO PENAL, DECRETO NÚMERO 17-73 Y CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO NÚMERO 51-92, AMBOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

ACUERDO GUBERNATIVO NÚMERO 335-2010

Guatemala, 15 de noviembre del 2010

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que el Honorable Congreso de la República, remitió al Organismo Ejecutivo para su sanción promulgación y publicación el Decreto Número 43-2010, **REFORMAS AL CÓDIGO PENAL, DECRETO NÚMERO 17-73 Y CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO NÚMERO 51-92, AMBOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.**

CONSIDERANDO:

Que el contenido del Decreto Número 43-2010, viola los principios constitucionales establecidos en los artículos 2, 4, 12, 44, 153, 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que es conveniente el veto del mismo.

POR TANTO:

En ejercicio de las funciones que le confieren las literales e) y h) del artículo 183 y con fundamento en el artículo 178, ambos de la Constitución Política de la República de Guatemala.

EN CONSEJO DE MINISTROS

ACUERDA

Artículo 1. VETO. Vetar el Decreto Número 43-2010 del Congreso de la República, **REFORMAS AL CÓDIGO PENAL, DECRETO NÚMERO 17-73 Y CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO NÚMERO 51-92, AMBOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.**

Artículo 2. OBSERVACIONES QUE FUNDAMENTAN EL VETO. Como observaciones pertinentes, que fundamentan el veto al Decreto número 43-2010 del Congreso de la República, **REFORMAS AL CÓDIGO PENAL, DECRETO NÚMERO 17-73 Y CÓDIGO PROCESAL PENAL. DECRETO NÚMERO 51-92, AMBOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA,** se estiman las siguientes:

Ahora bien, al examinar el contenido del articulado de reformas del Decreto 43-2010 del Congreso de la República, se hacen las siguientes observaciones jurídicas:

- a) El artículo 1 que reformó por adición el artículo 27 del **CÓDIGO PENAL, DECRETO NÚMERO 17-73 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA** que literalmente dice:

"Aprovechamiento de la condición de turista. Ejecutar el hecho delictivo, en contra de, ya sea, su integridad física, y/o bienes, y/o documentos, y/o patrimonio, indistintamente, de cualquier persona en su condición de turista extranjero. El delincuente será sancionado con el triple de la pena máxima de cada delito que haya cometido."

COMENTARIO:

La exposición de motivos de la iniciativa de ley, específicamente hablando de la reforma por adición al artículo 27 del Código Penal, contempló en sus justificaciones que con base en las medidas recomendadas para la seguridad en turismo, aprobadas por resolución A/RES/284(IX) de la Asamblea General de la Organización Mundial del Turismo en su novena reunión, realizada en Buenos Aires, Argentina en el año 1991, se sometían cuatro reformas en cuanto a dicho tópico. Sin embargo no se tomó en cuenta que el campo de aplicación de las referidas recomendaciones, establecen que ninguna disposición de las medidas recomendadas se interpretará de manera que limite o contravenga la legislación nacional o los convenios internacionales relativos a los derechos, privilegios y deberes de los extranjeros, a la prevención del delito y al trato de los delincuentes, incluidos los turistas acusados de algún delito o encarcelados en países extranjeros.

Por lo anterior, ***el texto de reforma contraría los artículos 2, 4, 12, 44, 153 y 175 de la Constitución Política de la República, que contempla entre otros los principios del debido proceso y el principio de igualdad, al plasmarse constitucionalmente que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.*** El hombre o la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tiene iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad.

La Corte de Constitucionalidad en fallos reiterados, se ha pronunciando que "...el respeto al principio jurídico del debido proceso, que es un derecho que asiste, en igual proporción, a todas las partes que concurren a juicio y es lo que les permite ejercer su actividad con oportunidades equivalentes cada una en su ámbito de actuación..." Gaceta No. 59, expedientes acumulados Nos. 491-00 y 525-00, página No. 106, sentencia: 16-06-00.

En otro orden, se reconoce la igualdad humana como principio fundamental, que abarca dos aspectos: ***Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del Derecho.*** En el presente caso se pretende con la reforma ya citada, hacer diferencia entre un extranjero y una persona nacional, lo que, conllevaría violaciones a los derechos humanos de uno y en

desigualdad plena, así como fomentar el racismo entre las partes dentro de una litis **y también violación al derecho de defensa al sancionar el hecho antijurídico con el triple de la pena máxima de cada delito que se haya cometido.**

No puede existir exclusividad al aplicar una norma contra las acciones cometidas contra extranjeros, porque sería una aberración jurídica, al hacer una diferenciación, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica y el principio de igualdad impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; y, únicamente las situaciones distintas pueden ser tratadas desigualmente, conforme sus diferencias, **supuesto que no se da en el presente caso.**

El tratadista mexicano, Eduardo Pallares, al referirse al principio de igualdad, precisa que las partes deben tener en el proceso el mismo trato, dándoles las mismas oportunidades para ejercitar sus derechos y defensas (artículo 12 constitucional), **lo que se traduce en igualdad de las personas ante la ley, pero con la inevitable desigualdad que produce la condición de agraviado y sindicado.** Al incrementarse la pena por cualquier delito cometido contra un extranjero, se está violando el principio limitativo de la **reformatio in peius** (artículo 44 constitucional).

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, del autor Manuel Ossorio se expone que: "La ley no establece distinciones individuales respecto de aquellas personas de similares características, ya que a todas ellas se les reconoce los mismos derechos y las mismas responsabilidades.", siendo una garantía procesal por excelencia, contenida en el artículo 4 constitucional, complementándose con el principio de bilateralidad, que se traduce en igualdad de oportunidades para intervenir en los actos procesales. También se viola el principio de extraterritorialidad de la ley (artículo 5 del Código Penal), en virtud que los supuestos sobre esa materia, no figura ninguno para fundamentar el privilegio que se le está otorgando al extranjero en su calidad de turista y como premisa las leyes procesales de tipo penal son territoriales y el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en territorio nacional (artículo 153 constitucional) y ninguna norma podrá contrariar la Constitución Política de la República de Guatemala (artículo 175).

- b) El artículo 2 que reformó por adición el artículo 264 del **CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO NÚMERO 51-92, DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA** en su parte conducente preceptúa lo siguiente:

"...Quedan excluidos de cualquier medida sustitutiva, los delitos de cualquier naturaleza que fuesen cometidos en contra de cualquier persona en su condición de turista extranjero, cuando se haya lesionado, ya sea su integridad física, y/o bienes, y/o documentos, y/o patrimonio, indistintamente."

COMENTARIO:

El artículo citado, contraría los artículos **2, 4, 12, 44, 153 y 175 de la Constitución Política de la República; y, 3, 5, 21 y 264 del Código Procesal Penal**, que establecen los deberes del Estado, libertad e igualdad, derecho de defensa y derechos inherentes a la persona humana, imperatividad del proceso penal, igualdad en el proceso y sustitución de medidas.

Como premisa mayor debe reiterarse que el hombre o la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tiene iguales oportunidades y responsabilidades; de ahí, que el respeto al principio jurídico del debido proceso, asiste en igual proporción, a todas las partes que concurren a juicio y es lo que les permite ejercer su actividad con oportunidades equivalentes cada una en su ámbito de actuación, ***por lo que excluir cualquier delito cometido contra un extranjero, del beneficio de una medida sustitutiva (cuando la ley ordinaria es clara al clasificar cuales gozan de dicho beneficio), viola el principio de igualdad, en plena contradicción de la norma ordinaria con la constitucional***, puesto que no se puede variar la forma del proceso, ni la de sus diligencias o incidencias y quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la constitución y las leyes establecen, sin discriminación.

El primer párrafo del artículo 264 del Código Procesal Penal, dice: ***"Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de la medidas siguientes:...arresto domiciliario... vigilancia de una persona... presentarse periódicamente ante el tribunal... prohibición de salir sin autorización... prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares... prohibición de comunicarse con personas determinadas... prestación de una caución económica adecuada..."***. Siendo los delitos excluidos del beneficio de medida sustitutiva, los indicados en los párrafos cuarto y quinto del artículo 264 del Código Procesal Penal.

Razón por la cual, pretender adicionar un párrafo que limite el beneficio de una medida sustitutiva cuando esta proceda, por ser cometidos contra extranjeros, tergiversa la norma ordinaria (lo que favorezca al reo) y en plena violación de la Constitución Política de la República. Por otra parte, el legislador no contempló, el caso y tipo de sanción contra el extranjero que cometa delito a un ciudadano guatemalteco. En razón de la superlegalidad de la Constitución, se reconoce la igualdad humana como principio fundamental; y, lo contrario generarla violaciones a los derechos inherentes al ser humano y en desigualdad plena.

En integración con los comentarios de la literal a), también se viola el principio de extraterritorialidad de la ley (artículo 5 del Código Penal), en virtud que los supuestos sobre esa materia, no figura ninguno para fundamentar el privilegio que se le está otorgando al extranjero en su calidad de turista y como premisa las leyes procesales de tipo penal son territoriales y el imperio de la ley se extiende a todas las personas (fue se encuentren en territorio nacional (artículo 153 constitucional) y ninguna norma podrá contrariar la Constitución Política de la República de Guatemala (artículo 175).

Asimismo, el Decreto en cuestión al regular que todos los delitos cometidos contra extranjeros, serán excluidos de una medida sustitutiva (siendo procedente en ciertos delitos), se obvió por parte del legislador clasificar y definir con claridad y precisión, la conducta atípica para arribar a tal reforma, lo que generaría violar el principio de legalidad y tipicidad de la ley penal. De esa cuenta, no pueden variar los beneficios contenidos en la ley ordinaria en contra del principio de igualdad.

- c) El artículo 3 que reformó por adición el artículo 317 del **CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO NÚMERO 51-92, DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA** en su parte conducente preceptúa;

"...En los casos en que los delitos hubiesen sido cometidos en contra de turistas extranjeros... el Ministerio Público podrá requerir a cualquier juez que se reciba la declaración de la víctima como anticipo de prueba, por su condición de turista en tránsito en el país."

COMENTARIOS:

Este artículo, indica que el Ministerio Público podrá requerir a cualquier juez que se reciba la declaración de la víctima como anticipo de prueba, por su condición de turista, contrariando así. nuevamente los artículos **4, 12, 153 y 175 de la Constitución Política de la República**; y, 3, 5 y 21 del Código Procesal Penal, que establecen la libertad e igualdad, derecho de defensa, imperatividad del proceso penal e igualdad en el proceso.

En este caso es de advertir qué, **conforme el contenido del artículo 203 constitucional, corresponde con exclusividad al Organismo Judicial y demás tribunales de justicia, ejercer jurisdicción conforme a las limitaciones de sus competencias y en cumplimiento de la libertad funcional del Organismo Judicial; la Corte Suprema de Justicia en plenaria es la única que puede designar las competencias de los tribunales de justicia**; y, pretender que cualquier juez conozca de un petitorio como anticipo de prueba, por la calidad de extranjero de la víctima, conllevaría que los litigantes impugnarán dichas diligencias por falta de competencia de la autoridad requerida, cuando el caso debe ser conocido por autoridad competente.

No se pueden variar las formas del proceso penal, tal como lo establece el artículo 3 del Código Procesal Penal y deberá dilucidarse la situación de la víctima extranjera como cualquier nacional, y en cumplimiento del principio de igualdad procesal contenido en el artículo 21 del referido Código; ya que, el respeto al principio jurídico del debido proceso, asiste en igual proporción, a todas las partes que concurren a juicio y es lo que les permite ejercer su actividad con oportunidades equivalentes cada una en su ámbito de actuación, **y de esa cuenta tampoco puede excluirse a la víctima cuando sea nacional**. Aceptar dicha reforma por adición, entraría en conflicto con el contenido total del artículo 317 en cuestión, puesto que el juzgador estaría sometido a varios supuestos en desigualdad con todo habitante guatemalteco.

Por lo que, al igual que la reforma anterior, se vuelve a violar el principio de extraterritorialidad de la ley (artículo 5 del Código Penal), en virtud que los supuestos sobre esa materia, no figura ninguno para fundamentar el privilegio que se le está otorgando al extranjero en su calidad de turista y como premisa las leyes procesales de tipo penal son territoriales y el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en territorio nacional (artículo 153 constitucional) y ninguna norma podrá contrariar la Constitución Política de la República de Guatemala (artículo 175).

- d) El artículo 4 que reformó por adición el artículo 354 del **CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO NÚMERO 51-92, DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA** en su parte conducente preceptúa:

"Cuando la víctima fuese turista extranjero, bastará que nombre mandatario para que se le tenga coma parte en el debate."

COMENTARIO:

Este artículo, contraría los artículos **4 y 12 de la Constitución Política de la República**; y, 3 y 21 del Código Procesal Penal, que establecen la libertad e igualdad, derecho de defensa, imperatividad del proceso penal e igualdad en el proceso.

Dicha reforma entraría en conflicto con las partes en juicio, si se aplica dicha propuesta a un extranjero, ***debe otorgársele igual derecho a un nacional, porque no tiene razón de ser darle prerrogativas a una persona extranjera solo por ser turista***, y el legislador al emitir Decretos de reformas a leyes del sector justicia, debe velar principalmente por los derechos de los habitantes de la República de Guatemala; y, no generar reformas en desigualdad cultural.

En todo proceso y en la fase de juicio, debe respetarse las garantías constitucionales puestas al servicio de la sociedad, siendo además un límite el poder coactivo del Estado, al que obliga a preservar en todo momento un juicio justo, tales como:

- a) Derecho de igualdad de las partes;
- b) Derecho a un Juez natural y prohibición de tribunales especiales;
- c) Improcedencia de la persecución penal múltiple
- d) La independencia judicial funcional; y,
- e) La garantía de legalidad

Es evidente la contraposición de esta norma con el artículo 21 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República y sus reformas, el que indica el procedimiento común a todo proceso penal (***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***) y estimar implementar otro procedimiento alternativo, para favorecer a un extranjero en su calidad de turista variaría las formas del proceso y consecuentemente los plazos ya preestablecidos, dándose una supletoriedad de normas y procedimientos.

Y, se viola el principio de extraterritorialidad de la ley (artículo 5 del Código Penal), en virtud que los supuestos sobre esa materia, no figura ninguno para fundamentar el privilegio que se le está otorgando al extranjero en su calidad de turista y como premisa las leyes procesales de tipo penal son territoriales y el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en territorio nacional (artículo 153 constitucional) y ninguna norma podrá contrariar la Constitución Política de la República de Guatemala (artículo 175).

Como conclusión final del texto normativo del Decreto Número 43-2010, **REFORMAS AL CÓDIGO PENAL, DECRETO NÚMERO 17-73 Y CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO NÚMERO 51-92, AMBOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, se puede apreciar que la factibilidad y la evaluación de la ley es incongruente con su contenido; y, la positivación del derecho, es decir, su expresión normativa en forma escrita, no favorece la certeza jurídica de cada artículo, para poder justificar la exigencia posterior de su obediencia.

Por lo que, el texto del Decreto bajo análisis, denota contradicciones o antinomias, puesto que sus normas no guardan armonía entre sí, es decir existe una inconsistencia con preceptos y principios constitucionales.

No obstante lo anterior, la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto Número 63-04 del Congreso de la República, establece:

"Artículo 109. Forma de las iniciativas de ley. Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, incluyendo una cuidadosa y completa exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifique la iniciativa."

De la exégesis, de tal precepto se denota que al haberse aprobado de urgencia nacional el referido Decreto, no se tomo en cuenta que previo a su aprobación debían justificar documentalente dicha ley con los estudios técnicos y jurídicos del sector justicia, para su viabilidad.

Artículo 3. DEVOLUCIÓN. Devolver al Congreso de la República, el Decreto vetado, identificado con el número 43-2010 del Congreso de la República, emitido el 12 de octubre de 2010, que contiene **REFORMAS AL CÓDIGO PENAL, DECRETO NÚMERO 17-73 Y CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO NÚMERO 51-92, AMBOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.**

COMUNÍQUESE

ALVARO COLOM CABALLEROS

Rafael Espada
Vicepresidente de la República

Abraham Valenzuela González
Ministro de la Defensa Nacional

Haroldo Rodas Melgar
Ministro de Relaciones Exteriores

Carlos Noel Menocal Chávez
Ministro de Gobernación

Ludwin Werner Ovalle Cabrera
Ministro de Salud Pública y
Asistencia Social

Raúl Trejo Esquivel
Viceministro de Integración y
Comercio Exterior del Ministerio
de Economía

Encargado del Despacho

Mario Roberto Illescas Aguirre
Ministro de Trabajo y
Previsión Social

Dennis Alonzo Mazariegos
Ministro de Educación

Guillermo Andrés Castillo Ruiz
Ministro de Comunicaciones,
Infraestructura y Vivienda

Juan Alfonso de León García
Ministro de Agricultura,
Ganadería y Alimentación

Romeo Augusto Rodríguez Menéndez
Ministro de Energía y Minas

Héctor Leonel Escobedo Ayala
Ministro de Cultura y Deportes

Luis Armando Zurita Tablada
Viceministro de Ambiente
Encargado del Despacho

Alfredo Rolando Del Cid Pinillos
Ministro de Finanzas Públicas

Lic. Carlos Larios Ochaita
SECRETARIO GENERAL
DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA