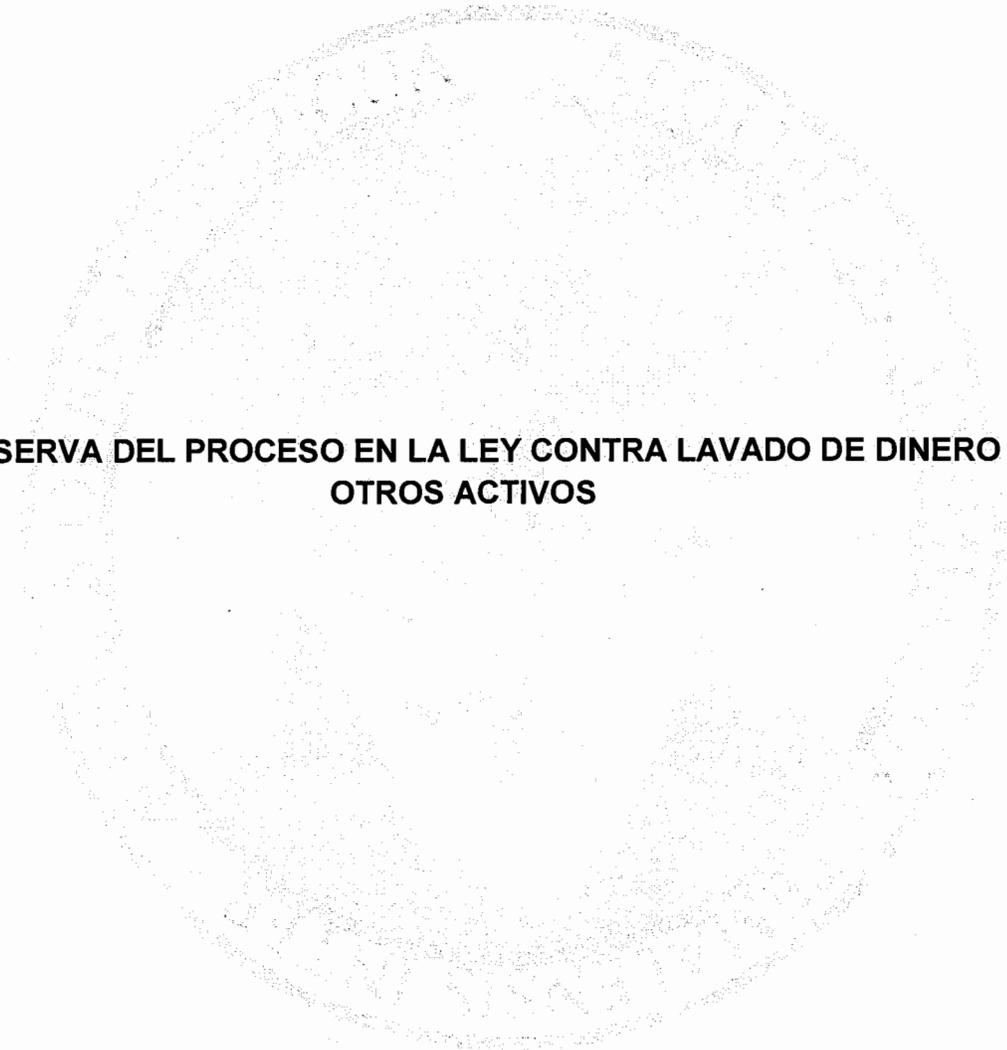


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA RESERVA DEL PROCESO EN LA LEY CONTRA LAVADO DE DINERO U
OTROS ACTIVOS**

RUDY MANOLO HERRERA LEMUS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2013

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

**LA RESERVA DEL PROCESO EN LA LEY CONTRA LAVADO DE DINERO U
OTROS ACTIVOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RUDY MANOLO HERRERA LEMUS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2013

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

DECANO: M.A. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Urbina Mejía
Secretario: Lic. Moisés Ulfrán De León Estrada
Vocal: Lic. Rodolfo Giovanni Silvestre Reyes

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
Secretaria: Licda. María Celsa Menchú Ulín de López
Vocal: Lic. José Dolores Bor Sequén

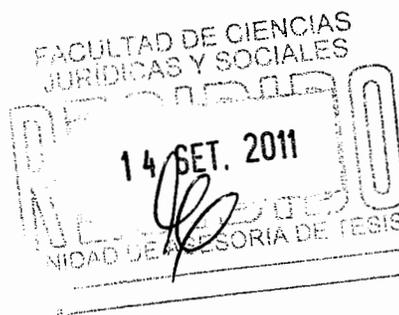
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LIC. ARTEMIO RODULFO TÁNCHEZ MÉRIDA
21ª calle 7-70 zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel. 22487063

Guatemala, 25 de julio de 2011

Licenciado
Carlos Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Unidad, el día veintiuno de julio del año dos mil diez, en el que se dispone nombrarme Asesor del trabajo de tesis del estudiante *RUDY MANOLO HERRERA LEMUS*, quien se identifica con el carné 200311431 el cual se intitula **“LA RESERVA DEL PROCESO EN LA LEY CONTRA LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS”**, y para lo cual rindo el siguiente dictamen:

El contenido científico y técnico de la tesis se relaciona con la preocupación que genera al estudiante la vulneración de las garantías del proceso penal, al vedársele el ejercicio de la defensa material y técnica a los sindicatos en procesos de Lavado de Dinero u Otros Activos, por la disposición de reserva de las actuaciones durante el período preparatorio.

La metodología, basada en la utilización de los métodos analítico, sintético, inductivo y deductivo, permitió determinar la vulneración de los derechos del sindicato en el proceso de lavado de dinero, establecer las formas en que se desarrolla esa problemática, señalar las principales incidencias de la misma y aportar soluciones para la supresión de esa anomalía procesal, que es legal, pero no legítima.

La técnica de investigación utilizada, de carácter documental-bibliográfico, considero que se ha manejado pertinentemente, quedando dichos extremos corroborados en la presentación del informe final, lo que aunado a una buena redacción y, la importancia de



LIC. ARTEMIO RODULFO TÁNCHEZ MÉRIDA
21^a calle 7-70 zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel. 22487063

las fuentes bibliográficas consultadas, trae consigo que la presente sea una investigación bien estructurada.

Coincido con la postura manejada en las conclusiones y recomendaciones del trabajo de tesis, en el sentido de que el artículo 10 de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos vulnera el derecho de defensa del sindicado, y que la publicidad deberá ser el contra-instrumento necesario tanto para las partes del conflicto como para terceros no partes, como una garantía del imputado y un derecho de los ciudadanos a controlar las actividades judiciales.

De la revisión practicada, se establece que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en vista de la contribución técnica y científica que se hace a través de la presente tesis en cuanto al estudio de la reserva de las actuaciones en el proceso penal por lavado de dinero u otros activos, la vulneración a los derechos del sindicado y las soluciones a dicho problema.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfechos las exigencias del suscrito asesor, derivadas del examen del trabajo, y por las razones anteriormente expresadas, considero APROBADO el trabajo presentado por el bachiller Herrera Lemus, por lo que debe continuar el trámite correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente,

LIC. ARTEMIO RODULFO TÁNCHEZ MÉRIDA
COLEGIADO 4,566

Artemio Rodolfo Tánchez Mérida
ABOGADO Y NOTARIO



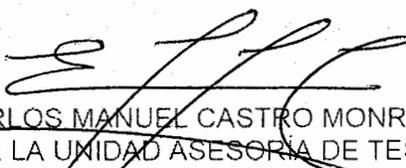
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 19 de septiembre de 2011.

Atentamente, pase a el LICENCIADO EUNICE DEL MILAGRO MENDIZABAL VILLAGRAN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante RUDY MANOLO HERRERA LEMUS, intitulado: "LA RESERVA DEL PROCESO EN LA LEY CONTRA LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh.

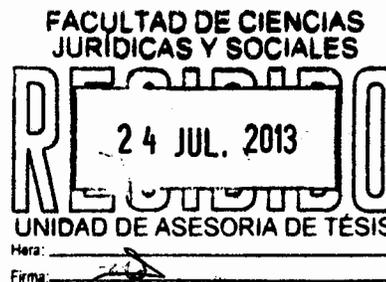




Licda. EUNICE DEL MILAGRO MENDIZÁBAL VILLAGRÁN
15ª avenida 15-16 zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel. 24119191 Ext. 4088

Guatemala, 25 de octubre de 2011

Licenciado
Carlos Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Tengo el agrado de hacer de su conocimiento, que de acuerdo con el nombramiento emitido por esa Unidad, el día diecinueve de septiembre del año dos mil once, en el que se dispone nombrarme Revisor del trabajo de tesis del estudiante *RUDY MANOLO HERRERA LEMUS*, quien se identifica con el carné 200311431 el cual se intitula "LA RESERVA DEL PROCESO EN LA LEY CONTRA LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS", y para lo cual rindo el siguiente dictamen:

1. He de pronunciarme en primer término, respecto del contenido científico y técnico de la tesis, el cual está directamente ligado, a la percepción del estudiante de las garantías constitucionales, como cimiento del proceso penal. En el trabajo, expone la forma en que la garantía del derecho de defensa -fundamental en el ejercicio profesional del Derecho-, se distorsiona con disposiciones contenidas en la normativa específica para el combate de un delito complejo, como el lavado de dinero u otros activos, al disponerse en el texto de la misma, la reserva de las actuaciones al propio procesado.
2. Como todo trabajo de aporte científico, el presentado por el estudiante, reúne además del auxilio de los métodos y técnicas investigativas adecuados (análisis, síntesis, inducción, deducción), formulación de remedios necesarios para la solución de un vicio fundamental, que impide el desarrollo normal del procesal penal. La claridad con que se muestra el trabajo de tesis, y los valiosos aportes bibliográficos de reconocidos autores, con prestigio en la materia, desembocan en un trabajo científico serio, de altura y que muestra la profunda preocupación, respecto de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.
3. Las conclusiones y recomendaciones tienen relación directa con los cuatro capítulos del trabajo de tesis, y son de importancia para determinar la problemática planteada, así como para plantear soluciones a las mismas. Los objetivos se alcanzaron, pues se estableció la forma en que las estipulaciones del artículo 10 de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos y la forma en que vulnera el derecho de defensa del



Licda. EUNICE DEL MILAGRO MENDIZÁBAL VILLAGRÁN
15ª avenida 15-16 zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel. 24119191 Ext. 4088

sindicado, y como en su lugar debe primar el principio de publicidad, como un instrumento necesario para las partes del conflicto como para terceros no partes, como una garantía del imputado y un derecho de los ciudadanos a controlar las actividades judiciales.

4. Se utilizó bibliografía apropiada para el desarrollo de la tesis. La hipótesis que se formuló, se comprobó al determinarse las vulneraciones a garantías procesales del sindicato, contenidas en el artículo 10 de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos.

La tesis cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito DICTAMEN FAVORABLE, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

LICDA. EUNICE DEL MILAGRO MENDIZÁBAL VILLAGRÁN
COLEGIADA 4,073



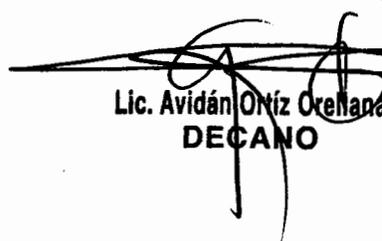
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



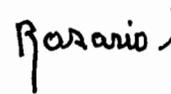
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de octubre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante RUDY MANOLO HERRERA LEMUS, titulado LA RESERVA DEL PROCESO EN LA LEY CONTRA LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.


 Lic. Avidán Ortiz Oreñana
 DECANO




 Rosario





DEDICATORIA

A DIOS: Por darme la oportunidad de culminar este esfuerzo, por ser el centro de mi vida y por darme la fe de que todo lo podemos lograr confiando en él.

A MIS PADRES: Porque este triunfo no solo es mío, es de ellos, por sus consejos, paciencia, por enseñarme que todo sueño se puede cumplir si lo hacemos con humildad y perseverancia, y por hacer ese gran sacrificio, que nunca olvidaré, para culminar mis estudios, gracias sin el apoyo y amor de ustedes, todo esto no sería posible.

A MIS ABUELITOS: Mario Herrera (Q.E.P.D), Amparo Herrera (Q.E.P.D) - aunque nunca te conocí - y en especial a Papa Luis y Mamá Tanchito, por sus consejos, cariño y por ser unos extraordinarios ejemplos de vida: los quiero.

A MIS HERMANOS: Luis Benjamín y Oziel Emir por ser cómplices de este éxito y por su incomparable apoyo y cariño, alicientes básicos para alcanzar mi objetivo.



A MIS TÍOS: Arely, Erwin, Vivi, Rudy, Estuardo, Emir; muy en especial a mis tíos Luis e Iris por sus sabias palabras y consejos que quedaron en mi corazón y en mi mente, gracias, porque a pesar de la distancia, sé que estamos unidos en pensamiento.

A MIS PRIMOS: En especial a Joao, Luis Francisco, Eny, por compartir mi alegría con ustedes.

A MIS AMIGOS: Por compartir conmigo en diferentes etapas de mi vida y por ser partícipes de este momento. En especial a mi gran amigo Juan Francisco Sandoval, por sus consejos, apoyo y porque sin su ayuda, no sería posible culminar este proyecto: de todo corazón muchas gracias.

A SARAÍ: Por su confianza, comprensión y por acompañarme en la última fase de este logro, significó mucho para mí, gracias.

A LOS ABOGADOS: Eunice Mendizábal, Élide Mansilla y Artemio Tánchez. Por compartir su amplia experiencia en el ámbito profesional como personal.



A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, casa de estudios, que por medio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, me ha brindado el conocimiento del verdadero significado del derecho.

A GUATEMALA: A la que dedico este triunfo, con sentido de responsabilidad social, mediante mi compromiso de actuación ética, apegada a la verdad, la razón y la justicia.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Principios del proceso penal.....	1
1.1 Concepto de proceso.....	2
1.2 Concepto de principios.....	4
1.3 Clasificación de los principios.....	5
1.3.1 Garantías constitucionales.....	5
1.3.2 Principios.....	7
CAPÍTULO II	
2. Derecho de defensa, publicidad del proceso y reserva de las actuaciones.....	33
2.1 Derecho de defensa.....	33
2.2 Publicidad del proceso.....	36
2.3 Reserva del proceso.....	38
2.4 Perspectivas de la publicidad del proceso y su significancia para la defensa de la persona.....	38
2.4.1 Nivel ético, político y jurídico constitucional.....	38
2.4.2 Nivel jurídico, legal y social-empírico.....	58
CAPÍTULO III	
3. Lavado de dinero.....	67
3.1 Técnicas de lavado de dinero.....	69
3.2 Los mecanismos del lavado de dinero.....	76



Pág.

3.3 Instrumentos para el lavado de dinero.....	79
------------------------------------------------	----

CAPÍTULO IV

4. Violación al derecho de defensa en el procedimiento de lavado de dinero u otros activos.....	83
4.1 Regulación de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos sobre la reserva de las actuaciones.....	83
4.2 Arbitrariedad del Artículo 10 de la Ley contra Lavado de Dinero u Otros Activos.....	88
4.3 La reserva impide el ejercicio de la defensa material.....	89
4.4 La reserva impide el ejercicio de la defensa técnica.....	90
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99



INTRODUCCIÓN

Este proceso es una herramienta que busca el hombre para resolver conflictos, y en el caso del proceso penal, para demostrar la responsabilidad de un acto delictivo. Está basado en reglas que dirigirán el proceso en todas sus etapas, de tal modo que los derechos de la persona procesada se encuentran asegurados.

Estas reglas provienen de leyes fundamentales, tales como la Constitución, tratados internacionales, entre otros. Los fundamentos de los principios procesales se encuentran en lo concerniente a los derechos fundamentales de las personas, que procura proteger en todo momento el bienestar y seguridad personales.

El motivo de ser de estos principios es el de asegurar el proceso, pero fundamentalmente los derechos del procesado, para que de esta manera se garantice el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, de tal manera que el procesado por un delito no deberá ser "pre juzgado" como delincuente sin previo juicio que denote tal calidad.

Sin embargo, algunas leyes específicas relacionadas con la criminalidad organizada, tienden de cierta forma a limitar el goce de los derechos de los sindicados, por lo que se contraviene el espíritu del proceso penal en un Estado de Derecho.

Es esa la preocupación que motivó el desarrollo de una tesis que desarrollara las implicaciones que tiene la reserva del proceso en la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos, y la forma en que está afecta el pleno desarrollo de los principios inspiradores del proceso penal.



El objetivo fundamental del trabajo de tesis se cumplió, pues se determinó la forma en que se viola el Derecho de Defensa al regular la reserva del proceso en la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos, comprobando la hipótesis, ya que se explica cómo dicha reserva impide el libre ejercicio de la defensa material y la defensa técnica, así como el necesario conocimiento de la imputación por los sindicados en un proceso penal en materia de Lavado de Dinero u Otros Activos.

El desarrollo del trabajo de tesis se lleva a cabo en cuatro capítulos, que permitieron establecer: a) Los principios que rigen el proceso penal; b) Conocer acerca de las implicaciones del derecho de defensa y las limitaciones a la publicidad en el proceso, en cuanto a la reserva de las actuaciones para el sindicado; c) Tener conocimiento acerca del Lavado de Dinero y las formas eficaces de combate; d) El desarrollo de un capítulo en el que se hace referencia a la vulneración de los principios del proceso penal con las disposiciones contenidas en el cuerpo normativo que es objeto de estudio.

La utilización de los métodos inductivo, deductivo, analítico y sintético, así como la aplicación de las técnicas de investigación documental y bibliográfica dotaron de herramientas científicas para la comprobación de la hipótesis.

El cumplimiento del principio de publicidad, para que el procesado tenga acceso en igualdad a las actuaciones del proceso penal, sin reserva alguna, permitirá llevar a la práctica, el valor justicia, horizonte que debe ser destino fundamental del profesional del profesional del Derecho.

CAPÍTULO I

1. Principios del proceso penal

“El origen del proceso se remonta a la voz *“procedere”*, que significa poner en actividad. Antiguamente se le llamaba juicio; hoy en día sólo existen la litis y el proceso, “donde el proceso son las distintas fases o etapas de un acontecimiento, es un conjunto de autos y actuaciones”.¹

Secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión.

Serie ordenada de actos preestablecidos por la ley y cumplidos por el órgano jurisdiccional, que se inician luego de producirse un hecho delictuoso y terminan con una resolución final.

En el proceso penal se denuncia la comisión de un delito, luego se actúan todas las pruebas pertinentes para que el órgano jurisdiccional resuelva la situación jurídica del procesado, archivando el proceso, absolviendo al procesado o condenándolo.

Producido el delito se acude al Estado en demanda de protección y aquella se ejerce por medio de la querrela o de la denuncia. Desde este momento hasta que se pronuncia sentencia se desarrolla una serie de actos de procedimientos una serie de actos de procedimientos esencialísimos, que nos lleva al esclarecimiento de la verdad. A este conjunto de actos se le denomina proceso.

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Pág. 85

“El proceso penal tiene un objetivo que cumplir, que es una inculpación concreta y el objeto es el interés público que consiste en reparar el daño ocasionado en forma rápida y efectiva”.²

El proceso es el medio por el cual las personas haciendo uso del derecho de acción recurren al órgano jurisdiccional para que el estado prevea mediante una serie de etapas la veracidad o negación de lo que la persona indica debe de ser concediéndole su pretensión o bien negándosela.

Por lo tanto, el proceso es un instrumento que usa el órgano jurisdiccional para comprobar quien posee la razón y determinar lo que se le debe dar a cada quien.

1.1 Concepto de proceso

Al acudir al órgano jurisdiccional nos sometemos a la decisión de un tercero, por lo que se pretende que esta decisión sea imparcial, razonable y eficaz; es por ello que en la Constitución Política de la República de Guatemala, se han incorporado, en sí, las bases o reglas a seguir para llevar a cabo dicho proceso, de acuerdo a ley y respetando los derechos de las partes sometidas por el proceso.

A estas bases o normas que regulan el proceso se les denomina principios que sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además, poner de manifiesto el sistema procesal que el legislador ha optado. Es indispensable que el Juez advierta que los principios son pautas orientadas de su decisión, en tanto

²Maier, Julio. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Pág. 124.



esto lo someta al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo del uso.

Así, como el derecho procesal civil, administrativo entre otros, poseen principios que regirán el proceso, existen también principios que regularan el proceso penal, que no será encargado sólo de amparar los derechos del reo, sino que también tendrán alcance a la parte civil, considerando que existen normas de carácter constitucional que amparan a ambas partes y que exigen el cumplimiento de los principios establecidos no sólo dentro de una etapa del proceso, sino que también deberán cumplirse durante el desarrollo de todo el proceso, hasta su etapa final (la sentencia definitiva).

Se podría reconocer que los principios tienen carácter jerárquico en el proceso, normas que deberán acatar los encargados de dirigir el proceso.

El profesor Alsina, sostiene que “el proceso se desarrolla de acuerdo a determinados principios o normas que los regula, y que no se puede llevar a cabo de acuerdo con el capricho”.³

Si bien estos principios han sido recogidos en muchas legislaciones, no podemos pretender una unidad de principios a nivel mundial por los aspectos socio- político y cultural, que posee cada Estado, por lo que iniciamos con nuestra legislación, la que como la mayoría de las latinoamericanas, inició una serie de reformas a la

³Catacora Gonzáles, Manuel. **Manual de derecho procesal penal**. Pág. 32



estructura del proceso penal, en la década de los noventa, motivada principalmente por el fin de las dictaduras militares.

En expresión acertada el Dr. Pablo Talavera Elguera “el nuevo modelo procesal implica una configuración del proceso penal según la Constitución.”⁴

Ello significa que en el Código Procesal Penal están plasmados los principios básicos del debido proceso que armoniza los dispositivos constitucionales de necesidad del proceso penal con las garantías generales y específicas de protección de la persona, buscando rodear al proceso de los elementos de equidad y justicia que sustenten su legitimidad.

Los principales axiomas a considerar para evaluar la existencia del debido proceso son los siguientes: no hay culpa sin juicio, no hay juicio sin acusación, es nula la acusación sin prueba y es nula la prueba sin defensa.

1.2 Concepto de principios

Surgen de la jurisdicción, en tanto que el Artículo 203 de la Constitución concede o delega a los jueces la potestad de administrar justicia.

Significa que función jurisdiccional solo puede ejercerla el estado por conducto de los órganos establecidos a tal efecto.

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

⁴ Talavera Elguera, Pablo. *El nuevo código procesal penal*. Pág. 56.

conciencia y los árbitros que integran el tribunal. Regulan las formalidades y actuación procesal.

1.3 Clasificación de los principios

1.3.1 Garantías constitucionales

“Son garantías genéricas aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta, expresa Montero Aroca, “cuando pueden ampararse en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución”.⁵

- a. Debido Proceso.
- b. El Derecho a La Tutela Jurisdiccional.
- c. El Derecho a La Presunción De Inocencia.
- d. Derecho de Defensa.

Tiene su expresión primera en el Artículo 10° de la Declaración Universal cuando estipula: "ser oída públicamente y con justicia" y que resulta más explícito en el inciso 1 del Artículo 14 del Pacto Internacional que señala: "ser oída públicamente y con las debidas garantías", expresión que se reproduce en el Artículo 8.1 de la Convención Americana.

⁵Montero Aroca, Juan.; Manuel Ortells Ramos; Juan Luis Gómez Colomer; Alberto Montón Redondo. **Derecho jurisdiccional. T.III (Proceso penal)** J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1991.



La Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada en 1985, Artículo 12 reconoce como un principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso.

Podría afirmarse que el segundo párrafo de la disposición constitucional que acabamos de mencionar, involucra al principio del juez natural. El principio o derecho al juez natural pretende que una persona sólo puede ser juzgada por un juez establecido de antemano. Las leyes orgánicas señalan los requisitos y forma de los nombramientos judiciales, para conocer, no determinado hecho, sino para todos los casos que se produzcan en el futuro.

La mención de este principio podría parecer redundante, porque todos los principios que se han tratado y los que se van a seguir examinando conforman el debido proceso, pero vale la oportunidad para recordar que el proceso se integra por etapas en las cuales los actos apuntan a un objetivo congruente a cada una de ellas y debidamente regulados por la ley.

Así cada parte o sujeto tiene deberes y derechos, de acuerdo al rol que le corresponde en el proceso, el cual no puede desenvolverse arbitrariamente. El debido proceso se puede desenvolver arbitrariamente. El debido proceso se desarrolla cumpliendo exactamente la norma que para cada situación se ha previsto y asegurar las condiciones para que la justicia penal se administre como corresponde, evitando que la autoridad afecte los derechos fundamentales de la persona.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 12, asegura como principio el de no ser penado sin proceso judicial, el cual, necesariamente



debe llevarse a cabo con respeto a las demás garantías que contiene dicha norma.

El debido proceso no es un principio aparte, sino el acatamiento a todos los demás principios y preceptos que constituyen la base del proceso penal que se pretende aplicar.

Es el proceso penal formal seguido contra una persona bajo el amparo de las garantías que establece tanto la constitución como las leyes vigentes, dentro de un plazo preestablecido, con todas las formalidades y solemnidades señaladas por las Leyes procesales, reconociendo al imputado su condición humana y sus derechos inherentes.

Es el conjunto de disposiciones materiales de la aplicación de la justicia integradas en garantía fundamentales, sistematizadas para la adecuada prestación o impartición de justicia exigida por la constitución y cuya finalidad es permitir a los justiciables la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a un Proceso Penal justo, equitativo, veraz, imparcial y definitivo.

1.3.2 Principios

- **Debido proceso**

El Artículo 12 de la ley fundamental también incorpora esta garantía en el conjunto de las reglas genéricas de protección del ciudadano en el curso de un proceso judicial. Se trata de un derecho autónomo en el que se integran diversas manifestaciones y que engloba, al decir de Asencio Mellado, los siguientes:

a. "Derecho al proceso.

- b. Derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.
- c. Derecho a los recursos legalmente previstos.
- d. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales”⁶

Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

- **Legalidad**

Constituye el marco dentro del cual debe desenvolverse el proceso penal, empero es necesario una descripción taxativa de los pasos a seguir por el Juez, no invalidando su facultad discrecional, es decir que la sustentación del proceso debe realizarse observando la legislación procesal.

El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley.

El principio de legalidad penal se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Ciertamente opera, en primer lugar, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto

⁶ Ibid. Pág. 40.



una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador, y no al juez.

El principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

- **Presunción de inocencia**

El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, configura a la presunción o, mejor dicho, estado de inocencia, como un derecho fundamental. Dice la ley superior: "Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada". Esta norma crea a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima.

Como presunción *iuris tantum* que es, el principio analizado requiere de una actividad probatoria dirigida expresamente a acreditar que la persona procesada es responsable del delito que se le imputa, vale decir que se precisa de pruebas que demuestren contundentemente tanto la materialización del hecho punible, como la intervención del procesado, ya sea como autor o partícipe.

Esta labor denominada carga de la prueba corresponde exclusivamente al Ministerio Público, y adicionalmente al agraviado constituido como parte civil en el proceso judicial. La presunción de culpabilidad que hemos apreciado en la resolución referida líneas arriba, obviamente no tiene ninguna cabida en un Estado de Derecho como Guatemala, lo que sucede es que comúnmente algunos de nuestros operadores penales actúan bajo una premisa que parece indicar que toda persona de inicio es culpable y por lo tanto debe demostrar su inocencia; mientras ello, toda las medidas coercitivas y la propia imputación en si quedarán firmes.

Este un error de conceptos hasta cierto punto común en nuestro medio y además, hay que reconocerlo, constituye una forma de concebir al Derecho Penal en nuestro país.

La mal llamada presunción de culpabilidad que se emplea en la resolución analizada no es otra cosa que la probabilidad, entendida como grado de conocimiento suficiente para abrir proceso contra una persona determinada. Sin embargo, la probabilidad determina una coyuntura variable a lo largo del proceso que bien puede acabar convirtiéndose al momento de emitir sentencia - en una certeza (positiva o negativa como lo veremos luego) o incluso mantenerse como tal. No se trata pues de un estado rígido que conduce necesariamente a pensar que el procesado es siempre culpable, toda vez que propiamente determina un estado inicial que, sobre la base de elementos probatorios suficientes, que probablemente una persona ha cometido un delito y en tal orden constituye un

requisito ineludible de todo debido proceso el reforzar ese estado inicial para luego poder condenar a una persona, de ser el caso.

Contrariamente e hipotéticamente hablando claro está, tal estado inicial podrá verse debilitado con las pruebas actuadas durante la secuela del juicio coyuntura que culminará de manera favorable al imputado al modificar su situación jurídica. En línea con lo expuesto, el tratadista argentino Julio Maier. Sostiene que: “la probabilidad puede sustentar decisiones intermedias como el caso de la detención preventiva pero de ninguna forma podría sustentar una condena, ya que conforme desarrollaré en lo sucesivo, únicamente la certeza positiva es la que nos llevará a imponer la sanción penal. Ergo, si la probabilidad se mantiene inmutable en todo el proceso penal, el único camino que el órgano jurisdiccional podrá tomar será el de la absolución”.⁷

Todo lo anotado anteriormente nos conduce a una primera conclusión la probabilidad no determina la destrucción, ni el debilitamiento de la presunción de inocencia de manera que no puede entenderse incorrectamente como una presunción de culpabilidad; más correctamente puede sostenerse que constituye una permisión legal para que ante una imputación seria se someta a una persona a juicio y en ese contexto se pruebe fehacientemente que es autor o participe de un evento delictivo, pero siempre bajo el entendido que se parte de una condición favorable sobre su inocencia.

⁷Maier, Julio. *Ob. Cit.* Pág. 99.

En este orden de ideas, la base que sustenta a la presunción de inocencia como garantía de todo juicio en Estado de Derecho, determinará que la actividad probatoria tenga un desarrollo evolutivo para condenar a una persona, por lo que como ya lo subrayé anteriormente el hecho de no encontrar elementos que confirmen la probabilidad derivará en la absolución del imputado al no haberse destruido esta presunción.

Al concepto antes esbozado, es conveniente denominar insuficiencia probatoria, demostración por excelencia de la plenitud de la garantía que estamos analizando. Aunque no de una manera evidente, muchas veces la insuficiencia probatoria es confundida con la duda razonable. En mi concepto la insuficiencia probatoria determina una inactividad dentro del proceso que indica que la averiguación de la verdad ha sido una tarea no culminada, pero que como resulta lógico, no puede extenderse más allá del plazo razonable del proceso. Dicho en otros términos, la insuficiencia probatoria denota que las actuaciones desarrolladas a lo largo del proceso no han podido por su ausencia o timidez confirmar ni contradecir el grado de probabilidad inicial, lo que no necesariamente es similar a la del estado de la duda razonable.

- **Igualdad procesal**

Esta garantía deriva de la Constitución Política de la República de Guatemala, condiciona estructuralmente el proceso, conjuntamente con el principio de contradicción. Una contradicción efectiva en el proceso y la configuración de parte que se da a los sujetos del proceso, exige desde la ley fundamental que tanto la acusación como la defensa actúen en igualdad de condiciones; es decir,

dispongan de iguales derechos procesales, de oportunidades y posibilidades similares para sostener y fundamental lo que cada cual estime conveniente.

- **Juez natural o juez predeterminado por la ley**

Establece que un juez ha sido nombrado por la forma prevista por la constitución, está facultado para resolver un proceso penal; empero está prohibido ejercer función jurisdiccional sino tiene competencia emanada de la ley, para conocer de procesos penales. La Carta Magna proscribe el establecimiento de tribunales de excepción para la administración de justicia, salvo militar y arbitral.

En lo que respecta a la presunta afectación del principio del juez natural o juez predeterminado por ley, este sentido en el que ya se ha pronunciado inclusive la Corte de Constitucionalidad.

En primer lugar, 1) que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional.

En segundo lugar, 2) que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc.

Asimismo, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica. “La competencia jurisdiccional se halla sujeta a una reserva de ley orgánica, lo cual implica: a) el establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Asimismo, que dicha predeterminación no impide el establecimiento de subespecializaciones al interior de las especializaciones establecidas en la Ley del Organismo Judicial”.⁸

- **Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable**

También conocido como el derecho a un procedimiento sin dilaciones o demoras indebidas. Implica la obligación de los jueces de actuar en un plazo razonable o de reconocer la demora y restablecer inmediatamente el derecho a la libertad. Es un derecho que asiste a todos los sujetos procesales además del imputado aunque se pone más celo en su vigencia en el supuesto de la privación de libertad. Es un derecho autónomo respecto del derecho a la tutela jurisdiccional y su violación implica el derecho de resarcimiento indemnizatorio por el funcionamiento anormal de la justicia o por error judicial.

El reproche judicial viene ya viciado por extemporáneo aunque la garantía no se identifica con el mero incumplimiento de plazos sino tiene que evaluarse en función de cada caso concreto, pues aparte del incumplimiento de éstos, ese retardo o dilación debe ser indebido, lo que para ser evaluado deberá tomar en

⁸Ibid. Pág. 114.

cuenta la complejidad del asunto, el comportamiento del agente y la actitud del órgano judicial.

- **Legalidad de las medidas limitativas de derechos**

La limitación de derechos fundamentales, principalmente el supuesto de la pérdida de la libertad sólo puede emanar de mandato judicial en el modo, forma y garantías previstas en la ley.

En la búsqueda de fuentes de prueba deberá respetarse el principio de legalidad procesal, proporcionalidad y necesidad de la medida aplicándose sólo cuando hubieren suficientes elementos de convicción debiendo la resolución ser motivada.

- **Legalidad de la prueba**

Todo medio de prueba sólo podrá ser valorado si ha sido incorporado al proceso de un modo constitucionalmente legítimo. Para que la prueba de cargo sea válida debe probar la existencia del hecho con todos sus elementos objetivos y la participación del acusado en el mismo, asimismo ser congruente con los supuestos fácticos de la acusación. La evidencia que origine una condena deberá partir de una fase objetiva de constatación de la existencia o inexistencia de pruebas, donde se evaluará si al obtenerlas se han respetado las garantías procesales básicas y de una valoración del resultado o contenido integral de la prueba.

El modelo constitucional de valoración de la prueba supone aparte de la íntima convicción del juzgador, determinar la existencia de auténtica prueba como proceso objetivo, es decir, establecer si la realización de las pruebas ha estado



provista de las garantías procesales, sin las cuales se priva de fiabilidad objetiva a dichas pruebas. Este dispositivo tiene que ver con el principio de la congruencia de la prueba de cargo (sana crítica razonada), desarrollado en el Código Procesal Penal (Artículo 385)

- **Concentración**

Es el principio por el cual se tiende a reunir en un solo acto determinadas cuestiones, lo que se plasma principalmente durante el juicio oral cuando el conocimiento integral del caso se hará sin prolongar inútilmente el debate y se terminará oportunamente. El juicio oral debe terminar en tanto el recuerdo del magistrado sobre el desarrollo del juicio esté vivo y fresco de modo que pueda expedir una sentencia consistente y justa. Se protege así la preservación del auténtico conocimiento sobre el caso y una adecuada racionalización del tiempo durante el proceso. (360 del Código Procesal Penal).

- **Inmediación**

Por este principio el juez toma contacto permanente con el proceso con la obligación de no abandonarlo ni dejarlo librado a su suerte. Los actos deben ser realizados por el juez sin que pueda delegar su función a terceras personas, por más competentes que sean, por que ha de ser el mismo juez que conozca de la causa el que debe llevar a cabo los actos procesales los que son importantes y que permiten que se realicen a la brevedad posible. "El juez no debe perder contacto con el acto procesal, pues tiene que entender que el proceso penal es

una sanción de actos procesales que conducen a establecer la certeza la que se encuentra reflejada en la sentencia".⁹

Inmediación es referente a la relación entre el juez y el objeto procesal, significa que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del juez encargado de pronunciar la sentencia. Si la sentencia se forma exclusivamente sobre el material probatorio formado bajo su directa intervención en el juicio oral.

Los principios son según la Real Academia de la Lengua Española "la base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia".¹⁰ Por ende, los principios serán determinantes en las etapas del proceso, por lo que depende de ellos para que el proceso sea eficaz, sea cual fuere el proceso a seguir.

- **Imparcialidad**

Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

El principio de imparcialidad deriva del principio de igualdad, y se concreta en la comparación y la elección ponderada de diversos valores:

- a. Entre varios intereses públicos.

⁹Ibid. Pág. 133.

¹⁰ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 147.



- b. Entre intereses públicos e intereses privados, para impedir que los intereses privados sean sacrificados más de lo necesario.
- c. De intereses privados entre sí, para evitar discriminaciones arbitrarias.

Desde el punto de vista negativo, el principio de imparcialidad expresa la necesaria separación entre política y administración en lo que se refiere al funcionamiento de la Administración Pública.

Se refiere a la exigencia de que la administración, en el ejercicio de sus funciones, valore y actúe los intereses públicos, sin sufrir desviaciones por intereses personales del agente, o intereses de grupos de presión públicos o privados, partidos políticos, etc.

Desde el punto de vista positivo, expresa que la administración, sobre la base de la distinción entre parte (parcialidad) y todo (imparcialidad), debe valorar y comparar los distintos intereses que están en juego en la actividad administrativa, de modo que la elección constituya el resultado de un armónico moderamiento de los diversos intereses.

El obsequio al principio de imparcialidad la actividad administrativa debe desarrollarse sin discriminaciones; pues constituye un corolario del principio de igualdad, en aplicación del cual, frente a circunstancias iguales o equiparables, la administración debe adoptar comportamientos idénticos.

Expresión práctica de ese principio es la exigencia de concursos abiertos, para el ingreso a las funciones públicas.



Asimismo, la imparcialidad constituye un corolario del principio de transparencia de la actuación administrativa, en cuanto control democrático de los ciudadanos, sobre la acción de la misma.

La violación el principio de imparcialidad conduce a la ilegitimidad del acto, bajo el perfil del exceso de poder, por ausencia de una ponderada comparación entre los diversos intereses, públicos y privados, sobre los que el acto incide.

Con el principio de imparcialidad no se trata de establecer o asegurar que la administración no se constituya en parte de las actuaciones administrativas; sino lo que se garante, es la independencia de la administración de influencias políticas de todo tipo (ya fueren activas o pasivas); o sea que se trata de asegurar la independencia de la administración de la acción de partidos políticos, tendencias ideológicas, grupos de presión, etc.

Se refiere a la adopción de resoluciones fundadas en normas superiores y según los procedimientos establecidos.

Es la extensión del principio de igualdad de tratamiento, a todas las situaciones semejantes.

1. Consiste en que la nación es la depositaria del monopolio de la administración de justicia; por tanto, el órgano jurisdiccional a través de sus estamentos jerarquizados y jueces competentes será el encargado de resolver el conflicto derivado del delito en el caso concreto y a su vez plasmar la Justicia legal.

Es la potestad que emana de la soberanía estatal que a su vez la obtiene de la soberanía del pueblo y que es ejercida exclusivamente por tribunales independientes y predeterminados por la ley, para hacer efectivo el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado para satisfacer pretensiones y resistencias.

- **Función jurisdiccional**

Se cumple por medio de un órgano público y se inicia de oficio por intermedio del juez o Ministerio Público, quien en el ejercicio de sus funciones debe proceder a formular la denuncia, sin que por ello se recorte el derecho de las personas que pueden hacerlo directamente. Iniciando la acción el fin perseguido es la implantación de una sentencia, que sólo el Estado en su función jurisdiccional lo puede realizar, sin que tenga que hacer ninguna otra declaración de voluntad.

- **Publicidad**

Es una garantía constitucional que dispone al poder judicial, el deber, para que los jueces desempeñen su actividad procesal en un ámbito de publicidad y transparencia. Para la doctrina existe publicidad interna cuando corresponde a las partes de un proceso y una publicidad externa en lo referente a que es el derecho de los ciudadanos de conocer las etapas fundamentales del proceso. Excepcionalmente el proceso penal puede ser reservado, como es el caso de los delitos contra la libertad sexual.

Consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial.

Exige que las actuaciones de un proceso penal sean públicas para el procesado e incluso para la sociedad. De este modo, la publicidad es una característica de los procesos modernos, y constituye una superación del secreto de los procedimientos inquisitivos, que llegó al extremo de guardar reserva frente al inculpado sobre los actos y actuaciones del proceso.

La publicidad de los actos procesales garantiza, además, una forma de control de la administración de justicia por parte de la comunidad. “Las pruebas se producen y se actúan en juicio en forma pública”.¹¹

- Clases: Se puede considerar desde dos puntos de vista: Interno y Externo.
- Publicidad interna: se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso. Así, por ejemplo, el demandado no se entera de manera directa de la demanda sino que se entera de ella mediante la notificación del auto que la admite. Es por esto que la publicación se cumple mediante la notificación de la providencia.
- Publicidad externa: es la posibilidad de que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y presencien la realización de determinada diligencia. Ejemplo: la audiencia pública de juzgamiento, en materia penal, y la recepción de pruebas, en el área civil y laboral.

¹¹Montero Roca. **Ob. Cit.** Pág. 126.

- **Instancia plural**

Conocida también como doble grado. Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. (Artículo 211 constitucional)

La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable.

Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley.

Se entiende por instancia, en su acepción más simple, cada uno de los grados del proceso, o, en sentido amplio, el conjunto de actuaciones que integran la fase del proceso surtida ante un determinado funcionario y a la cual entre le pone fin mediante una providencia en la cual decide el fondo del asunto sometido a su consideración.

La instancia se caracteriza porque, de una parte, comprende toda la fase, grado o actuación del proceso efectuada por un funcionario judicial, y, de otra, por corresponderle decidir en forma amplia sobre el fondo de la cuestión debatida. Se habla de primera instancia para referirse a la comprendida desde que se inicia el proceso hasta cuando se profiere la correspondiente sentencia. La segunda se surte ante el superior jerárquico en virtud del recurso de apelación y va desde que este se admite hasta que se decide mediante la correspondiente sentencia. En una y otra sentencia, esto es, tanto la que decide la primera como la segunda

instancia, el juzgador goza de autonomía para decidir en el marco señalado o establecido por la ley.

El recurso de casación, al igual que la apelación, forma parte del proceso, por comprender toda la actuación realizada por un funcionario, pero a diferencia de ella, no tiene la condición de instancia, porque, como medio de impugnación extraordinario que es, solo faculta al juzgador para pronunciarse sobre la causal invocada. Sin embargo, en nuestro medio, como el mismo funcionario que decide la casación debe proferir la sentencia de reemplazo, en ese caso obra como juzgador de instancia

Este principio – como el de impugnación, del cual es solo una modalidad, quizá la más importante – “tiene por objeto que el funcionario jerárquicamente superior, con mayor conocimiento y experiencia, pueda, en virtud de la apelación, revisar la providencia del inferior y subsanar los errores cometidos por este”.¹²

Al principio de la doble instancia se opone el de única instancia, generalmente consagrado cuando el funcionario que decide el proceso es colegiado, por la mayor garantía que ofrece con respecto al singular. Sin embargo, no es esa la regla imperante en nuestro medio, en donde, excepto en el contencioso administrativo actual, cuando aún no han sido creados los juzgados, los asuntos de única instancia están a cargo de los juzgadores singulares.

¹²Ibid. Pág. 145.

- **Indubio pro reo**

Principio del proceso penal por el que en caso de duda el órgano judicial debe adoptar la opción más favorable al acusado.

Resulta ser una derivación de la presunción de inocencia, pero que extrañamente no tiene acogida directa en nuestra legislación vigente. Pero, ¿Es lo mismo insuficiencia probatoria que duda razonable la respuesta es no.

La insuficiencia probatoria, ya lo he mencionado, implica una actividad incompleta que no llega a despejar la incertidumbre jurídica inmersa en el proceso; la duda, tampoco despeja esa incertidumbre, pero no por insuficiencia sino porque existen elementos de ambos lados que llevan al juzgador a una oscuridad que le impide arribar a la certeza (tanto en sentido positivo o negativo).

En la insuficiencia probatoria no existen pruebas o las que existen son mínimas y en la duda razonable existen pruebas tanto por la culpabilidad como por la inocencia. Como se puede advertir entonces, se trata de una diferencia sutil y hasta cierto punto subjetiva la que separa a estas dos importante figuras. La duda deviene de un desarrollo probatorio agitado, en el cual ambas partes (acusadora y acusada) han aportado elementos a favor de sus posiciones, sin llegar ninguna de ellas a causar la certeza en el operador penal. Por ello es que nuestro sistema procesal penal ha optado por favorecer a la parte acusada cuando se produce este tipo de situaciones.

En efecto, se sostiene, que no se ha probado la comisión del delito, ni la responsabilidad del procesado, estamos frente a que no se ha desvirtuado la

presunción de inocencia porque no existen pruebas para ello. Luego, no podemos sostener, como hipótesis alternativa, que en todo caso existiría duda, porque ya lo hemos visto, se trata de conceptos distintos que no pueden ser invocados de forma alternativa.

Pasando a otro punto, mucho se ha hablado sobre si la duda razonable abarca también al marco de la interpretación de las leyes penales o si únicamente se restringe a la evaluación de los hechos que sustentan la imputación.

En ese sentido coincido con el maestro Claus Roxin quien sobre el particular expone lo siguiente " d) El principio in dubio pro reo tampoco rige para el esclarecimiento de cuestiones jurídicas dudosas. " Sólo se refiere a la comprobación de hechos y no es aplicable en el ámbito de la interpretación de la ley...".¹³

Por consiguiente, ante la existencia de cuestiones jurídicas controvertidas, el tribunal debe adherirse a la opinión que es menos conveniente para el acusado cuando según los principios de interpretación generales ella aparece como la correcta.

Con respecto a la presunta afectación del principio in dubio pro reo, cabe señalar que, por ejemplo la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, ha manifestado que es finalidad de este principio "(...) garantizar el cabal respeto del derecho fundamental a la libertad individual, bien para resguardar su plena vigencia, bien para restringirlo de la forma menos gravosa posible, en el correcto entendido de que tal restricción es siempre la excepción y nunca la regla".

¹³Roxin, Claus. **Derecho procesal penal**. Pág. 47.



- **Ne bis in ídem**

El contenido constitucionalmente protegido del principio ne bis in ídem debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material). En tal sentido se ha señalado que en su vertiente sustantiva o material, el ne bis in ídem garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico, en tanto que su dimensión procesal o formal garantiza que una persona no sea sometida a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho.

Se señala que el contenido constitucionalmente protegido del ne bis in ídem debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su vertiente sustantiva o material, el ne bis in ídem garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico. En tanto que en su dimensión procesal o formal, el mismo principio garantiza que una persona no sea sometida a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho.

Este principio tiene dos dimensiones, una procesal y otra material. Por las cuales se prohíbe que, por los mismos hechos, una persona sea juzgada dos veces, en el primer caso, y, en el segundo caso, que sea sancionada dos veces. Esta última dimensión se relaciona con los principios de legalidad y proporcionalidad, pues éstos tienen por objeto que la persona conozca anticipadamente las conductas antijurídicas, propósito que se hace efectivo si es que las personas no pueden ser procesadas o condenadas por los mismos hechos y fundamentos jurídicos.

- **Contradicción**

Los actos procesales deben efectuarse con la intervención de las personas que señala la ley, ofreciéndoles la oportunidad de valerse de ese derecho, pues a la justicia le interesa conocer la verdad, y son estas personas las que pueden brindarla, a través de su participación, exponiendo los hechos y el conocimiento que tengan sobre la parte o el todo de lo ocurrido durante la comisión de un acto delictivo.

Este principio se construye, sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho ha ser oído con carácter previo a la condena.

La contradicción exige: La imputación, la intimidación y el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida por el procesado – que es lo que se denomina intimidación-, quien, además debe tener el derecho de audiencia. Una necesidad de justicia apremiante para el proceso penal es que nadie sea condenado sin ser oído y vencido en juicio.

Si al Ministerio Público se le otorgan poderes eficaces para la persecución penal, al imputado –para poder hablar realmente de igualdad de oportunidades – deben adjudicársele derechos suficientes para resistir la persecución.

En el reconocimiento del derecho de defensa se juega la legitimidad del juicio: el poder penal del Estado, como todo poder estatal, no es absoluto (en un Estado de Derecho); debe ejercerse racionalmente; no arbitrariamente; es un poder sujeto a limitaciones: una de ellas es el derecho de defensa, que torna racional y legítima el juicio.

- **Gratuidad del juicio penal**

Como la justicia es un servicio que presta el Estado a la colectividad, a él le corresponde sufragar todos los gastos que esa función entraña, como proporcionar los locales y elementos necesarios, atender la remuneración de los funcionarios y empleados, etc.

El principio de la gratuidad del servicio de justicia, prescrito en el artículo 12 del Código Procesal Penal, pues esta garantía normativa supone la exoneración de toda tasa judicial o carga impositiva de algún tipo en aquellos casos que sea necesario la expedición de copias de los actuados para la formación de cuadernos incidentales, de un expediente tramitado en la vía penal, o en los que por la naturaleza del propio derecho se solicita la expedición de copias certificadas.

- **Celeridad procesal**

Consiste en que antes de formalizar la denuncia penal, se debe corroborar que se ha individualizado al presunto autor, que el delito no ha prescrito y que exista un

nexo entre el delito y el agente, además de cumplir con el plazo previsto en la instrucción y realizar la audiencia en el menos número de sesiones, sin vulnerar los demás principios.

El tribunal constitucional señala que si bien es cierto el principio de celeridad procesal resulta de importante aplicación en los procesos judiciales, especialmente en los procesos penales, esto no puede entenderse que éste principio deba ser interpretado sin tener en cuenta el principio de dignidad humana.

- **Oralidad**

Por este medio se pone en contacto el juzgador con el juzgado y se puede apreciar en toda su integridad al sujeto del drama penal. El juez puede apreciar mejor que nadie los móviles o causas que determinaron la actividad delictiva de las personas que intervienen en el proceso.

El principio de oralidad, relativo a la forma de los actos procesales significa que su fase probatoria se realiza verbalmente. Un proceso es oral, sostiene Roxin, si la fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducida verbalmente en el juicio. Lo rigurosamente oral es la ejecución de la prueba, los informes de las partes y la última palabra del imputado mientras que puede ser escrita la instrucción, la fase intermedia, la prueba documental – que en el juicio habrá de ser leída-, la sentencia y el procedimiento recursal. Es de insistir que la escrituralidad de la instrucción no desvirtúa el principio de oralidad si se advierte que el sumario es actuación encaminada a preparar el juicio y que es

en este, en la prueba practicada en él, donde han de buscarse los elementos necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional.

La oralidad no excluye lo escrito y viceversa. No hay impunidad en períodos del proceso que sean puramente escritos y puramente orales.

- **Cosa juzgada**

Este principio consiste en revestir a las sentencias de una calidad especial, en virtud de la cual no se permite que las partes frente a quienes se profiere puedan volver a instaurar un segundo proceso con base en los mismos pedimentos y sobre iguales hechos. Obedece a la necesidad de darles el carácter de definitivo a las sentencias y evitar así que se susciten por las mismas cuestiones otros procesos.

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

- **Igualdad de armas**

Surge del derecho de igualdad de los ciudadanos reconocido por el Artículo 2 de la ley fundamental y determina la necesidad de que ambas partes, acusación y defensa. Tengan las mismas posibilidades de actuación dentro del proceso.

La igualdad procesal se encuentra íntimamente relacionada con el derecho de defensa y la posibilidad de contradecir, lo que impone que exista una paridad entre las partes.

Este derecho "tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y pruebas de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del estado probatorio"¹⁴.

- **Juicio previo**

Desde la promulgación de la Constitución de 1985 y sus reformas, se ha definido claramente la competencia de las instrucciones: al Ministerio Público le corresponde la investigación del delito, al órgano jurisdiccional le compete exclusivamente dirigir la etapa procesal del juzgamiento.

Esto se relaciona, además, con el principio de legalidad, en virtud del cual no se puede imponer pena sin previo juicio. Pero juicio, como lo sostiene Alberto Bínider, "no significa cualquier pantomima, sino la posibilidad real y concreta de que la persona acusada controle la prueba, conozca qué prueba lo incrimina, pueda defenderse y que toda la producción de la prueba tenga lugar delante del Juez".¹⁵

¹⁴ Bínider, Alberto. *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina*. Pág. 83.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 95.



CAPÍTULO II

2. Derecho de defensa, publicidad del proceso y reserva de las actuaciones

2.1 Derecho de defensa

El Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. (Artículo 8 constitucional). Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Asimismo existen garantías específicas, se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento y a la estructura y actuación de los órganos penales.

En lo que concierne al derecho a la defensa, el procedimiento inquisitivo lo acepta limitadamente. Esto es coherente con la naturaleza de los sistemas políticos donde nace y se desarrolla el procedimiento inquisitivo: los estados absolutos. Es natural que, como dije, en éstos “el conflicto entre el interés estatal en la prosecución penal y las garantías del imputado, se resuelve haciendo prevalecer el primero”.¹⁶

Esta inequidad se expresa, paradigmáticamente, en la desconfianza a la defensa; en el retraso a reconocer al imputado su derecho a intervenir en el proceso y en toda clase de limitaciones a las facultades de la defensa.

El derecho defensa en un proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo

¹⁶Claria Olmedo, Jorge. *El Proceso penal: su génesis y primeras críticas jurisdiccionales*. Pág. 56.

según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

El término procede del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión "due process of law" (traducible aproximadamente como debido proceso legal).

Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto:

- Las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso.
- La sociedad tiene interés en que el proceso sea llevado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social.

En un Estado de Derecho, toda sentencia judicial debe basarse en un proceso previo legalmente tramitado. Quedan prohibidas, por tanto, las sentencias dictadas sin un proceso previo. Esto es especialmente importante en el área penal. La exigencia de legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial.

No puede haber debido proceso si el juez es tendencioso o está cargado hacia una de las partes. El juez debe ser equidistante respecto de las mismas, lo que se concreta en la llamada bilateralidad de la audiencia. Para evitar estas situaciones

hay varios mecanismos jurídicos:

- La mayor parte de las legislaciones contemplan la posibilidad de recusar al juez que no aparezca dotado de la suficiente imparcialidad, por estar relacionado de alguna manera (vínculo de parentesco, amistad, negocios, etc.) con la parte contraria en juicio.
- Una de las garantías básicas en el estado de derecho, es que el tribunal se encuentre establecido con anterioridad a los hechos que motivan el juicio, y además, atienda genéricamente una clase particular de casos, y no sea por tanto un tribunal ad hoc, creado especialmente para resolver una situación jurídica puntual.

Toda persona tiene derecho a ser asesorado por un especialista que entienda de cuestiones jurídicas (típicamente, un abogado). En caso de que la persona no pueda procurarse defensa jurídica por sí misma, se contempla la institución del defensor o abogado de oficio, designado por el Estado, que le procura ayuda jurídica gratuita.

En cuenta a la hora de regular el debido proceso una doble dimensión:

- Orgánica, vinculada a la potestad jurisdiccional.
- Procesal, ligada al desarrollo de la actividad o función jurisdiccional.

Desde el punto de vista orgánico, la principal garantía a la que se refiere es la del juez ordinario predeterminado por la ley.

Desde el punto de vista procesal, “la principal garantía es la del derecho de defensa en sentido amplio que ha configurado el tribunal constitucional, como

interdicción de la indefensión. Esta garantía procesal es el centro de todas las demás”.¹⁷

2.2 Publicidad del juicio

Se fundamenta en el deber de que asume el Estado de efectuar un juzgamiento transparente, esto es facilitar que la nación conozca por qué, cómo, con qué pruebas, quiénes, etc. realizan el juzgamiento de un acusado. El principio de publicidad está garantizado por el Artículo 14 de la Constitución Política de la República, por los tratados internacionales, Artículo 14 del Código Procesal Penal. Este principio de vital importancia es una forma de control ciudadano al juzgamiento. Hassemer señala, además, que este principio es una forma de auto legitimación de las decisiones de los órganos que administran justicia. Consiste en garantizar al público la libertad de presenciar el desarrollo del debate y en consecuencia de controlar la marcha de él y la justicia de la decisión misma. La publicidad es considerada como una garantía del ciudadano sometido a juicio y a la vez como un derecho político del cualquier ciudadano a controlar la actividad judicial.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia del 8 de diciembre de 1983)) ha señalado que, la función política de control del poder judicial que cumplen los particulares, a través de su presencia en un acto judicial público, consiste, precisamente, en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan la tarea de

¹⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 54.

administrar justicia. La finalidad de la publicidad es que el procesado y la comunidad tengan conocimiento sobre la imputación, la actividad probatoria y la manera como se juzga, así la comunidad podrá formarse un criterio propio sobre la manera como se administra justicia y la calidad de la misma. La regla general es que los juicios deben ser públicos, salvo cuando sea necesario para preservar los intereses de la justicia, de este modo ha sido recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo 8 inciso 5).

Nuestra ley señala la excepción al principio de publicidad cuando se trate de tutelar intereses superiores, tal es el caso del derecho al honor de una persona y en los casos de delitos contra la libertad sexual. Los juicios por responsabilidad de los funcionarios públicos, por los delitos cometidos por medio de la prensa y por la afectación de derechos fundamentales, siempre serán públicos. La publicidad de los juicios está también referida a la facultad de los medios de comunicación de poder informar sobre el desenvolvimiento de un juzgamiento y hacer efectivo el derecho de control ciudadano; pero la información propalada debe ser objetiva e imparcial, el medio de comunicación no debe convertirse en medio de presión o de sensacionalismo.

Sin embargo, la difusión por estos medios no deja de presentar algunos problemas, por lo que algunas legislaciones han previsto restricciones para la prensa cuando se colisiona con otros intereses que deben ser igualmente protegidos. Así en algunos casos, se ha previsto esta restricción autorizando al juez para que mediante auto especialmente motivado pueda disponer que el acto

oral se realice total o parcialmente en privado en los casos expresamente previstos en dicha norma.

2.3 Reserva del proceso

Facultad jurisdiccional que consiste en el no acceso de una de las partes a las actuaciones en un proceso, por lo que se veda su derecho de accionar y de hacer valer sus derechos. Dicha facultad jurisdiccional, en la mayoría de casos es limitada y sólo por circunstancias límite. “Ello deriva de que posiblemente significan violación al derecho de defensa y al principio de publicidad del proceso”.¹⁸ Este concepto será desarrollado con mayor profundidad en el último capítulo.

2.4 Perspectivas de la publicidad del proceso y su significancia para la defensa de la persona

2.4.1 Nivel ético-político y jurídico-constitucional

Ante un litigio, producto de un conflicto o choque de intereses entre dos o más personas de un grupo, no resuelto por ningún otro medio alternativo que no sea por la burocracia del aparato represivo estatal, la solución será necesariamente violenta.

Dicha violencia estatal podrá ser ilimitada, arbitraria, o limitada, reglada. En este último caso, los límites a la violencia estatal podrán ser, a su vez, o flexiblemente reglados, permitiendo un ejercicio del poder punitivo estatal con un alto grado de

¹⁸Ibid. Pág. 233.



arbitrariedad, o ser rígidamente reglados, permitiendo un ejercicio de ese poder con un bajo grado de arbitrariedad.

En un Estado de derecho (donde sus actividades tienen como fundamento únicamente a la ley) y democrático (es decir, Estado donde gobierna la mayoría de la sociedad, que tiene el derecho de controlar los actos de los representantes) el ejercicio del poder violento estatal está rígidamente reglamentado. Así lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual contiene una serie de normas que prescriben las garantías necesarias e indispensables para que dicho ejercicio estatal se realice lo más limitadamente posible. Esto sin ignorar la coexistencia —junto a este ejercicio legítimo y regulado de la fuerza— de un ejercicio punitivo informal, estatal o no, que tiende a una solución ilegítima y arbitraria por parte de sus actores.

En otras palabras, la solución violenta al litigio se deberá realizar cumpliendo las formas procesales prescritas (expresa o implícitamente) por la Constitución y por el derecho internacional de derechos humanos, que son las garantías que protegen las libertades y los derechos fundamentales del imputado, aquella persona que, señalada como autora de un delito, se encuentra, de hecho, en una posición mucho más débil, desfavorable, respecto de la burocracia del aparato estatal. De esta manera, mediante el rígido cumplimiento por parte del Estado de las garantías penales y procesales (entre otras herramientas constitucionales, como por ejemplo la división de poderes) será posible nivelar tal desigualdad. Así,

siguiendo a Ferrajoli, el fin del derecho penal “es la protección del más débil contra el más fuerte”.¹⁹

Las desigualdades a nivel político, económico o social entre personas de un mismo grupo es un hecho, un dato de la realidad indiscutible, al igual que las desigualdades respecto del poder, entre quien lo ejerce y quien no lo ejerce, sometiéndose coactivamente, entre quien juzga y quien es juzgado, entre quien tiene la grave facultad de quitar la libertad a otro y quien sufre la posible quita de su libertad por parte de otro. Frente a esto, una de las funciones del derecho penal será la de equiparar fuerzas, la de posibilitar una lucha de par a par, la de sacar poder al poderoso, limitando sus fuerzas, y de otorgar poder al débil, garantizando sus derechos fundamentales.

Garantías que equiparan fuerzas limitando el poder punitivo. Esto define un derecho penal garantista, que se caracteriza como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.

Una de estas garantías es la publicidad de los procesos penales, la cual es el motivo de este trabajo.

- **¿Por qué el secreto en el proceso judicial? Fundamento**

Puede que haya muchos otros fundamentos. Por mi parte destaco dos, que aparentemente son esenciales para una comprensión de las cuestiones del poder,

¹⁹Binder, Alberto. **Ob. cit.** Pág. 136.



como actividades dirigidas a obtener otros resultados además de los palpables en la superficie.

En el siglo XII el Estado se adueña de los mecanismos particulares de solución de los conflictos: la persona del soberano que surgía como fuente de todo poder, pasa a confiscar los procedimientos judiciales.

De esta manera, los métodos de resolver los conflictos cambia radicalmente. Con anterioridad a este cambio, el soberano o no participaba o su injerencia era mínima y con el fin único de controlar el cumplimiento de las normas rituales de la contienda entre los particulares involucrados en el litigio.

Ahora el Estado posee un interés particular y excesivamente activo en los procesos penales, dado que el daño que produce una persona a otra afecta a su vez al cuerpo sensible del soberano. Y por ende, este ya no controla simplemente, sino que participa a la par de la víctima hasta suplantarla por completo, con el derecho inherente a su poder de llevar adelante el procedimiento, de dirigirlo, de juzgar, de decidir sobre la persona del acusado, sujeto este desarmado frente al aparato represivo del poder político.

El soberano comienza a tener un interés particular en la obtención de la prueba, de la verdad de lo ocurrido. Así surge, pues, la indagación como el mecanismo racional y único de obtener la verdad en los procesos judiciales. En la nueva estructura política, la indagación es una determinada manera de ejercer el poder, que deriva de un cierto tipo de relaciones de poder. La indagación será en lo



sustancial una de las modalidades que distingue las formas del procedimiento, entre los sistemas acusatorio e inquisitivo.

El secreto en el proceso penal tiene como fundamento dos cuestiones. Primero, al soberano –que ejerce de manera exclusiva el poder represivo– le interesa la verdad contenida tanto en el sujeto imputado de un delito como también en los testigos (aquellos que supuestamente vieron lo sucedido), verdad que obtiene por los mecanismos de la indagación. Para indagar no será necesaria la presencia de personas ajenas al proceso, un público que controle, terceros no involucrados en el litigio, sino tan sólo el indagado, los testigos, algunos operadores y el indagador, es decir, los sujetos que contienen la verdad y los sujetos que buscan extraer esa verdad contenida. Es una cuestión para entendidos, científica.

Esto lleva al segundo factor: el saber. El conocimiento del mundo espiritual, natural, social, científico, etc., se encuentra concentrado sólo en el soberano y en sus inmediatos delegados. Sólo ellos tienen el saber de las cosas, entre ellas los métodos de indagar, de sacar la verdad a los imputados: “saber que busca el saber, el saber del inquisidor que sabe cómo obtener el saber contenido en el imputado. Es por ello que sería irracional la existencia de un control extra por parte del público. Pues ¿quién y qué va a controlar?, ¿acaso los actos de dios? A dios se lo deja hacer, nadie podrá cuestionar sus actividades, nadie sino algún hereje atrevido. El dios-soberano, dueño del saber puro”.²⁰

El Estado es un gran aparato procurador de la verdad mediante los mecanismos judiciales legítimos que conforman la indagación, mediante los sujetos que saben

²⁰ Ibid. Pág. 156.

utilizarla. Así, las prácticas judiciales son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad.

Para ello no hace falta más que aquellos sujetos directamente involucrados en el litigio en una sala cerrada, apartada de la sociedad, un nicho donde la verdad surge mediante la utilización de los mecanismos del saber, saber que poseen el juez y un reducido número de personas, los operadores de la justicia.

Estos fundamentos del secreto posee una indudable actualidad. Es prueba de esto esa idea generalizada del juez probo, ser incuestionable en su conocimiento, poseedor del saber necesario y suficiente para proveer de conformidad, para será justicia, personas a quienes los operadores solicitan que dios guarde a su excelencia, vuestra señoría, ocupante de excelentísimas cámaras y cortes supremas, seres sin las pasiones mundanas de los justiciables, y que desde una cúspide considerable dictarán la sentencia. Seres de esta naturaleza no requieren control público sino una confianza ciega. El control implicaría una humillación a su investidura.-

Así se mantiene en nuestros días el secreto del proceso. Si bien no en su totalidad, si en la primera fase, la preparatoria.

- **¿Por qué la publicidad en el proceso judicial?. Fundamentos (en Beccaria y los autores contemporáneos)**

La publicidad tenía, en el antiguo derecho germánico, el fundamento clave que tiene desde el siglo XVIII hasta nuestro días en la discusión ético-política de este

principio: controlar la actividad del juicio: Cuando dos individuos se enfrentaban, con el fin de solucionar un litigio, siempre se podía, con acuerdo de ellos, luchar obedeciendo determinadas reglas (duración de la lucha, tipo de arma), con la asistencia del público que estaba allí sólo para asegurar la regularidad de lo que acontecía.

Si bien la publicidad en el procedimiento, abandonada en las prácticas judiciales de fines del siglo XII, comenzó a ser nuevamente defendida a partir de Beccaria, nada será igual a la época del derecho germánico: la publicidad se defiende hasta nuestros días en el plano más bien teórico, conquistando lentamente espacios en la práctica luego de sortear fuertes resistencias. En la actualidad nos encontramos (como se verá más adelante) con una publicidad a medias, todavía incipiente, y hasta inexistente, en etapas fundamentales del proceso. Sucedió que las prácticas procesales inquisitivas marcaron a fuego candente las actividades punitivas estatales que perduran hoy día, prácticas sensuales muy complejas de erradicar de los procesos penales.

Profundicemos la tesis de Beccaria. En el capítulo XIV de “De los delitos y de las penas” (indicios y formas de juicio) el autor se refiere a los dos rasgos de la publicidad: la justicia popular y la presencia del público con el fin de controlar los actos del proceso.

Respecto del juicio popular:

“Si en buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza, si en el presentar lo que de él resulta es necesario claridad y precisión, para juzgar el

resultado mismo no se requiere más que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un juez acostumbrado a querer encontrar reos, y que todo lo reduce a un sistema de antojos recibidos de sus estudios. ¡Dichosa aquella nación donde las leyes no fuesen una ciencia! Utilísima ley es la que ordena que cada hombre sea juzgado por sus iguales, porque donde se trata de la libertad y de la fortuna de un ciudadano deben callar aquellos sentimientos que inspira la desigualdad, sin que tenga lugar en el juicio la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz, y el desgraciado con que el infeliz mira al superior”.²¹

Lo que plantea aquí Beccaria es la necesidad y la importancia de la implementación del juicio por jurados, como la forma válida de resolver un litigio en una democracia. Que sean los ciudadanos (legos) quienes juzguen al imputado (también lego), dado que en ellos reside un simple y ordinario buen sentido no contaminado, al contrario de lo que sucede con el juez profesional, contaminado por la tarea constante y exclusiva del cargo. El hecho de que una persona realice sólo una tarea, únicamente la de juzgar, la de dividir las aguas entre culpables y no culpables penalmente, ocupando un cargo permanente (el de juez), para cuya ocupación fue necesario una preparación previa, preparación de años de estudio selecto, un estudio que tuvo por objetivo adquirir un conocimiento científico, analítico, de exégesis de una ley que sin esos estudios es indescifrable, concluidos los cuales adquirió un certificado que acredita ser doctor en leyes, sabio de leyes y sus vericuetos, el descifrador del laberinto de la justicia, la

²¹ Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Pág. 47.

igualdad en el proceso penal sólo podrá hacerse valer si el imputado es también juez o abogado. Caso contrario la desigualdad es la consecuencia necesaria. ¿Cómo vencer esta desigualdad?

“En primer lugar, las leyes deberán ser claras, comprensibles por todos los ciudadanos, una claridad autosuficiente, donde no sea indispensable salir en busca de un especialista para que explique qué quiso decir en tal punto de tal ley el legislador (cuyas características son semejantes a la del juez profesional, o en todo caso sus asesores, gestadores de la oscuridad en la ley)”.²²

A más oscuridad de las leyes serán necesarios conocimientos más profundos, más específicos, oscuros para el lego –es decir, para los ciudadanos a cuya persona están dirigidas las leyes, supuestamente dictadas por sus representantes–, con lo cual el círculo del saber se cierra herméticamente en una casta, la casta de los sabios de leyes, seres indispensables para el buen funcionamiento de la justicia, es decir, seres-engranajes-funcionales a la permanencia de los perversos laberintos de la justicia, lo cual genera esa inevitable desigualdad: por un lado quienes juzgan, quienes acusan (también profesionales), quienes defienden técnicamente, y por el otro, el acusado de delitos, sus familiares y amigos.

En este sentido la oscuridad de las leyes –leyes hechas para un grupo selecto de expertos, de operadores de la justicia– es una cuestión de saber y poder, el poder fundamentado en el saber selecto. El cuento *La verdad* de Luigi Pirandello ilustra

²²Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Pág. 67.



esta desigualdad, por un lado, los judiciales, y por el otro, los justiciables campesinos.

Nada de esto sucedería si, en base a leyes claras, son los mismos ciudadanos quienes juzgan a uno de los suyos, o en todo caso controlan la resolución del conflicto llevado a cabo por las mismas partes. Siendo las leyes claras la igualdad entre los sujetos del proceso será necesariamente un hecho: juzgados y juzgadores en un mismo pie de igualdad, dado que poseen el mismo conocimiento, el mismo saber.

Teniendo reglas claras, las leyes de fondo que contienen las prohibiciones y las penas, y las leyes de forma que reglamentan el proceso, la obtención de las pruebas, sólo será indispensable el simple y ordinario buen sentido del que hace referencia Beccaria, y nada de ciencia ni tecnicismos (varios libros de lógica y verdad del derecho como también de dogmática científica –resabios posmodernos de la antigua inquisición– quedarían en desuso). En este sentido, es una garantía fundamental del imputado ser juzgado por sus iguales y no por jueces profesionales.

Respecto del segundo rasgo:

“Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo (sic) cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y



a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos".²³

Esta cita contiene una idea medular –complementaria de la anterior– para la actividad judicial en un Estado de derecho y democrático: todo acusado de un delito posee el derecho de la presencia, en el juicio, de terceros ajenos al interés de las partes, de ciudadanos no involucrados directamente en el litigio, que son necesarios para limitar tanto el ejercicio del poder represivo estatal, en el caso de jueces profesionales, como de la actividad judicial del jurado, en el caso de jueces ciudadanos.

A puertas cerrada –como ocurría en la época de Beccaria en la totalidad del proceso, como ocurre hoy en día en gran parte del proceso– todo es posible, todo es viable a favor del poder estatal (y desfavorable para el imputado) en su principal auto-función de buscar la verdad en el imputado, de sacar saber utilizando los métodos indagatorios que sean necesario para conseguir dicho fin, teniendo como máximo exponente la tortura, el uso de la violencia desmedida, arbitraria, irracional (en nuestra historia encontramos innumerables ejemplos. Asimismo téngase en cuenta la cotidiana aplicación de la tortura en comisarías y prisiones.

En cambio, a puertas abiertas todo es diferente: las fuerzas y las pasiones tendrán lugar dentro de un marco rígido, no podrán extralimitarse, tendrán un freno impuesto por la misma sociedad, la cual vigilará, mediante la opinión pública, los juicios y las pruebas del delito. Con la presencia del público en el proceso todo

²³ Beccaria, Cesare. *Ob. Cit.* Pág. 89.



acto estatal sufrirá límites, pues habrá ojos más allá de los del acusado débil (único observador crítico en los juicios inquisitivos, él solo contra el poder punitivo): ante todo estarán los ojos de su defensor técnico, y fundamentalmente los ojos de la opinión pública, terceros ajenos al poder y al acusado, cuyo principal interés será el control del ejercicio del poder represivo estatal.

El respeto del principio de publicidad implica que el juego de las miradas se revierte, aunque sea sólo en el procedimiento penal: en el sistema inquisitivo las miradas se proyectan desde el poder sobre un sujeto, desde el aparato de jueces y operadores de la justicia hacia la persona del imputado, la única víctima de las miradas indagadoras.

Por el contrario, en un procedimiento respetuosos del principio de publicidad en cada uno de sus actos, las miradas se proyectarán desde la sociedad sobre el poder, pero en un doble juego de mirada: la mirada desde el imputado y la mirada desde los ciudadanos terceros no partes, hacia las actividades tanto de una justicia profesionalizada como de una lega, y las miradas serán tanto más penetrantes sobre la primera como más relajadas sobre la segunda, en este último caso dado que en el juego todos participarán con igualdad de saber y de poder.

Hasta aquí el pensamiento de Beccaria, la raíz modernas del principio de publicidad. Como primera conclusión, se puede decir que la presencia de terceros ajenos a los intereses de las partes en el juicio, ya sea como simples observadores o como intervinientes activos (jueces ciudadanos), implica una garantía fundamental para el imputado, dado que se garantiza fundamentalmente,



1) por un lado, una lucha entre iguales, con igual conocimiento, con iguales armas, con igual poder de acusar, juzgar y defenderse –sin ningún interés posterior como ocurría en la inquisición de fines del siglo XII en adelante, donde el juez-soberano buscaba indagando una verdad a puertas cerradas, en secreto–; 2) y por otro, “un juicio controlado por terceros no partes, quienes con sólo vigilar los actos de los juzgadores (sea el Estado o la sociedad) limitan su poder, evitando, en lo posible, todo tipo de arbitrariedades, de excesos”.²⁴

De ahora en adelante veremos este principio en la doctrina contemporánea.

En el sistema garantista elaborado por Ferrajoli, la publicidad – el requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio–, es una garantía procesal de segundo orden o instrumental, junto a la oralidad, la legalidad o ritualidad del procedimiento y la motivación de las decisiones. Instrumentales respecto de las garantías procesales primarias o epistemológicas, que son la formulación de la acusación (axioma 8), la carga de la prueba (axioma 9) y el contradictorio con la defensa (axioma 10). En este sentido las primeras son garantías de garantías respecto de las segundas. La publicidad, junto con la oralidad, son “rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio” del proceso penal –formado por las garantías epistemológicas–, por contraposición al método inquisitivo, caracterizado por el secreto y la escritura.

²⁴ Binder, Alberto. *Ob. Cit.* Pág. 35.

Según Ferrajoli los procedimientos de la formulación de hipótesis –con lo que ello implica, a saber: “1) la aportación de la prueba que sustentaría la hipótesis acusatoria por la parte que acusa, 2) con el fin de ser expuesta dicha acusación al imputado y a su defensor, para que éstos, haciendo uso del derecho de defensa o contradicción, tengan la oportunidad de refutarla– como así también la determinación de la responsabilidad penal por parte del juez, deben producirse públicamente, a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública, y, sobre todo, del imputado y su defensor.”²⁵

La publicidad permite la crítica de las actividades judiciales sobre los jueces y sus resoluciones, lo cual expresa el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón. Es por esta vía, continúa Ferrajoli, “como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial”.²⁶

Bovino menciona tres fundamentos doctrinarios en favor de la publicidad del proceso penal. Los menciono sintéticamente. El primero, según Nino y Vélez Mariconde el proceso debe ser público como lo son todos los actos de un gobierno republicano, con lo cual los actos judiciales deberán estar abiertamente expuestos al conocimiento de la población en general para el control de esos actos por parte

²⁵ Ibid Pág. 87.

²⁶ Ibid. Pág. 92.

de ésta. El segundo, según Binder la publicidad representa, además, “una garantía del imputado, lo cual explica la inclusión de tal garantía en los tratados internacionales de derechos humanos”. El tercero, la publicidad es fundamentada desde el punto de vista del interés estatal, ya que ella es un instrumento idóneo para producir los efectos preventivo -generales del fin de la pena estatal.²⁶

Las únicas posibles excepciones a la publicidad popular serán cuando esté en juego, en el caso concreto, el pudor de alguna persona, el debate y la decisión sobre un menor o un secreto o un acto cuya difusión pública provocaría un perjuicio, agregado al que ya produjo el delito.

- **Modalidades de la publicidad. publicidad interna y externa o popular. control interno y externo.**

Según Clariá Olmedo, “hay tres modalidades procesales relativas a la publicidad o secreto de sus actuaciones”²⁷, las que se desarrollan a continuación:

-Proceso secreto en sentido estricto, en el cual sólo podrán tener acceso a las actividades procesales los funcionarios públicos del proceso y sus auxiliares inmediatos. La reserva de la actividad procesal lo es con respecto a cualquier particular que no sea sujeto específico de ésta. En este sentido, el secreto de las actuaciones lo es no sólo para el público (terceros) sino también para las mismas partes del conflicto.

²⁶ **Ibid.** Pág. 112.

²⁷ Clariá Olmedo, Jorge. **El proceso penal: su génesis y primeras críticas jurisdiccionales.** Pág. 76.

Clariá Olmedo distingue, a su vez, dos manifestación del procedimiento secreto: 1) la más rigurosa es "la imposibilidad de acceder a las actuaciones sumariales cumplidas por el tribunal o por la policía judicial en su caso"²⁹. La menos rigurosa, en cambio, si bien se mantiene la prohibición de intervenir, se admite el derecho a las partes de conocer las actuaciones.-

-Proceso público sólo para las partes interesadas (publicidad interna). En esta modalidad no se tiene en cuenta en realidad sino al imputado y a las partes civiles, o al querellante en su caso, rechazando toda publicidad respecto de terceros.

-Proceso público también para terceros ajenos a las partes interesadas (publicidad popular). Se da cuando el cumplimiento de la actividad procesal tiene lugar a puertas abiertas, permitiéndose el acceso de público en general, esto es, del pueblo, en la extensión permitida por las limitaciones materiales y prácticas.

Conforme a la modalidad de la publicidad (interna o externa, y dejando de lado el secreto en sentido estricto) adoptada por el sistema penal concreto de que se trate, dependerá que el control de la actividad judicial sea, a su vez, interno o externo.

En el supuesto de publicidad interna sólo será factible un control interno, limitado a las partes involucradas directamente en el proceso. En cambio, en el supuesto de publicidad popular será posible, además de un control interno, un control externo o popular, ejercido por terceros no partes, es decir ajenos involucrados indirectamente en el proceso.

²⁹ *Ibid.* Pág. 83.

Así, las dos modalidades de la publicidad, conjuntamente, son de vital importancia para el cumplimiento de determinadas garantías que velan por una equitativa resolución del conflicto, para el arribo, en lo posible, del fin de pacificación que deberá tener todo derecho penal garantista en un Estado de derecho.

En consecuencia, dice Ferrajoli, deberán estar presentes ambas como una forma de asegurar el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial, adjudicándole concretamente al externo –al cual denomina responsabilidad social del juez (además de la jurídica)– la principal garantía de control sobre el funcionamiento de la justicia, expresando “la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública”³⁰, control expresado en general por la prensa y en particular por los juristas.

Por esta doble modalidad, se considera a la publicidad como un principio complejo, complejidad que “surge de su carácter de garantía irrestricta del imputado y de su consideración como derecho político de los ciudadanos”³¹, relacionando directamente la publicidad con la exigencia constitucional del juicio por jurados, el cual es, a la vez, una garantía del imputado y un derecho político de los ciudadanos que consiste en la facultad de participar en las decisiones más relevantes de la administración de justicia.

³⁰ Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Pág. 64.

³¹ Binder, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 35.

Beccaria hacía hincapié principalmente en el control externo, del público. Ahora la publicidad adquiere otras modalidades, se complejiza, se completa. El control del público es tan indispensable como el de las propias partes involucradas, más que nada del imputado y su defensor técnico. La presencia de este último es indispensable fundamentalmente en los procesos como el nuestro, donde no hay juicio por jurados, y tanto los juzgadores como los acusadores (fiscales) son profesionales, concedores del derecho, un saber que supuestamente no posee el imputado, quedando de esta manera en una posición más débil respecto de ellos. En este caso, el defensor técnico nivela las desigualdades, siendo su presencia indispensable para el control de las actividades judiciales.

- **Implicaciones que se derivan de la publicidad.**

Para que el juicio (y la confrontación y la contradicción) pueda someterse al control tanto interno como popular, deberá llevarse a cabo, como sostiene Maier, “en una o varias audiencias continuas, hasta su terminación, concentrando sus actos y cumpliéndose oralmente”³¹. Así, un juicio penal público implicará necesariamente:

-la oralidad de los actos procesales, es decir el modo oral y directo de la exposición de la hipótesis acusatoria y la refutación por parte del imputado y la defensa ante los jueces que dictarán la sentencia;

-la concentración y la continuidad de todos los actos del debate, alcanzando también a la sentencia, dado que “ella se debe dictar inmediatamente después del debate”. Cronología del juicio: 1) debate (contradicción entre partes) ante la

³¹ Maier, Julio. **Ob. Cit.** Pág. 124.

presencia ininterrumpida de los jueces, 2) cierre del debate, 3) los jueces deliberan fuera de la sala, 4) regresan a la sala para leer la sentencia;

-que la base de la sentencia deberá ser únicamente los actos válidos incorporados al debate (obligatoriedad de que la sentencia se funde en los actos del debate), siendo los únicos jueces autorizados para dictarla aquellos que presenciaron íntegramente el debate (obligatoriedad de que la sentencia sea dictada por los jueces que participaron en el debate). Según Maier, de esto se deriva las características del juicios de inmediación, concentración y continuidad del debate, dado que de esta manera se posibilita la intervención de la solución del conflicto a todas aquellas personas que tienen un interés legítimo en ella, "con el fin de que controlen y usen los actos que darán fundamente a esa solución"³².

En resumen, la oralidad, concentración y continuidad del proceso garantizan la presencia ininterrumpida de todos los sujetos que participan en un proceso penal, es decir, el imputado, su defensor, el acusador y los jueces que dictarán sentencia. Si bien Maier no los menciona, también deberá tenerse en cuenta a los testigos, sujetos de gran relevancia durante el proceso.

- **Legislación constitucional.**

La Constitución Política de la República en su artículo 14 regula explícitamente, el principio de publicidad surge claramente tanto de su raíz filosófica como también de la conjugación de ciertas normas contenidas en ella. Una interpretación de ciertas reglas contenidas en ella, deduce que es indiscutible que, dentro de su

³² Ibid. Pág. 126.



lógica, el fundamento de una sentencia sólo puede provenir de un debate público e inmediato, ante el tribunal encargado de decidir, integrado, incluso, por ciudadanos.

Frente a esta última exigencia no puede haber la menor duda de que nuestra Constitución tornó imperativo para nuestro país un procedimiento penal cuyo eje principal era la culminación de un juicio oral, público, contradictorio y continuo, como base de la sentencia penal [...] pues no se conoce, históricamente y culturalmente, un juicio con jurados sin audiencia oral y continua, sin la presencia ininterrumpida del acusador, del acusado y del tribunal.

El principio de publicidad también se encuentra expresamente legislado en el Derecho Internacional de Derechos Humanos, el cual tiene plena vigencia constitucional conforme al Artículo 46, por ejemplo:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Artículo 10, establece que toda persona tiene derechos, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” y en el Artículo 11, establece que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Artículo 8, inciso 5º, establece que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Artículo 14, inciso 1º, establece que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías.

Visto el conjunto de normas vigentes jurídico constitucionalmente, válidas conforme el nivel de discurso ético-político analizado en este capítulo 2, es indiscutible el mandato de nuestra Constitución, en el sentido de que “el proceso judicial penal deberá llevarse a cabo públicamente, en la modalidad de la publicidad tanto interna como externa o popular”.³⁴

2.4.2 Nivel jurídico-legal y sociológico-empírico.

- **La publicidad y la media publicidad. La publicidad en el sistema mixto bifásico: instrucción secreta y juicio oral público.**

Tenemos en claro, hasta aquí, los fundamentos del principio de la publicidad del proceso penal formulados a nivel ético-político y jurídico-constitucional, como garantía básica del imputado en un derecho penal propio de Estado de derecho y democrático, y sus consecuencias respecto del ejercicio transparente tanto del ejercicio del poder represivo estatal, en el caso de jueces profesionales, como de la actividad judicial del jurado, en el caso de jueces ciudadanos, permitiendo un control no sólo por parte de los sujetos involucradas en el litigio sino también de los ciudadanos no partes, control que implica necesariamente un límite y una racionalización de la actividad judicial.

³⁴Ibid. Pág. 251.



En este sentido se advierte, analizando ahora el principio a nivel jurídico-legal, una contraproducente discrepancia o antinomia entre normas y principios del nivel superior y normas y praxis del nivel inferior”, entre validez (e inefectividad) de la normas constitucionales, que tienen como fuente principal el discurso ético-político decimonónico, concretamente el pensamiento de Beccaria, y la efectividad (e invalidez) de las normas legales.

Ferrajoli, haciendo un análisis crítico de las normas legales que regulan el procedimiento penal italiano, análisis válido también en nuestro sistema normativo dada la semejanza de ambos en lo que respecta a la publicidad, advierte una lamentable vulneración de este principio, fundamentalmente debido a la estructura bifásica que caracteriza el proceso penal propio de un sistema mixto, o mejor, inquisitivo con pequeños injertos acusatorios: una primera fase, la instrucción o investigación preliminar, previa al juicio oral, y una segunda fase, el juicio oral. “Esta estructura bifásica lo que en realidad permite es una media publicidad: secreto en la fase instructoria, con la consecuencia de quedar abierto a indiscreciones incontroladas”, y “público y solemne en la fase del juicio oral”³⁵.

Nuestro código procesal penal contiene, debidamente, el secreto en sus dos manifestaciones: externo, secreto frente al público (contemplado de manera absoluta), e interno, secreto entre acusado y defensor (contemplado como una excepción a la regla –publicidad interna relativa–).

³⁵ Ferrajoli, Luigi. **Ob. Cit.** Pág. 86.



Respecto del secreto externo, el art. 314 establece: “Todos los actos de la investigación serán reservados para los extraños. Las actuaciones solo serán examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios (...)” De esta manera, el código excluye la publicidad popular y, por ende, todo tipo de control por parte de terceros no partes.-

Respecto del secreto interno, la tercera parte del artículo 134 del Código Procesal Penal, prescribe: “No obstante, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad y si no hubiere auto de procesamiento, el Ministerio Público podrá disponer, para determinada diligencia, la reserva total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, los interesados podrán solicitar al juez que ponga fin a la reserva”. De esta manera, el código excluye la publicidad interna, y, por ende, todo tipo de control por las mismas partes del procedimiento.

- **La publicidad y los medios masivos de comunicación. Los perjuicios de la media publicidad.**

En el nivel de análisis sociológico-empírico de la publicidad, el problema se complejiza: la publicidad externa es, de hecho, contraproducente para el imputado y para la resolución del litigio.

Según Ferrajoli, la “híbrida unión de secreto y resonancia en la fase instructoria y en la del juicio oral respectivamente, comporta para el imputado una doble



desventaja, tanto del secreto como de la publicidad”.³⁶ Dice este autor que la primera fase, secreta y sustancialmente inquisitoria, tiende a la degradación del juicio contradictorio y a la consiguiente hipervaloración de las funciones inquisitivas sobre las jurisdiccionales, cuestión que se agrava en cuanto que, en contraste con la falta de publicidad formal, la fase de investigación viene acompañada de una mayor publicidad de hecho, ya que sólo a esta fase prestan atención los “mass media”.

Ferrajoli hace mención a los rumores en torno al proceso. Estos rumores – actualmente acrecentados por la desinformación o informaciones a medias, con claras tendencia, en la mayoría de los casos, a la presunción de culpabilidad del imputado (olvidando el principio de inocencia)– que brindan los medios masivos de comunicación acerca de las actuaciones policiales y judiciales, implican una de las consecuencias más nefastas de los efectos del proceso penal: la estigmatización que produce sobre el imputado no ya la pena sino el proceso mismo.

La media publicidad del sistema mixto, dice Ferrajoli, implica una publicidad sólo de las acusaciones –la incriminación, la privación de la libertad o quizá la prueba de cargo– y no también de las defensas, transformándose así su función de garantía frente al arbitrio en instrumento añadido de penalización social preventiva. Habrá entonces una “publicidad máxima de las hipótesis acusatorias, que contrasta con el secreto instructorio que cubre formalmente las pruebas incluso frente al mismo acusado, y de la infravaloración pública del debate

³⁶ *Ibid.* Pág. 93.

contradictorio, no obstante las formalidades, solemnes y recíprocas, que se le garantiza”.³⁷

En este sentido, esto es una paradoja o, mejor, una lamentable contradicción del principio de publicidad, una paradoja en el sentido de una publicidad mal entendida, con fundamentos muy diferentes a los ético-políticos formulados desde Beccaria hasta la actualidad. En la publicidad de hecho, tal cual la ejercida por los medios masivos de comunicación (y que consiste básicamente en el relato retaceado de un periodista de las actuaciones judiciales, quien diagnostica infundadamente una irreversible presunción de culpabilidad), no se tiene en mente una garantía del imputado ni un derecho político del control ciudadano respecto de las actuaciones del poder punitivo estatal, en el sentido de limitarlo mediante la opinión pública, sino que directamente es un medio que permite verificar si el sistema judicial funciona bien o mal, siendo que funciona bien cuanto más procesamientos con prisión preventiva y condenas haya.

Esta publicidad a medias de la fase preparatoria, es una garantía ciudadana y en contra de la peligrosidad del imputado, una garantía que permite controlar que el Estado, en un acto de defensa social contra la ola de delincuencia, hace justicia encerrando delincuentes peligrosos.

El efecto inmediato, como dice Ferrajoli, es la estigmatización del proceso penal que soporta el imputado. Entendido así, el proceso, y no la pena, se convierte “en la moderna estrategia del control penal”³⁸, conclusión confirmada por la realidad

³⁷ *Ibid.* Pág. 252.

³⁸ *Ibid.* Pág. 241.



judicial de hoy día: inflación de los procesos penales, prevalencia del número de presos en prisión preventiva sobre los presos con penas efectivas. La prisión preventiva es una pena en sí misma, anticipada, que genera una culpabilidad preventiva, sin juicio y por ende inconstitucional por ser violatoria del Artículo 14 de la Constitución Política de la República. Pero esta pena preventiva se ve hoy día notablemente agravada por la publicidad que se le hace en su favor.

Así, la sanción no es tanto la pena formal estatal, sino más bien una pena informal y más terrible: la difamación pública del imputado, que ofende irreparablemente su honorabilidad y sus condiciones y perspectivas de vida y trabajo; y si hoy puede hablarse todavía del valor simbólico y ejemplar del derecho penal, se atribuye no tanto a la pena como al proceso y más exactamente a la actuación y a la amplificación que realizan, sin posibilidad de defensa, la prensa y la televisión.

Esta realidad cotidiana de las informaciones policiales y judiciales por parte de los medios masivos de comunicación internalizada en el imaginario colectivo (informaciones defensoras, consciente o inconscientemente, de un sistema penal propio de un Estado autoritario y totalitario), hacen reaparecer, afirma Ferrajoli, "la antigua función infamante característica del derecho penal premoderno... Sólo que el rollo y la picota han sido hoy sustituidos por la exhibición pública del acusado en las primeras páginas de los periódicos o en el televisor; y no como consecuencia de la condena, sino de la acusación, cuando todavía es un presunto inocente"³⁹.

II. De lo anterior pueden surgir varias interpretaciones. Una interpretación podría concluir que la solución sería la censura de todo tipo de información por parte de

³⁹ Ibid. Pág. 242.



los medios masivos de comunicación, relacionadas a las causas penales en las cuales no haya aún sentencia firme, o una censura respecto de la etapa preparatoria y no respecto del juicio oral. Esta sería la más reaccionaria y sencilla. Otra interpretación, más democrática y enmarcada en un Estado de derecho y un derecho penal garantista, sería la reforma del sistema procesal penal, tendiente a reducir al máximo los plazos de la investigación preliminar y televisar acríticamente el juicio oral.

En este último sentido, advirtiendo la ineffectividad de la publicidad a nivel jurídico-legal, lo cual impide hacer efectivo el principio conforme a su fuente ético-política — ya sea por el desconocimiento de los ciudadanos de la realización de los juicios, o por la ubicación de los tribunales, o por lo laberíntico de las estructuras internas de los edificios, o por el confuso idioma tribunalicio—, defiende la televisación del juicio oral, siempre y cuando la necesaria transformación en el desarrollo del juicio por el efecto de la influencia de las cámaras dentro de la audiencia, no tenga efectos negativos.

Por el contrario, la publicidad busca actuar positivamente sobre el desarrollo del juicio, en el sentido de lograr que los intervinientes actúen de cierto modo al sentir que su actuación está sometida a la exposición pública. De esta manera, la televisión, según Bovino, “representa el control más ‘inmediato’ de los medios de prensa, porque ella llega a un número indeterminado de personas, como también



porque ella es la que tiene posibilidades de reproducción más ricas y más fieles de lo que sucede en la sala de audiencias”⁴⁰.

Se advierte como los medios masivos de comunicación tienen su pro y su contra respecto de la publicidad del proceso. Es perjudicial en la etapa preparatoria, pero es beneficiosa en la fase del juicio oral. Y en este último sentido, “la televisación del juicio penal es la herramienta más idónea para acordar un nuevo significado al principio republicano de la publicidad en el contexto histórico actual, más acorde con su sentido histórico y político, ya que mediante ella aumenta la posibilidad de los ciudadanos de ‘asistir’ al juicio”⁴¹.

Por su parte, Roxin se pronuncia en contra de la televisación del juicio oral, admitiendo sólo la publicidad directa de las salas de audiencias, dado que puede modificarse “de forma imprevisible el comportamiento del acusado y de los testigos, como así también puede llegar a convertir al tribunal, con mucha más facilidad, en víctima de los prejuicios y expectativas extendidos”⁴². Como dije más arriba, Roxin analiza la publicidad a nivel jurídico-legal.

Dichos fundamentos son inadmisibles en un sistema procesal como el nuestro, donde la publicidad debe garantizarse independientemente de las modificaciones sensibles de los sujetos procesales. Pero también, fundamentalmente, porque la publicidad es un derecho tanto de las partes como de los ciudadanos en general

⁴⁰ Maier, Julio. **Ob. Cit.** Pág. 143.

⁴¹ **Ibid.** Pág. 145.

⁴² Roxin, Claus. **Ob Cit.** Pág. 194.



de controlar las actividades judiciales, sin importar los prejuicios y las expectativas de que pueda llegar a ser víctima el tribunal.

CAPÍTULO III

3. Lavado de dinero.

El lavado de dinero es el método por el cual una persona criminal, o una organización criminal, procesa las ganancias financieras resultado de actividades ilegales. Como en cualquier negocio legítimo, una empresa criminal necesita tener rápido acceso a las ganancias adquiridas a través de la venta de bienes o servicios.

A diferencia de un negocio legítimo, sin embargo, la empresa criminal no puede operar abiertamente. Debe esconder la naturaleza, localidad, procedencia, propiedad o control de beneficios producidos por su negocio, para evitar ser detectado por las autoridades competentes. A través del lavado de dinero, el criminal (sea una persona, una organización, o un especialista en lavado de dinero) transforma las ganancias monetarias derivadas de una actividad criminal en fondos provenientes, aparentemente, de una fuente legal.

“Toda la actividad del lavado de dinero cae en una de dos categorías:”⁴³ conversión o movimiento. La conversión tiene lugar cuando los productos financieros cambian de una forma a otra, como cuando se compra un giro o un automóvil con ganancias ilícitas; los productos ilícitos originales han cambiado de forma, de dinero en efectivo a un giro o a un automóvil. Se produce un movimiento, cuando los mismos productos financieros cambian de localidades,

⁴³Alba, Ricardo. Programa y manual uniforme para prevenir el lavado de dinero en América Latina. Pág. 26.



como cuando los fondos son transferidos telegráficamente a otra ciudad o enviados a través del correo. Un comerciante legítimo hace cada día los mismos tipos de conversiones o movimientos para su empresa (por ejemplo: adquisiciones de capital, inversiones, ventas de productos, distribución de dividendos, pago de salarios).

En el proceso de lavado de dinero, el criminal tiene la misma intención: ayudar a su negocio; sin embargo, las conversiones y movimientos del lavado de dinero le permiten disfrazar la verdadera procedencia ilegal de los fondos. Se usa aquí el término lavador de dinero para indicar a cualquiera que lava dinero, incluyendo a personas criminales, empresas criminales, u organizaciones especializadas en lavado de dinero.

El lavado de dinero tiene lugar en tres etapas. En la inicial, o etapa de colocación, el lavador de dinero dispone de los productos en efectivo originalmente derivados del crimen, ya sea insertándolos directamente dentro del sistema financiero o moviéndolos a otro lugar. En la etapa de estratificación, el lavador de dinero intenta separar los productos ilegales de su procedencia ilícita sometiéndolos a una serie de transacciones financieras (tanto de conversiones como de movimientos). El lavador espera con eso no sólo hacer la conexión más difícil, sino imposible de detectar. La última o etapa de integración es donde el lavador crea la justificación o explicación que parece legítima para los fondos ahora lavados y los mete abiertamente dentro de la economía legítima como inversiones o a través de adquisiciones de bienes.



El lavador de dinero usa una o una variedad de técnicas para lavar los productos ilícitos. Además, él tiene a su disposición ciertos mecanismos e instrumentos monetarios comunes que facilitan su trabajo. En términos simples, el lavador de dinero es sólo un comerciante cuya meta es maximizar sus ganancias para proveer un servicio financiero mientras minimiza el riesgo para él y sus clientes. Sin embargo, como el lavador provee un servicio ilegal, debe usar versiones modificadas de técnicas comerciales legítimas.

3.1 Técnicas del lavado de dinero.

Una técnica de lavado de dinero “es un procedimiento individual o paso en el lavado de productos ilegales, similar a una transacción comercial individual legítima”.⁴⁴ Algunas de las técnicas más comunes de lavado de dinero incluyen las siguientes:

Estructurar, o hacer trabajo de pitufo o trabajo de hormiga: En la estructuración, uno o varios individuos (pitufos) hacen múltiples transacciones con fondos ilegales por cierto período de tiempo, en la misma institución o en varias instituciones financieras. Las grandes sumas de dinero en efectivo, que son el resultado de actividades criminales, son estructuradas o divididas en cantidades inferiores al límite de dólares a partir del cual las transacciones son registradas. Los fondos pueden ser depositados, transferidos telegráficamente, o usados para adquirir otros instrumentos monetarios.

Complicidad de un funcionario u organización: Individualmente, o de común

⁴⁴Ibid. Pág. 56.

acuerdo, los empleados de las instituciones financieras o comerciales facilitan el lavado de dinero al aceptar a sabiendas grandes depósitos en efectivo, sin llenar el Registro de Transacciones en Efectivo (Currency Transaction Reports, o CTR) cuando es necesario, (o formulario de la Intendencia de Verificación Especial correspondiente para Guatemala). Esta técnica permite al lavador evitar la detección asociándose con la primera línea de defensa contra el lavado de dinero, o sea, el empleado de una institución financiera.

Mezclar: En esta técnica, el lavador de dinero combina los productos ilícitos con fondos legítimos de una empresa, y después presenta la cantidad total como renta de la actividad legítima de tal empresa. La mezcla confiere la ventaja de proveer una casi inmediata explicación para un volumen alto de efectivo, presentado como producto del negocio legítimo. Al menos que la institución financiera sospeche que hay un problema con la transacción (por ejemplo, determinando que los recibos comerciales son demasiado altos para el nivel comercial de cierta vecindad), la mezcla de fondos ilegales es difícil de ser detectada por las autoridades competentes.

Compañías de fachada: Una compañía de fachada es una entidad que está legítimamente incorporada (u organizada) y participa, o hace ver que participa, en una actividad comercial legítima. Sin embargo, esta actividad comercial sirve primeramente como máscara para el lavado de fondos ilegítimos. La compañía de fachada puede ser una empresa legítima que mezcla los fondos ilícitos con sus propias rentas. Puede ser también una compañía que actúa como testaferro, formada expresamente para la operación del lavado de dinero. Puede estar



ubicada físicamente en una oficina, o a veces puede tener únicamente un frente comercial; sin embargo, toda la renta producida por el negocio realmente proviene de una actividad criminal. En algunos casos, el negocio está establecido en otro estado o país para hacer más difícil rastrear las conexiones del lavado de dinero.

Compras de bienes o instrumentos monetarios con productos en efectivo: En esta técnica, un lavador de dinero compra bienes tangibles (tales como automóviles, embarcaciones, aviones, artículos de lujo, propiedades y metales preciosos) o instrumentos monetarios (tales como giros bancarios, giros postales, cheques de gerencia o de viajero, y valores) con la masa de efectivo que se origina directamente de una actividad criminal. A menudo, el minorista que vende el artículo al lavador lo hace a sabiendas, y hasta podría ser un empleado de la organización criminal. Posteriormente, el lavador usa los bienes comprados, para continuar su actividad criminal (por ejemplo, transporte, escondites, etc.), como método para cambiar la forma del producto, o para mantener un estilo de vida lujoso.

Contrabando de efectivo: Esta técnica involucra el transporte físico del efectivo obtenido de una actividad criminal a localidades fuera de Estados Unidos. El lavador puede transportar el efectivo por avión, barco, o vehículo a través de la frontera terrestre. El efectivo puede estar escondido en el equipaje, en compartimientos secretos del vehículo, o ser llevado consigo mismo por la persona que actúa de correo. Puede estar mezclado con fondos transportados por transportes blindados, escondido en artículos de exportación (por ejemplo, neveras, hornos microondas, etc.) o embalado en contenedores marítimos. A



pesar de las limitaciones que supone el volumen físico del dinero en efectivo, los lavadores de dinero han demostrado el más alto grado de imaginación al encontrar nuevos medios para mover el producto criminal en efectivo. El contrabando de dinero en efectivo, si resulta exitoso, otorga al lavador la ventaja de destruir completamente las huellas entre la actividad criminal que genera fondos y la colocación real de tales fondos dentro del circuito financiero. Estos productos pueden posteriormente volver al país, por medios aparentemente legales como transferencias telegráficas o transacciones con giros bancarios.

Transferencias telegráficas o electrónicas: Esta técnica involucra el uso de la red de comunicaciones electrónicas, de bancos o de compañías que se dedican a transferencias de fondos comerciales, para mover el producto criminal de un sitio a otro. Por medio de este método, el lavador puede mover fondos prácticamente a cualquier parte del país o al extranjero. El uso de transferencias telegráficas es probablemente la técnica más importante usada para estratificar fondos ilícitos, en términos del volumen de dinero que puede moverse, y por la frecuencia de las transferencias. Los lavadores prefieren esta técnica porque les permite enviar fondos a su destino rápidamente, y el monto de la transferencia normalmente no está restringido. Después de transferir los fondos varias veces, especialmente cuando esto ocurre en una serie de transferencias sucesivas, se vuelve difícil la detección de la procedencia original de los fondos. Hasta hace poco en el país, no se limitaba las cantidades que podían ser transferidas electrónicamente dentro o fuera del país, ni requería informes sobre las transacciones entre cuentas o instituciones financieras.



Un refinamiento adicional en el uso de transferencias telegráficas es transferir fondos desde varios sitios dentro de un país o región a una cuenta canalizadora ("conduit account") en cierta localidad. Cuando el saldo de la cuenta alcanza cierto nivel o umbral, los fondos son transferidos, automáticamente, fuera del país. Los umbrales evitan pérdidas masivas cuando los organismos de fiscalización tienen éxito en confiscar o bloquear la cuenta.

Cambiar la forma de productos ilícitos por medio de compras de bienes o instrumentos monetarios: Bajo esta técnica, el lavador de dinero cambia los productos ilícitos de una forma a otra, a menudo en rápida sucesión. El lavador puede, por ejemplo, adquirir cheques de gerencia con giros bancarios o cambiar giros por cheques de viajero. Los productos se vuelven más difíciles de rastrear a través de estas conversiones; además, dichos productos se vuelven menos voluminosos, con lo cual se hace menos probable su detección si se los transporta de o hacia el país. En algunos casos, los casinos u otras casas de juego pueden facilitar el lavado de dinero convirtiendo los productos criminales en fichas. Después de un corto tiempo, el lavador cambia las fichas por cheques o efectivo.

Venta o exportación de bienes: Esta técnica se relaciona con situaciones en las cuales los bienes adquiridos con productos ilegales son vendidos en otra localidad o exportados. La identidad del comprador original se vuelve borrosa, lo cual hace difícil la determinación de la verdadera procedencia del delito.

Ventas fraudulentas de bienes inmuebles: El lavador compra una propiedad con el producto ilícito por un precio declarado significativamente mucho menor que el valor real. El paga la diferencia al vendedor, en efectivo por debajo de la mesa.



Posteriormente, el lavador puede revender la propiedad a su valor real para justificar las ganancias obtenidas ilegalmente a través de una renta de capital ficticia.

Establecimiento de compañías de portafolio o nominales: Una compañía de portafolio es una entidad que generalmente existe solamente en el papel; no participa en el comercio (a diferencia de una compañía de fachada). En el lavado de dinero, se usan tales compañías para enmascarar el movimiento de fondos ilícitos. Las compañías de portafolio ofrecen la cobertura confidencial de una sociedad anónima, disfrazando a sus verdaderos dueños por medio de una representación nominal tanto para los accionistas como para los directores. Ellas se pueden formar rápidamente y se convierten en entidades legales que pueden dedicarse a cualquier negocio excepto a aquellos expresamente prohibidos por las leyes bajo las cuales se establecieron, o por sus estatutos.

Una compañía de portafolio también puede ser una sociedad anónima en reserva ("shelf company"). El término "shelf" se refiere a una compañía cuya constitución de sociedad fue otorgada por el gobierno a un agente o apoderado (como un abogado) antes de la formación de la compañía. El agente mantiene inactiva el acta de constitución de sociedad hasta que es adquirida por un cliente y se forma la compañía. "En estos casos, la junta directiva registrada de la sociedad anónima está formada por asociados del apoderado y no tiene relación con los verdaderos



dueños de la sociedad anónima una vez que ésta es comprada del apoderado ("off the shelf") y entra en vigencia".⁴⁵

Complicidad de la banca extranjera: Las instituciones financieras extranjeras pueden proporcionar una explicación legítima del origen de fondos lavados; una explicación que no se puede confirmar por las leyes de reserva o secreto bancario o de sociedades anónimas en el país extranjero. Así como en el tema de la complicidad de un funcionario o de una organización financiera descrito anteriormente, la institución financiera puede, a sabiendas o por ignorancia, ayudar en este proceso.

Trasferencias inalámbricas o entre corresponsales: Esta técnica presume que una organización de lavado de dinero puede tener dos o más filiales en diferentes países, o que podría haber alguna clase de filiación comercial entre dicha organización y su contraparte ubicada en el extranjero. Los fondos a ser lavados entran en la filial en un país y después se los hace disponibles en un segundo país en la misma moneda o en otra diferente. Como hay una relación de corresponsalía entre las dos filiales, no se necesita transportar los fondos físicamente. Tampoco hay necesidad de transferir los fondos electrónicamente. La coordinación entre ambas terminales de la operación se lleva a cabo por teléfono, fax, o por algún otro medio arreglado de antemano. Las casas de cambio de Estados Unidos y América Latina tienen mala fama por el uso de esta técnica de lavado de dinero. Los grupos de crimen organizado en Asia son conocidos por usar el mismo método, el método del vale ("chit system"), en el cual el vale otorgado por fondos

⁴⁵Ibid. Pág. 67.



recibidos en un país se canjea por fondos en otro país.

Falsas facturas de importación/exportación o doble facturación: Esta técnica se lleva a cabo sobredeclarando el valor de las importaciones y exportaciones. Por ejemplo, si las importaciones desde otro país hacia Guatemala, se sobrevalúan en la factura comercial, entonces, cuando se paga dicha factura, la diferencia entre el valor real de la mercadería y lo sobrevaluado puede ser ajustada como producto criminal. La sobrefacturación de exportaciones desde permite una justificación legítima de fondos recibidos del extranjero.

Garantías de préstamos: Usando como garantía los depósitos de fondos ilícitos (o, por ejemplo, los certificados de depósito, valores, etc., adquiridos con productos ilícitos) el lavador de dinero obtiene préstamos totalmente legales. A través de estos préstamos, el lavador puede adquirir bienes inmuebles, negocios, u otros bienes. Los productos criminales originales han pasado a tener otra forma y la conexión con su verdadero origen se hace aún menos aparente.

Venta de valores a través de falsos intermediarios: Bajo esta técnica el lavador se vende valores a sí mismo a través de un falso intermediario, generalmente una compañía de portafolio. El intermediario hace que suba el precio de los valores mantenidos por el lavador a través de la infusión de productos derivados criminalmente. El lavador puede entonces vender las acciones y mostrar una ganancia aparentemente legal.

3.2 Los mecanismos del lavado de dinero.

Un mecanismo del lavado de dinero es una empresa comercial o financiera que



facilita el lavado. Muchas de las mismas empresas financieras (por ejemplo, bancos y casas de cambio) que participan en negocios legítimos también toman parte, a sabiendas o sin saber, en el lavado de fondos ilegales. Según prácticas comerciales modernas, las distinciones entre los varios tipos de negocios que ofrecen servicios financieros se han vuelto borrosas. De este modo, un negocio de cambio de moneda puede también servir para transmitir fondos, o un prestamista puede cambiar cheques y operar como agente de una compañía telegráfica, por ejemplo. Algunos de los tipos de mecanismos más comunes en el lavado de dinero son:

- Bancos, incluyendo bancos comerciales, bancos privados, e instituciones de ahorro (por ejemplo, asociaciones de ahorro y préstamos, bancos cooperativos, etc.)
- Corredores de bolsa o de productos
- Bancos o compañías de inversiones (por ejemplo fondos mutuos)
- Cambios de moneda extranjera; La casa de cambio es probablemente el ejemplo más notable de este mecanismo usado para lavar dinero. Las casas de cambio están concentradas a lo largo de la frontera sudoeste de Estados Unidos y en varias otras áreas metropolitanas de mayor importancia de Estados Unidos, con grandes poblaciones de origen hispánico. También son muy comunes en países latinoamericanos donde algunas veces forman un sistema bancario paralelo. En Estados Unidos las casas de cambio han servido frecuentemente como lavadores de dinero a través del servicio financiero que ellas proporcionan a sus clientes.



- Libradores, tenedores o beneficiarios, o cajeros de cheques de viajero, cheques, giros, o instrumentos similares: En muchas áreas de Estados Unidos las casas de cambio de cheques y giros se han convertido, cada vez más, en una fuente de preocupación por su uso potencial para el lavado de dinero. Las reglamentaciones federales y estatales que ignoraron este tipo de institución financiera no bancaria han promovido el crecimiento de estos negocios. Tal como sucede con las casas de cambio, dichas instituciones han mostrado la tendencia a convertirse en proveedores completos de servicios financieros.
- El servicio postal (en la venta de giros postales)
- Prestamistas
- Compañías de préstamos o financieras
- Compañías que operan en el envío de remesas o envíos de dinero
- Casinos o casas de juego
- Compañías de seguro
- Operadores de metales preciosos, piedras o joyas
- Agencias de viaje
- Venta de automotores minorista (incluye automóviles, aviones y embarcaciones)
- Compañías inmobiliarias.

3.3 Instrumentos para el lavado de dinero.

Según lo mencionado anteriormente, un lavador de dinero usa mucho los instrumentos financieros que también son usados por las empresas comerciales legítimas. “Ciertos instrumentos financieros son más conducentes o preferidos por los lavadores de dinero por su conveniencia o porque ellos facilitan el ocultamiento de la procedencia original de los fondos que ellos representan.”⁴⁶ Los siguientes elementos son algunos de los instrumentos para el lavado de dinero más frecuentemente usados:

- **Dinero en circulación:** El dinero en circulación, o efectivo, es el medio común de intercambio en la transacción criminal original (como por ejemplo, venta de narcóticos, extorsión, robo de banco, etc.). Estos tipos de transacciones generan billetes de baja denominación, de US\$50 o menores. El dinero en circulación es el componente básico o materia prima que el lavador de dinero procesa para su cliente. El lavador se enfrenta con la elección básica de intentar colocar el dinero dentro del sistema financiero sin ser detectado por las autoridades competentes o contrabandear el dinero fuera del país.
- **Cheques de gerencia:** Un cheque de gerencia es un cheque que el banco libra contra sí mismo. Es relativamente fácil de conseguir y poco costoso y se lo considera tan bueno como dinero en efectivo. Muchos lavadores de dinero adquieren cheques de gerencia con productos ilegales en efectivo, como uno de los primeros pasos de un esquema de lavado de dinero.

⁴⁶ Red de Fiscalización de Crímenes Financieros. **Disfrazado de activos**. Pág. 86.



- Cheques personales: Los cheques personales son cheques librados contra una cuenta individual o de una entidad de comercio. Nuevamente, estos instrumentos son fáciles de obtener y baratos. En algunos esquemas de lavado de dinero, el dinero está estructurado en cuentas bancarias personales mantenidas bajo nombres ficticios. La organización del lavado de dinero controla las chequeras y envía cheques endosados y completos como medio de transferir dinero. A menudo los cheques muestran sólo un nombre y ninguna otra identificación personal.

- Giros: Un giro es otro instrumento de cambio emitido (previo pago de una determinada suma) por: el servicio postal, bancos, o por operadores de compañías que emiten giros. Generalmente son usados por individuos que no tienen una cuenta corriente, para pagar cuentas o enviar dinero a otra localidad. Como generalmente no se pide a los compradores que se identifiquen (a través de números de cuentas o documentos de identificación), los lavadores de dinero naturalmente tienden a preferir la compra de giros con productos criminales, como otro paso en los esquemas particulares del lavado de dinero.

Giros bancarios: Un giro bancario es un cheque librado por un banco contra sus propios fondos, los cuales están depositados en otro banco con el cual mantiene relación de corresponsalía. Uno de los giros bancarios más usados en el lavado de dinero es el giro bancario del extranjero, y específicamente aquellos librados por bancos mexicanos. Los giros bancarios permiten a un comerciante legítimo (o a un lavador de dinero) mover fondos de un país a otro, tan rápidamente como se mueve el dinero en efectivo, (aunque más lentamente que a través de transferencias electrónicas). En el caso de un giro de un banco mexicano, el



lavador de dinero obtiene el giro de un banco en otro país, usando fondos ilícitos, contrabandeados fuera de Estados Unidos. El giro por sí mismo representa el dinero del banco depositado en una cuenta de un banco de Estados Unidos pero pagadero al comprador u a otra persona designada por el comprador. El lavador puede entonces transportar el giro de un banco extranjero a Estados Unidos donde la procedencia original de los fondos no será aparente.



CAPÍTULO IV

4. Violación al derecho de defensa en el procedimiento de lavado de dinero u otros activos.

4.1 Regulación de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos sobre la reserva de las actuaciones.

La reserva de la investigación, como expuse en el capítulo dos, en los procesos penales es una herramienta legal que permite a las autoridades avanzar en las averiguaciones sobre determinados casos, porque de esta forma se evita la fuga de información y alertar a los sindicados para que puedan escapar.

Está regulada en el artículo 314 del Código Procesal Penal, el cual señala que el Ministerio Público, podrá solicitar las medidas necesarias para proteger y aislar indicios en los lugares en que se esté investigando un delito a efecto de evitar la contaminación o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales

La última etapa del proceso penal es el juicio oral y público en el cual un tribunal recibe la prueba que ha sido recabada por las partes, escucha los argumentos y emite una sentencia. El juicio es público porque es la manera en que el poder judicial debe ejercer su función de transparentar la administración de justicia a los ciudadanos. Las actuaciones que se desarrollan durante un proceso penal no son conocidas por personas ajenas al mismo, para asegurar el ejercicio de los derechos de las partes procesales y el éxito de las investigaciones.

La reserva de la investigación en los procesos penales es una herramienta legal que permite a las autoridades avanzar en las averiguaciones sobre determinados



casos, porque de esta forma se evita la fuga de información y alertar a los sindicatos para que puedan escapar.

Un juez puede ordenar la reserva en aquellos casos en que es necesario mantener reservadas las actuaciones porque su conocimiento pondría en peligro el éxito de las diligencias. Durante la fase de investigación puede existir la reserva, la cual implica que determinadas actuaciones de la investigación o su totalidad no sean conocidas por todas las partes.

Con esta medida judicial se protege la integridad física de testigos, peritos y operadores de justicia; no se corre el riesgo de que se borren y contaminen las evidencias sobre determinado expediente que está bajo investigación por las autoridades, y se garantiza la efectividad de las órdenes de aprehensión de algún sindicado.

La reserva durante la investigación está regulada fundamentalmente en el artículo 314 del Código Procesal Penal, el cual señala que el Ministerio Público (MP) podrá solicitar las medidas necesarias para proteger y aislar indicios en los lugares en que se esté investigando un delito a efecto de evitar la contaminación o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.

Este artículo establece que todos los actos de la investigación serán reservados para las personas que no son parte del proceso penal: "Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado (cuando esté ligado a proceso), por las personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios". Es decir, personas ajenas a un proceso bajo



reserva, no pueden conocer los detalles del mismo porque esto se prestaría, entre otras cosas, para la manipulación del caso en investigación.

El Ministerio Público podrá disponer la reserva del proceso por un plazo que no supere los diez días calendario siempre que una persona no haya sido declarada imputada en la causa. Si el MP lo considera necesario puede solicitar otra prórroga por la misma cantidad de días, y en este caso los interesados pueden pedir al juez que finalice la reserva.

Asimismo, la Ley Contra la Narcoactividad permite la reserva de actuaciones en las fases de investigación y preparatoria. También la Ley contra la Delincuencia Organizada -cuyo fin es prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada- señala que durante las investigaciones de los delitos que involucren a grupos criminales organizados se deben garantizar la más estricta confidencialidad.

Esta ley señala que mientras un juez no declare legalmente a una persona como imputada en un proceso penal, no se tendrá acceso a las actuaciones aplicadas a los métodos especiales de investigación como agentes encubiertos, las interceptaciones de comunicaciones y las entregas vigiladas.

La razón de dicha reserva es que el conocimiento de estas actuaciones por parte de integrantes de grupos criminales organizados no sólo afectaría el éxito de estas diligencias de investigación sino que pondría en riesgo la vida de los funcionarios que las realizan.



Aunque algunos abogados defensores ocasionalmente han manifestado su desacuerdo por la reserva de procesos judiciales argumentando violación al derecho de defensa, existen sentencias de la Corte de Apelaciones del ramo Penal y de Corte de Constitucionalidad (CC) que han confirmado la legalidad de esta medida.

La ley contra lavado de dinero u otros activos, regula en su Artículo 10: Reserva de investigación. Por la naturaleza de los delitos que la presente ley contempla, con observancia de lo prescrito en la Constitución Política de la República, las diligencias y las actuaciones llevadas a cabo en el curso del procedimiento preparatorio del proceso penal serán reservadas.

En ese sentido, esta disposición desarrolla en una forma similar a lo preceptuado en el artículo 314 del Código Procesal Penal, que estipula que no obstante, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad y si no hubiere auto de procesamiento, el Ministerio Público podrá disponer, para determinada diligencia, la reserva total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, los interesados podrán solicitar al juez que ponga fin a la reserva.

Ambos textos contradicen lo estipulado en la propia Constitución Política de la República, en cuanto a que el detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita,



tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata.

Es más evidente aún la propia contradicción entre la regulación del legislador y el espíritu que debe prevalecer en el proceso penal, pues el artículo 71 del Código Procesal Penal establece que los derechos que la Constitución y este Código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de particular en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece. Si el sindicado estuviere privado de su libertad, toda autoridad que intervenga en el procedimiento velará para que conozca, inmediatamente, los derechos que las leyes fundamentales del Estado y este Código le conceden.

Significa lo anterior, que además de atentar en contra de los preceptos establecidos en la Constitución Política de la República, resulta contraproducente a la luz del propio proceso penal, pues es inconcebible que el mismo Código regule que desde el acto introductorio puede el imputado hacer valer sus derechos, es decir con solo la mención que se realice de su posible involucramiento en un hecho delictivo, y resulta totalmente contrario al Estado de Derecho, las estipulaciones de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos.



4.2 Arbitrariedad del Artículo 10 de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos.

Tal como fue indicado en un párrafo precedente, además de atentar en contra de los preceptos establecidos en la Constitución Política de la República, resulta contraproducente a la luz del propio proceso penal, pues es inconcebible que el mismo Código regule que desde el acto introductorio puede el imputado hacer valer sus derechos, es decir con solo la mención que se realice de su posible involucramiento en un hecho delictivo, y resulta totalmente contrario al Estado de Derecho, las estipulaciones del artículo 10 de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos.

En este último sentido, el control de las actuaciones queda al libre arbitrio del Estado, teniendo este la doble carga (conflictiva en su interior) de impulsar a la vez de reprimir y controlar sus propias pulsiones. La actividad judicial estará incontrolada, lo cual es perjudicial para el acusado.

El único instante del proceso penal en el cual se cumple el principio de publicidad en su modalidad popular es en el juicio oral, conforme el art. 363, que comienza diciendo, parafraseando, que el debate será oral y público, bajo pena de nulidad, pero finaliza diciendo que el tribunal podrá resolver, aun de oficio, que total o parcialmente se realice a puertas cerradas cuando la publicidad afecte la moral, el orden público o la seguridad. Con lo cual, por cuestiones que sólo un derecho penal autoritario puede avalar, el proceso queda en este sentido sin el debido control popular.

Roxin, haciendo un análisis exclusivamente a nivel jurídico-legal del principio de publicidad respecto del código penal alemán, alega que sólo el juicio oral es público, admitiendo acriticamente el secreto en la etapa de la investigación y la intermedia, esto admitiendo que el principio “es una de las bases del procedimiento penal, sobre todo, una de las instituciones fundamentales del Estado de Derecho”.⁴⁷

4.3 La reserva impide el ejercicio de la defensa material.

Es obvio que nadie puede defenderse de algo que no conoce. Tiene que ponerse en su conocimiento la imputación correctamente deducida. Es lo que se conoce técnicamente bajo el nombre de intimación.

De igual modo se procederá cuando se trate de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba.

El Derecho a ser oído

La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, agregando incluso todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible, o inhibir la persecución penal.

El derecho a que se informe al imputado sobre los beneficios legales que puede obtener si coopera al pronto esclarecimiento de los hechos delictuosos.

⁴⁷Roxin, Claus. **Ob. Cit.** Pág. 24.



4.4 La reserva impide el ejercicio de la defensa técnica.

La defensa técnica , constituye una actividad esencial del proceso penal y admite dos modalidades: a) la defensa material que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial o judicial; y, b) la defensa técnica que está confiada a un abogado que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales. Los pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el derecho irrenunciable del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor.

El abogado goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de sus funciones en defensa de su patrocinado. La ley reconoce expresamente su intervención desde que su defendido es citado o detenido por la policía a interrogar directamente al imputado, testigos o peritos a recurrir a un perito de parte, a participar en todas las diligencias de la investigación a aportar pruebas, presentar escritos tener acceso a los expedientes, recursos ingresar a establecimientos policiales y penales para entrevistarse con su patrocinado, en suma a expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, sea oralmente o por escrito siempre que no se ofenda el honor de las personas.

Es indudable que la defensa técnica es un presupuesto necesario para la correcta viabilidad del proceso. Aun cuando el imputado puede hacer uso de la autodefensa, resulta imprescindible la presencia y asistencia del abogado defensor en el curso del procedimiento.



En este sentido, es ilustrativo lo expresado por el tribunal constitucional de España. La asistencia de letrado es en ocasiones un puro derecho del acusado, en otras además un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho informándole de la posibilidad de ejercerlo e incluso, cuando mantuviese una actitud pasiva procediendo directamente al nombramiento de abogado.

El derecho de defensa es irrenunciable. Si el inculcado asume una actitud pasiva en el proceso y no quiere defenderse, manifestando su rechazo a la asistencia de letrado, el ordenamiento jurídico prevé la actuación del defensor quien aparece en legítimo mecanismo de autoprotección del sistema, para cumplir con las reglas del juego de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, como lo expresa Catacora González.

“La defensa técnica es obligatoria. Debe manifestarse cuando el imputado ha sido detenido por la policía o cuando no estando en dicha situación ha de producirse el primer interrogatorio. Pero sobre todo es obligatoria la defensa técnica en el procedimiento penal, aun cuando la ley considera posible la intervención de persona idónea para asumir el cargo en la declaración del imputado.”⁴⁸

El derecho de defensa constitucionalmente consagrado en el Artículo 12, en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda

⁴⁸ Catacora Gonzáles, Manuel. **Manual de derecho procesal penal**. Pág. 36.



sufrirse indefensión, nace desde el momento en que la actuación procesal que supone la imputación es comunicada a la persona del imputado.

Obviamente, para que proceda la imputación de un delito a una determinada persona, será necesario que consten en la causa indicios racionales de criminalidad, que a su vez serán por sí solos suficientes para incoar un verdadero proceso penal y no unas meras diligencias indeterminadas.

Estos indicios deberán consistir en datos y circunstancias suficientes para crear en el juez contralor la convicción de la responsabilidad penal del abogado, representando, como ha declarado reiteradamente la Corte de Constitucionalidad, más que una posibilidad y menos que una certeza, de forma que supongan la probabilidad de la existencia de un delito.

Para el sostenimiento de este razonamiento, por parte dese hace necesario desterrar de los juzgados y tribunales la práctica de las diligencias indeterminadas, y asumir definitivamente que la estructura del proceso penal como forma de aplicación del "ius puniendi" del Estado dentro del cual el acusado puede hacer valer sus derechos constitucionalmente reconocidos, gira necesariamente en torno a la imputación, que constituye el presupuesto sin el cual no es posible acordar ninguna restricción de derechos fundamentales por causa de delito.

Asimismo, es dentro del verdadero proceso penal donde las garantías de los imputados a los que no se les ha comunicado la imputación por no frustrar el éxito de una diligencia de investigación, por el Ministerio Público, cumpliendo así una de



sus principales funciones constitucionalmente encomendadas, que sería el único caso en que se justifica la reserva total de las actuaciones.

Éste es el modelo que considero más lógico y válido y ajustado a la legalidad para garantizar el derecho de defensa de los son sometidos al proceso penal, así como el adecuado y necesario ejercicio de la profesión de los abogados y en definitiva el bien de la sociedad, pues la vulneración de derechos fundamentales en la práctica de este tipo de diligencias de investigación determinará que no puedan ser tenidos en cuenta en el juicio para fundamentar la sentencia, frustrándose así los fines de la justicia.

No podemos dejar de referirme aquí a la necesidad, en un sistema jurídico procesal como el nuestro que pretende ser garantista, de mantener el debido respeto por la labor de los abogados como pieza clave en la maquinaria de la justicia, configurado legalmente como una garantía para el conjunto de la sociedad y no como un privilegio.





CONCLUSIONES

1. La resolución de los jueces, al admitir la petición fiscal de reservar las actuaciones al sindicado, constituye una violación de las garantías procesales, debido a que vulnera el derecho de defensa del sindicado, el principio de publicidad del proceso, y la igualdad procesal.
2. La vulneración que implica la reserva de las actuaciones, se traduce en la limitación del ejercicio de la defensa técnica del procesado, otorga mayores facultades al ente acusador, aumenta la desigualdad del sindicado y distorsiona el objeto del proceso penal.
3. La disposición expresa en la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos, de reservar las actuaciones durante todo el período preparatorio, es contrario a los postulados de un Estado de derecho democrático, pues ni siquiera constituye una restricción de los operadores judiciales, sino una limitación dispuesta por el propio legislador.





RECOMENDACIONES

1. La disposición de los jueces del control constitucional difuso, inaplicando el Artículo 10 de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos, por contradecir el Artículo 14 constitucional y vulnerar el Artículo 12 de la Carta Magna, y se impida de esa forma, reservar las actuaciones al procesado.
2. El Congreso de la República, por medio de legisladores, concientes de la importancia de las garantías de defensa, publicidad e igualdad, legisle obligando a que el Ministerio Público haga públicas todas las actuaciones al procesado, sin limitación ni restricción alguna, para garantizar sus derechos y habilitar el ejercicio de los principios constitucionales.
3. Finalmente, que el Congreso de la República de Guatemala derogue la disposición legal, Artículo 10 de la Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos, que dispone la reserva de las actuaciones durante toda la etapa preparatoria de procesos por lavado de dinero u otros activos.





BIBLIOGRAFÍA

- ALBA, Ricardo. **Programa y manual uniforme para prevenir el lavado de dinero en América Latina**. Panamá: (s.e.), 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Tratado de los delitos y de las penas**. Traducción al español por D. Juan Antonio de las Casas, Madrid, España: Editorial Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1991.
- BINDER, Alberto. **Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina**. Argentina: Editorial de Comisión Episcopal de Acción Social, 2000.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 2000.
- CATACORA GONZÁLES, Manuel. **Manual de derecho procesal penal**. Argentina: Editorial Imagen, 1995.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. **El proceso penal: su génesis y primeras críticas jurisdiccionales**. Argentina: Editorial Depalma, 1985.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. **El proceso penal: teoría y práctica**. 5° Edición. Lima, Perú: Palestra Editores, 2003.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Sara Aragonese Martínez; Rafael Hinojosa Segovia; Julio Muerza Esparza; José Antonio Tomé García. **Derecho procesal penal**. Madrid, España: Editorial del Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Argentina: Editorial Trotta, 2004.



GIMENO SENDRA, Vicente; Moreno Catena, Victor; Almagro Nosete, Javier; Cortez Domínguez, Valentín. **Derecho procesal. Tomo II.** 3º Edición Revisada y actualizada. Barcelona, España: Editorial Tirant lo Blanch, 1990.

GIMENO SENDRA. **Fundamentos del derecho procesal.** Madrid, España: Editorial Civitas, 1981.

JAÉN VALLEJO, Manuel. **La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional.** Madrid, España: Editorial Akal, 1987.

MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal. Tomo I.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediciones del Puerto S.R.L., 1999.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal.** Barcelona, España: Editorial José María Bosch, 1997.

MOMENTHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. **Derecho Procesal Penal.** Lima, Perú: Editora "Fecal", 2001.

MONTERO AROCA, Juan; Ortells Ramos, Manuel; Gómez Colomer, Juan Luís; Montón Redondo, Alberto. **Derecho jurisdiccional. T.III (Proceso penal)** Barcelona, España: Editorial J.M. Bosch Editor, 1991.

MONTERO ROCA. **Principios del proceso penal.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Editores del Puerto S.R.L., 2000.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española (22.ª ed.).** Madrid, España: (s.e.), 2001

Red de Fiscalización de Crímenes Financieros. **Disfrazado de activos.** Estados Unidos: (s.e.), 1999.



ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Editores del Puerto S.R.L., 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César. **Derecho procesal penal. Vol. I**. Lima, Perú: Editorial Palestra Editores, 1995.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. **El nuevo Código Procesal Penal**. Lima, Perú: Editorial Editora Jurídica Grijley, 2004.

Legislación.

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Nueva York, Estados Unidos. 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, Estados Unidos. 1966.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. 1992.

Ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos. Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala. 2001.