

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



**REPERCUSIONES JURÍDICAS DEL GARANTISMO PROCESAL EN LOS DISTINTOS  
ÁMBITOS DE LA JUSTICIA PENAL Y DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN EL MODELO  
MODERNO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL GUATEMALTECO**

**DINA ABIGAIL PÉREZ MARROQUÍN**

**GUATEMALA, FEBRERO DE 2016**

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

**REPERCUCIONES JURÍDICAS DEL GARANTISMO PROCESAL EN LOS DISTINTOS  
ÁMBITOS DE LA JUSTICIA PENAL Y DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN EL MODELO  
MODERNO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL GUATEMALTECO**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

**DINA ABIGAIL PÉREZ MARROQUÍN**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, febrero de 2016

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera fase:**

Presidente:	Lic. Obdulio Rosales Dávila
Vocal:	Lic. José Luis Portillo Recinos
Secretaria:	Licda. Adela Lorena Pineda Herrera

**Segunda Fase:**

Presidente:	Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Vocal:	Lic. Obdulio Rosales Dávila
Secretario:	Lic. Jorge Mario Yupe Carcamo

**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 el Examen General Público).



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.

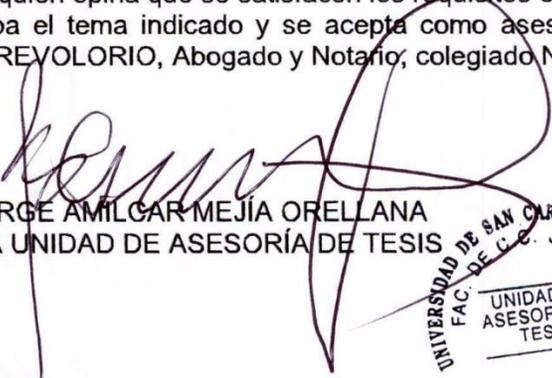


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 20 de mayo de 2013.

ASUNTO: DINA ABIGAIL PÉREZ MARROQUÍN, CARNÉ No. 199924442, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20130366.

TEMA: "REPERCUSIONES JURÍDICAS DEL GARANTISMO PROCESAL EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE LA JUSTICIA PENAL Y DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN EL MODELO MODERNO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL GUATEMALTECO".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO, Abogado y Notario, colegiado No. 7,095.

  
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



Adjunto: Nombramiento de Asesor  
cc.Unidad de Tesis  
BAMO/iy.



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.



Guatemala, 20 de mayo de 2013.

Licenciado  
OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO  
Ciudad de Guatemala

Licenciado OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a) - Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por la estudiante: DINA ABIGAIL PÉREZ MARROQUÍN, CARNÉ No. 199924442, intitulado "REPERCUSIONES JURÍDICAS DEL GARANTISMO PROCESAL EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE LA JUSTICIA PENAL Y DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN EL MODELO MODERNO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL GUATEMALTECO" reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor está facultado para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. 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 regula: "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".

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis



cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo



**LIC. OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO**  
**Abogado y Notario – Colegiado 7095**  
**Pos grado en Derecho Constitucional Comparado**  
5 ave. 14-62 Zona 1. Of. 302  
Tel. 59179692 – 57044504 – 50748242  
ottovrderecho@gmail.com / ottovrderecho@yahoo.com



Guatemala, 8 de junio de 2013.

**Doctor**  
**Bonerge Amilcar Mejía Orellana**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Su Despacho.**



**Doctor Mejía Orellana:**

De manera atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la unidad a su cargo, he cumplido con la función de asesor de tesis de la bachiller: **DINA ABIGAIL PÉREZ MARROQUÍN**, cuyo trabajo se titula: **“REPERCUSIONES JURÍDICAS DEL GARANTISMO PROCESAL EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE LA JUSTICIA PENAL Y DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN EL MODELO MODERNO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL GUATEMALTECO”**, para lo cual, me permito emitir el siguiente dictamen:

- I) He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí cambios de fondo y forma, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, mismas que considere oportunas y habiéndose realizado las modificaciones sugeridas a la sustentante, considero que el contenido del presente trabajo de tesis, contiene conocimientos en gran manera científicos y técnicos, ajustándose a la normativa respectiva para los trabajos de investigación.
- II) Además, la redacción empleada es la correcta y se ajusta perfectamente al desarrollo de la tesis, me parece bastante clara y adecuada, con un léxico jurídico correcto y práctico en vista que en su mayoría la sustentante utiliza palabras de uso común para la fácil comprensión y entendimiento del lector.
- III) Asimismo, el presente estudio jurídico y doctrinario servirá como fuente informativa y de referencia para profesionales, estudiantes de las ciencias jurídicas y sociales y público en general,



**LIC. OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO**  
**Abogado y Notario – Colegiado 7095**  
**Pos grado en Derecho Constitucional Comparado**

5 ave. 14-62 Zona 1. Of. 302  
Tel. 59179692 – 57044504 – 50748242  
ottovrderecho@gmail.com / ottovrderecho@yahoo.com



- IV) Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de manera sencilla, y constituyen supuestos certeros que definen la problemática actual, son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr los objetivos que se ha planteado en su plan de trabajo, determinando la veracidad de la hipótesis formulada.
- V) En cuanto a la bibliografía, la utilizada fue abundante, diversa y adecuada utilizándose la doctrinaria y legal para el análisis temático abordado.

La tesis desarrollada por la sustentante cumple efectivamente 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, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, hasta llegar a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente.

Lic. Otto René Vicente Revolorio  
Abogado y Notario  
Colegiado No. 7,095



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 09 de septiembre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante DINA ABIGAIL PÉREZ MARROQUÍN, titulado REPERCUSIONES JURÍDICAS DEL GARANTISMO PROCESAL EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE LA JUSTICIA PENAL Y DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN EL MODELO MODERNO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



BAMO/srrs.

Lic. Avidán Ortiz Orellana  
**DECANO**





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser el pilar fundamental de mi vida, por haber permitido que culminara una meta más y por su infinita bondad y amor.
- A MI MADRE:** Por su sacrificio y esfuerzo para hacer de mí una persona de bien, gracias por sus desvelos y jornadas interminables de trabajo, valieron la pena. Gracias MADRE que DIOS la bendiga siempre.
- A MI PADRE:** Gracias por su amor.
- A MI ESPOSO:** Por su enorme apoyo, esfuerzo y motivación constante, gracias por confiar en mí y ser parte importante en el logro de mis metas profesionales.
- A MIS HIJOS:** José Alfredo, Gabrielle Abigail, y Hesler Sebastián por ser la motivación principal de mi vida.
- A MIS ABUELOS:** En especial a Checho y Fela por tenerme siempre en sus oraciones, por sus palabras de aliento, por sus consejos, por ser ejemplo de perseverancia y constancia.
- A MIS HERMANOS:** Con todo mi amor.
- A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:** Con aprecio y cariño sincero.
- A:** Dania, Marisol y Doña Victoria Gracias por apoyarme siempre.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a todos los catedráticos que me impartieron sus conocimientos y experiencias, base fundamental de mi carrera.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. El derecho penal.....	1
1.1. Antecedentes del derecho penal.....	2
1.2. La importancia de los principios del derecho penal.....	5
1.3. El comportamiento de las personas.....	12
1.4. El bien jurídico tutelado.....	16
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. La garantía tutelar de los derechos subjetivos.....	23
2.1. El significado de la garantía.....	24
2.2. La garantía como derecho fundamental.....	28
2.3. El paradigma garantista penal y procesal.....	35
2.4. El proceso penal como garantía.....	50
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. El principio constitucional de presunción de inocencia.....	55
3.1. Alcances de palabra inocencia.....	57
3.2. Las características y naturaleza del principio constitucional de presunción de inocencia.....	62
3.3. Importancia dentro del proceso penal.....	63
3.4. Principios y derechos constitucionales en el proceso penal.....	66
<b>CAPÍTULO IV</b>	
4. Repercusiones jurídicas del garantismo procesal en los distintos ámbitos de la justicia penal y del principio de inocencia en el modelo moderno de enjuiciamiento criminal guatemalteco.....	75
4.1. El derecho penal moderno.....	77



	<b>Pág.</b>
4.2. La racionalidad en el derecho penal moderno.....	81
4.3. La autorreflexividad en el derecho penal .....	83
4.4. El garantismo procesal en los distintos ámbitos de la justicia penal y del principio de inocencia.....	90
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>95</b>
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>97</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>99</b>



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación se explica en la necesidad de realizar un análisis doctrinario de la vaguedad en el concepto mismo del bien jurídico y la manipulación de su utilización; y su esencia, se deriva de la protección del mismo al legislar, al ser quien se la otorga, es decir, el concepto normativo de bien jurídico penalmente protegido es una creación artificial propiamente dicha, la cual puede ser reelaborada; manipulada y pervertida en sus elementos esenciales.

La hipótesis que se formuló, se comprobó al determinar lo fundamental de analizar jurídica y doctrinariamente el derecho penal moderno y la influencia que tiene dentro del medio jurídico guatemalteco. Consiste en la culminación de todo un sistema jurídico, que es dirigido a la protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo dentro de una sociedad en su conjunto.

En Guatemala, el estudiar el derecho penal moderno, es fundamental indicar la influencia que tiene en el sistema jurídico penal guatemalteco. Los bienes jurídicos que pueden o deben ser los penalmente protegidos, es el punto de partida respecto de los conceptos y formas de aparición del moderno derecho penal, entendiendo que éste se está alejando del ideal clásico del derecho penal y así de sus ideas de certeza y subsidiariamente, ya que estas nuevas tendencias por un lado, para algunas es posible y factible la creación de nuevos intereses o bienes jurídicos.



El trabajo desarrollado se dividió en cuatro capítulos: El primero trata sobre el derecho penal; el segundo desarrolla la garantía tutelar de los derechos subjetivos; el tercero establece el principio constitucional de presunción de inocencia; y el cuarto contiene las repercusiones jurídicas del garantismo procesal en los distintos ámbitos de la justicia penal y del principio de inocencia en el modelo moderno de enjuiciamiento criminal guatemalteco.

En el desarrollo de la presente investigación, se utilizaron los siguientes métodos: El analítico para comprender los elementos y aspectos relevantes del fenómeno investigado; el deductivo para establecer la ubicación del problema de las garantías y presunción de inocencia; las técnicas empleadas fueron la bibliográfica, y documental, que permitieron la elaboración de los capítulos.

Finalmente, es una realidad que el Estado debe ordenar la protección de las garantías individuales como la presunción de inocencia y el derecho de defensa, que responda a las necesidades de la población sometida a proceso penal.

## CAPÍTULO I



### 1. El derecho penal

El derecho penal ha sido definido como: "La rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones; que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho."<sup>1</sup>

El derecho penal es fundamental la existencia de medidas y sanciones que se encarguen de aislar al delincuente en los centros penitenciarios respectivos, para posteriormente reincorporarlo al medio social a través de un tratamiento adecuado que permita su rehabilitación.

Concretamente, el derecho penal es parte de la ciencia jurídica, y por ello su finalidad es el estudio y la interpretación de los principios contenidos en la ley.

No se reduce solo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que, fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad. El crimen nace con el hombre, cuando todavía no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada, ya el delito se manifestaba en su más rudimentaria forma; al inferirle daño a los bienes ajenos.

---

<sup>1</sup> Cerezo Mir, José. Derecho penal. Pág. 36



“El derecho penal subjetivo consiste en la facultad de aplicar normas jurídicas que se encarguen de regular el poder punitivo del Estado, asociando los hechos determinados legalmente, como presupuestos y penas o medidas de seguridad como consecuencias jurídicas.”<sup>2</sup>

### **1.1. Antecedentes del derecho penal**

La doctrina del derecho penal y los juristas especializados en esa rama del derecho se han preocupado, de la naturaleza y características que presenta la potestad de la administración del Estado, del poder ejecutivo para imponer sanciones a las personas; y de los requisitos que se tienen que cumplir. La historia del derecho penal es bastante extensa.

El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en la sociedad.

El hombre aún no articulaba palabras, pero ya desarrollaba conductas de prepotencia ante los demás, como el apoderamiento ilegítimo en la caza o las violencias físicas ejercidas sobre una mujer.

De ahí, la necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica.

---

<sup>2</sup> Cerezo Mir, José. *Ibid.* Pág. 37.

Para que una pena logre su efecto, basta que el mal de la misma exceda del bien que nace del delito y éste exceso de mal se tiene en cuenta para la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que produciría el delito.

Los hombres se gobiernan por la acción repetida de los males que conocen y no por la de los que ignoran.

A medida que los suplicios se hacen más crueles, el espíritu de los hombres; se pone siempre al nivel con los objetos que le circundan.

Desde los inicios del siglo XIX, se le denomina, de manera predominante, derecho penal. Mucho tiempo, fue designada con la expresión de derecho criminal. Ambas expresiones no son del todo satisfactorias, en la medida en que sólo ponen en evidencia uno de los aspectos fundamentales de la materia.

La primera, se refiere a la pena, que se deriva de poena, comprendida en sus orígenes en el sentido religioso de expiación.

La segunda, alude al crimen, comportamiento generador de la reacción social; la misma que se ha diversificado progresivamente. Actualmente, se prefiere hablar de derecho penal aun cuando no refleja plenamente el contenido que se le da. Junto a la infracción crimen, delito o contravención y a la sanción consistente en penas privativas de libertad, multa, trabajo comunitario, medidas de seguridad: lo cual considerar de manera destacada



tanto al delincuente como a la víctima. Esta última ha sido descuidada mucho tiempo en las reflexiones sobre los diversos aspectos de la reacción punitiva del Estado penal moderno, se distingue el derecho penal general del derecho penal especial.

El primero está limitado a los ámbitos de la aplicación de la ley penal, define los elementos esenciales del delito y determina los límites y el tipo de las sanciones penales. El derecho penal especial, describe los actos delictuosos e indica la pena que tiene que imponerse al responsable.

El estudio de la parte general está muy desarrollado y la teoría del delito constituye un ejemplo del refinamiento dogmático alcanzado.

En cuanto al derecho penal especial es de lamentar la falta de análisis sistemático orientado a nociones básicas de derecho penal para integrar o completar los tipos legales mediante la elaboración de principios o de criterios generales.

Por razones esencialmente prácticas y de técnica legislativa se justifica la distinción anotada, es de señalar que las disposiciones de la parte general y de la parte especial de los códigos se encuentran estrechamente relacionadas; tanto en el plano teórico como en su aplicación concreta.

Ese vínculo puede ser mostrando los delitos dolosos y culposos; respectivamente.



En la segunda disposición, se señala de manera explícita que los casos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley. Lo que significa, a contrario sensu, que no es necesario que se mencione, en cada disposición de la parte especial, la intención; ya que los delitos previstos son reprimidos sólo cuando son dolosos y, excepcionalmente; a título de culpa.

## **1.2. La importancia de los principios del derecho penal**

El derecho penal es un conjunto de normas jurídicas, estatuidas por el órgano constitucionalmente competente, en las que se prevén, de un lado, los comportamientos incriminados de nociones básicas de derecho penal como delictuosos y, de otro; las sanciones en tanto consecuencias jurídicas de dichas acciones.

Originalmente, el poder punitivo del Estado potestas criminales, era considerado como un poder derivado de la soberanía del Estado o imperium. En virtud de este poder, el Estado dicta leyes penales, organiza el sistema judicial; condena y ejecuta las sanciones. El ius puniendi aparece, por tanto, como la fuente del derecho penal objetivo. Bajo la influencia del liberalismo político y del positivismo jurídico, esta concepción fue, por tanto, abandonada.

El poder del Estado se consideró como fundado en las normas legales; las mismas que justifican su pretensión para reprimir a las personas.



El derecho a castigar, o sea el ius puniendi sería un derecho subjetivo basado en la relación existente entre el Estado y el delincuente. Este criterio, que se asemeja a la noción de derechos subjetivos del derecho privado, no es satisfactorio; ya que el poder punitivo del Estado, no puede ser explicado como una prerrogativa derivada del conjunto de las disposiciones penales que el mismo Estado dicta.

La noción de derecho penal subjetivo, entendida de esta manera, resulta incorrecta e inútil. No se trata de un derecho subjetivo del Estado para castigar, sino más bien de un atributo de la soberanía del Estado consistente en el poder de castigar.

El poder anotado, está limitado por sus fundamentos mismos y por la Constitución, sobre todo en las disposiciones referentes a la organización del Estado y a los derechos fundamentales. La explicación y fundamentación se encuentra en el estudio de las concepciones sobre el origen de la soberanía y de las teorías sobre la pena.

“Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal** Pág. 27.



El derecho penal consiste en el conjunto de normas jurídicas reguladoras del poder de punición del Estado, que conecta al delito y a la pena.

"Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas mediante el Estado, las cuales asocian el crimen como hecho y la pena como consecuencia legítima."<sup>4</sup>

También, se puede establecer que el derecho penal subjetivo consiste en la potestad con la cual cuenta el Estado de la declaración de hechos como punibles y a los cuales les impone penas o medidas de seguridad.

"El derecho penal objetivo o ius poenale como también se le denomina, es aquel que se refiere a las normas jurídico penales en sí. Es el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente."<sup>5</sup>

Derecho penal es la ciencia que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder, que determinan las penas debidas a las acciones delictivas, las medidas de corrección y seguridad aplicables a los delincuentes y algunas indemnizaciones correspondientes a las víctimas, pretende el restablecimiento y el desarrollo del orden jurídico, la defensa de la sociedad y la repersonalización de los autores de aquellas acciones; o sea la realización de los derechos humanos violados.

---

<sup>4</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ibid.** Pág. 28.

<sup>5</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ibid.** Pág. 31.

El derecho penal objetivamente considerado se define de la siguiente manera: “Es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.”<sup>6</sup>

El derecho penal es el sector del ordenamiento jurídico que, en garantía de las condiciones de existencia y desarrollo de la comunidad, atribuye efectos jurídicos propios; como lo son las penas y las medidas de seguridad a determinadas conductas humanas denominadas delitos.

El derecho penal es el conjunto de aquellas condiciones libres para que el derecho que ha sido perturbado por una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó.

“Derecho penal es el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito, como presupuesto; a la pena como su consecuencia jurídica.”<sup>7</sup>

“El derecho penal se define como el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que

asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Cuevas del Cid, Rafael. **Intrroducción al estudio del derecho penal** Pág. 20.

<sup>7</sup> Cuevas del Cid, Rafael. **Ibid.** Pág. 22



Derecho penal subjetivo es la expresión con que se designa el derecho subjetivo de penar correspondiente al Estado. El derecho penal subjetivo se opone, de esta manera, al derecho penal objetivo, es decir; al constituido por las manifestaciones concretas de aquel contenidas en las leyes penales.

“El concepto de derecho penal subjetivo está sujeto, por lo tanto, a todas las objeciones teóricas que se han hecho a la teoría del derecho subjetivo. Sin embargo, el concepto de derecho penal subjetivo tiene un sentido correcto si se lo considera como el conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado.”<sup>8</sup>

Las condiciones anteriormente anotadas tienen carácter constitucional y, por lo tanto, el mayor rango normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal de la República guatemalteca.

Desde este punto de vista la problemática del derecho penal subjetivo es indudablemente una cuestión previa a la sanción del derecho penal concreto de un Estado.

La definición de las circunstancias y condiciones que legitiman el ejercicio del poder punitivo de parte del Estado no se deduce de las leyes penales sino que determina en forma previa los límites de las mismas.

---

<sup>8</sup> Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal**. Pág. 34.



Sin embargo, hay puntos de vista que se refieren al derecho penal subjetivo no como las condiciones constitucionales que regulan la creación y aplicación del derecho penal, sino como el derecho emergente de las leyes penales o sea al derecho subjetivo de punir o *ius puniendi*, que es la facultad del Estado de actuar de conformidad con las normas de derecho, o sea del derecho penal en sentido objetivo; que garantizan el alcance de su fin punitivo y la pretensión de que otros reos actúen de acuerdo con lo que la misma norma los obliga por fuerza. Implícitamente adoptan este criterio quienes tratan al delito como el fundamento del derecho penal subjetivo.

Es evidente que de esta manera el derecho penal subjetivo y el derecho penal objetivo coinciden y bajo tales presupuestos desaparece la necesidad de la distinción.

Pero además, una concepción de esta naturaleza elimina la reflexión sobre cualquier límite racional al poder sancionador del Estado; lo que sin ninguna duda es contrario a los principios de derecho penal moderno.

El único límite del poder sancionador del Estado es su propia autoridad y, por lo tanto; su propia voluntad. La tradición del derecho penal liberal hasta la actualidad es completamente contraria a esa posición. Básicamente el derecho penal del Estado está condicionado por los siguientes elementos:

- a) El respeto de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad;



- b) El respeto de la proporcionalidad de las penas;
- c) las penas no pueden ser inhumanas ni degradantes y está prohibida la pena de muerte;
- d) El derecho penal no tiene que ser moralizador ni utilizarse para imponer una determinada ideología;
- e) Las penas no pueden alcanzar sino al culpable por su propia acción.

Esos principios se deducen de las garantías que establecen las disposiciones anotadas.

En tanto el Estado social y democrático de derecho se apoya en los valores de libertad, justicia; igualdad y pluralismo su derecho penal debe respetar en concreto dichos valores superiores.

La idea de Estado social y democrático de derecho no depende de que la Constitución haga una declaración expresa en su favor; constituye la base sobre la que se asienta la mayor parte de los órdenes jurídicos en latinoamerica.

La cuestión de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es, por lo tanto, un problema constitucional; así como un problema jurídico penal. En ambos casos forma parte del objeto de la ciencia del derecho y, más concretamente; de la ciencia del derecho penal.



### 1.3. El comportamiento de las personas

Existe relación directa entre el origen del derecho penal y la moral, los cuales se destinan a orientar los comportamientos de las personas.

El núcleo de las acciones punibles está formado por comportamientos que violan gravemente la moral, como es el caso del homicidio, la violación; las lesiones corporales.

Por la existencia de la unidad entre la iglesia católica y el dominio que tiene sobre la sociedad civil, es fundamental la aceptación de la noción del bien jurídico en el derecho penal.

“Desde sus orígenes, el derecho penal y la moral están estrechamente vinculados. En tanto conjunto de normas, son dos sistemas sociales destinados a orientar los comportamientos de las personas. Sus fuentes son en parte comunes, los usos y costumbres; los tabús religiosos.”<sup>9</sup>

En una sociedad pluralista como las sociedades modernas, utilizar el derecho penal para imponer una concepción moral en particular sólo puede culminar en la implantación de un régimen tiránico en especial sobre las minorías.

---

<sup>9</sup> Cuevas. **Ob. Cit.** Pág. 45.



La moral implica algunos principios permanentes que exigen, sin fluctuaciones posibles, ciertos egoísmos al mismo tiempo que recomiendan algunos altruismos, ella se vincula con el foro interno del sujeto y, como consecuencia; no puede ser administrada por el orden jurídico.

“Durante mucho tiempo, debido a la unidad de la Iglesia Católica y a su dominio sobre la sociedad civil, la moral cristiana predominó, al extremo de que pecado y delito se confundían. La elaboración y aceptación de la noción de bien jurídico es el fruto de un largo proceso de laicización del derecho penal. El objetivo de éste no es imponer una concepción moral determinada; ni tampoco el de obligar a las personas a actuar según sus convicciones morales.”<sup>10</sup>

El Estado no tiene el deber ni la competencia de impulsar a los ciudadanos a la perfección; menos aún de servirse del derecho penal con ese fin. La intervención del Estado en ámbitos como la pornografía, la homosexualidad, la prostitución, las nociones básicas de derecho penal, el empleo de medios contraceptivos; se funda en una concepción paternalista del Estado y no se justifica siempre.

Esa diferencia se encuentra igualmente entre derecho penal y moral a nivel del derecho penal positivo.

---

<sup>10</sup> Cuevas. **Ibid.** Pág. 50.

Las leyes penales no reprimen todos los actos inmorales; pero, al mismo tiempo, diversos actos punibles no revelan plenamente un carácter inmoral como ocurre con las disposiciones sobre la circulación automotriz; y con la construcción de inmuebles.

No es del todo correcto, en este sentido, representar los ámbitos del derecho penal y de la moral como dos círculos concéntricos, sino más bien como dos círculos secantes: El sector común está conformado por el núcleo de las acciones punibles, reglas que acumulan la calidad jurídica y el carácter moral.

Los actos inmorales calificados de delitos no lo son en razón a su carácter inmoral, sino más bien en consideración a sus efectos negativos sobre los bienes jurídicos de terceros.

El hecho que la primacía de la violación o puesta en peligro de bienes jurídicos, son un criterio decisivo para la incriminación de que una acción; no implica que el derecho penal sea moralmente neutro.

Un derecho penal que contradiga la moral seguida, en una época determinada, por la mayor parte de los individuos concernidos estará, más o menos; condenado al fracaso. La sola amenaza penal no basta para preservar un sistema jurídico: es indispensable que cada uno sea persuadido de la legitimidad moral de las normas y de los individuos que las aplican.



Sin que el carácter imperativo del derecho sea neutralizado por el cuestionamiento de sus mandatos en base a criterios morales de tipo personal.

La moral se adelanta muchas veces al derecho penal. El legislador, en esos casos, no hace sino seguir la evolución de los criterios morales convencionales y los ideales de grupos sociales particulares para la convivencia social.

Pero puede suceder también lo contrario. Mediante el derecho penal, el Estado refuerza la moral y las costumbres hasta inculcar en los individuos una escala de valores particulares.

Además, una norma penal puede, a veces; ser una de las causas de modificación o desuso de un modelo moral o una tradición.

Las relaciones entre derecho penal y moral son bastante sutiles y su contenido no es correctamente descrito cuando se habla de un mínimo de ética, ni cuando se invoca la neutralidad moral del derecho penal.

Por su génesis común y sus funciones sociales parecidas, el derecho penal y la moral se relacionan estrechamente y se complementan.

La fuerza y la estabilidad del derecho en general y, en particular, del derecho penal dependen, al menos parcialmente; de su armonía con los principios morales fundamentales.



#### **1.4. El bien jurídico tutelado**

Todo ataque a un bien jurídico tiene que ser incriminado. El derecho penal busca tanto proteger los bienes jurídicos como reforzar en las personas el respeto de los valores reconocidos por el orden jurídico.

Su finalidad no es la de imponer una moral determinada ni realizar un ideal de justicia. La sanción penal constituye sólo la última ratio de la protección de los bienes jurídicos.

Se debe reprimir únicamente los ataques dirigidos contra los bienes considerados fundamentales y sólo si esos ataques revisten cierta gravedad y la represión aparece como necesaria en consideración de las personas involucradas.

En el ámbito de la protección del patrimonio, no se reprime a quien incumple un contrato; aun cuando implique un perjuicio económico importante.

La represión se limita a los ataques más graves o a los más insidiosos, como lo son el delito de estafa; el abuso de confianza y el robo.

Eso significa, como consecuencia, que el dominio de las infracciones penales tiene que ser más restringido que el de los actos ilícitos y, que el de los actos inmorales. Este carácter fragmentario del derecho penal, inicialmente reconocido como un hecho concreto debido a deficiencias de técnica legislativa, es percibido, actualmente, como un aspecto propio del



derecho penal, en particular; como una nota distintiva del derecho penal liberal.

El derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger los bienes jurídicos; sólo completa el arsenal de medios coercitivos estatuidos por el orden jurídico. Además, existe un sistema de sanciones no estatales, como las cláusulas penales establecidas en contratos o las medidas disciplinarias.

El derecho penal no tiene, por tanto; el monopolio de las sanciones. Para evitar la hipertrofia del derecho penal, causante de situaciones que se busca evitar, y que el remedio no sea peor que el mal combatido; se tiene que recurrir a la represión penal sólo si y en la medida en que sea verdaderamente necesario.

El derecho penal es sólo uno de los medios de la política social general y, en particular; de la política criminal. Se busca así privilegiar la utilidad práctica del derecho penal, en lugar de reforzar su capacidad de influenciar la conciencia de las personas y de desarrollar los efectos negativos de la estigmatización de los delincuentes.

Es justificado recurrir al derecho penal sólo si es necesario y conforme al fin perseguido. En este sentido, el derecho penal es la última ratio; es decir un medio subsidiario en relación con los demás medios de reacción social ante la criminalidad.



De esta afirmación se deduce generalmente el carácter accesorio o únicamente sancionador del derecho penal. Esta idea parece confirmarse por el hecho de que numerosas infracciones constituyen puras violaciones del derecho privado, administrativo o constitucional.

No se trata sin embargo de un hecho generalizado. Cuando se reprime la negación de asistencia económica en caso de quien está obligado legalmente a prestar alimentos, no se hace sino reforzar normas del derecho civil; en muchas otras disposiciones penales se regulan comportamientos sin tomar en consideración directamente normas de otros ámbitos del derecho, como ocurre en los delitos contra el honor; contra la libertad y contra la salud.

Además, los conceptos y criterios provenientes de otras ramas del derecho son fuertemente marcados por los fines específicos de éstas y sus alcances pueden ser diferentes a los que tienen en derecho penal.

El derecho penal no tiene sólo un fin sancionador, muchas veces es creador de normas propias. Para la clara comprensión de esta situación es de considerar su carácter subsidiario y autónomo tanto técnica como funcionalmente. El Estado moderno se caracteriza por una estructura administrativa bastante compleja y desarrollada. Esto se explica por la intervención, a pesar de la actual tendencia hacia el liberalismo, importante en la vida social y económica de la comunidad.



La finalidad del estado guatemalteco es promover el bien social, así como también la reglamentación de la actividad de la vida en comunidad, el orden social público, comercial y fiscal.

“El Estado busca promover el bienestar de su población, reglamentar la actividad en diversos aspectos de la vida comunitaria, mantener el orden social público; comercial y fiscal. Para alcanzar estos objetivos, establece normas particulares y refuerza su eficacia mediante sanciones para las personas que no las respeten.”<sup>11</sup>

La expresión derecho penal administrativo designa el conjunto de normas contenidas en las leyes administrativas que prevén sanciones penales. En razón del fin específico de estas normas, una distinción debe hacerse entre, de un lado, el derecho penal administrativo que busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la administración y, de otro lado; el derecho penal ordinario que tiene por misión proteger los valores y los bienes fundamentales de las personas.

Es difícil clasificar las normas jurídicas según su pertenencia al derecho penal administrativo o al derecho penal ordinario; debido al desborde del primero en dominios propios del segundo.

Este fenómeno se explica por la índole de los comportamientos incriminados y la importancia de las sanciones. La doctrina acepta, cada vez más, que se

---

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Pág. 84.

trata de una diferencia de grado: gravedad del ataque, severidad de la sanción, y magnitud del daño.

Esta concepción es criticada en la medida en que se deja en manos del legislador el poder de insertar libremente una norma jurídica en uno u otro derecho.

Las sanciones disciplinarias tienen, en general; la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas por agrupaciones particulares de la parte de sus miembros.

Ellas suponen, como consecuencia, una relación jurídica específica y conciernen, por tanto, sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción; como acontece con las normas jurídicas ordinarias.

Las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos los miembros de las agrupaciones indicadas. Dos grandes grupos tienen que distinguirse en este ámbito: de una parte, el derecho disciplinario de las profesiones liberales como lo son los abogados y los médicos, y el derecho disciplinario estatal que supone una relación de derecho administrativo especial para los funcionarios, militares y las partes en un proceso. Se ha discutido mucho, en doctrina, sobre si la sanción disciplinaria constituye una medida administrativa y se menciona más a las medidas disciplinarias que de penas disciplinarias o una sanción penal.



Actualmente, raro es el que niega el carácter incompleto del derecho disciplinario. Así, se admite que las infracciones disciplinarias no tienen que ser definidas en la ley de manera específica, sino mediante cláusulas generales y, por tanto; no estarán sometidas al principio de la legalidad.

El derecho disciplinario debería apegarse a los principios tradicionales del derecho administrativo, como los de la oportunidad y de la proporcionalidad. Además, la acumulación de sanciones disciplinarias y penales estaría autorizada por la no aplicación del principio no bis in idem.

Estos criterios tienen que ser restringidos. Si bien es cierto que, en cierta medida, no tiene que aplicarse rígidamente la primera parte del principio de legalidad, no hay infracción sin ley expresa; y se tiene que respetar de manera estricta su segunda parte: No hay sanción sin ley previa.

También tiene que exigirse el respeto del principio de la culpabilidad. Como consecuencia, no se tiene que asimilar el derecho disciplinario al derecho administrativo.



## CAPÍTULO II

### 2. La garantía tutelar de los derechos subjetivos

El sentido originario del término es, sin embargo; más restringido. Por garantía se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano; dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales.

En relación con estos derechos, se distinguen dos clases de garantías: Las garantías reales, como son la prenda o la hipoteca, mediante las cuales el deudor pone a disposición del acreedor un bien mueble, en el primer caso, inmueble, en el segundo con el que resarcirse en caso de incumplimiento; y las garantías personales, como la fianza y el aval, a través de las cuales un tercero se obliga, en caso de incumplimiento de la obligación; a satisfacerla en el lugar del deudor.

“Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa a cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.”<sup>12</sup>

La ampliación del significado del término garantías y la introducción del neologismo garantismo para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales son, en cambio; relativamente recientes.

---

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi. *Ibid.* Pág. 87.

Los derechos fundamentales, se encuentran en oposición a los derechos patrimoniales, como la propiedad y el crédito, que son derechos singulares, que adquiere cada individuo con exclusión de los demás, aquellos derechos universales y, por ello, indisponibles e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar, ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad a los que corresponden prohibiciones de lesionar, o de derechos positivos, como los derechos sociales; a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos.

## **2.1. El significado de la garantía**

La ampliación del significado de garantías, se ha producido en el derecho penal. Más concretamente, la expresión garantismo, en su sentido estricto de garantismo penal.

Surge en la cultura jurídica de izquierda en la segunda mitad de los años setenta como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces; redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales. En este sentido, el garantismo aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal. Y se relaciona con la exigencia, típica de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y libertad personales; frente a ese terrible poder que es el poder punitivo del Estado.



“Se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes públicos y privados, políticos o de mayoría y económicos o de mercado, en el plano estatal y en el internacional mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos; como las esferas públicas frente a los poderes privados.”<sup>13</sup>

Por otro lado, una concepción de este tipo del garantismo resulta extensible, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, públicos o privados; estatales o llamadas internacionales.

En efecto, todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso; constituye su objeto.

Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos; y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder del Estado de Guatemala.

---

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi. *Ibid.* Pág. 91.

En este sentido, garantismo, se opone a cualquier concepción tanto de las relaciones económicas como de las políticas, tanto de las de derecho privado como de las de derecho público, fundada en la ilusión de un poder bueno o, en todo caso; de una observancia espontánea del derecho y de los derechos.

Existen diversos tipos de garantismo, según el tipo de derechos para cuya protección se predispongan o prevean las garantías como técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción.

El garantismo patrimonial, es aquel que designa al sistema de garantías destinado a tutelar la propiedad y los demás derechos patrimoniales; el garantismo liberal.

Específicamente, el penal, sirve para designar las técnicas de defensa de los derechos de libertad y, entre ellos, en primer lugar, el de la libertad personal, frente a las intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial.

El garantismo social, es de utilidad para designar el conjunto de garantías, en buena medida aún ausentes o imperfectas, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y otros semejantes. El garantismo internacional, es utilizado para designar a las garantías adecuadas para tutelar los derechos humanos establecidos en las declaraciones y convenciones internacionales; por el momento casi inexistentes.



En general, se utiliza el garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes públicos y privados, políticos o de mayoría y económicos o de mercado, en el plano estatal y en el internacional mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos; como las esferas públicas frente a los poderes privados.

Actualmente, la opción entre usos restringidos y un uso ampliado de garantismo no es, en absoluto; políticamente neutral.

En efecto, la apelación al garantismo como sistema de límites impuestos exclusivamente a la jurisdicción penal se combina, en sectores relevantes de la actual cultura política liberalista, con la intolerancia frente a cualquier tipo de límites jurídicos y, especialmente, judiciales, al poder político y, más aún; al económico.

Significa, por tanto, lo opuesto a garantismo como paradigma teórico general, que implica, en cambio, sujeción al derecho de todos los poderes y garantías de los derechos de todos mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos; públicos o privados.

Este es el paradigma que se ilustra y que, es uno y el mismo que el del actual estado constitucional de derecho.

Con tal finalidad, resulta útil redefinir preliminarmente el concepto de garantía como categoría general de la teoría del derecho.

## **2.2. La garantía como derecho fundamental**

“Garantía es toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiéndose por derecho subjetivo a toda expectativa jurídica positiva de prestaciones o negativa de no lesiones.”<sup>14</sup>

Es importante distinguir entre garantías positivas y garantías negativas, según resulte positiva o negativa la expectativa garantizada. Las garantías positivas consisten en la obligación de la comisión, las garantías negativas en la obligación de la omisión; es decir, en la prohibición del comportamiento que es contenido de la expectativa.

Son, por tanto, garantías, respectivamente positivas y negativas, las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos; sean patrimoniales o fundamentales.

Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación, mediante sanción para los actos ilícitos o anulación para los actos no válidos; que se generan con la violación de los derechos subjetivos.

---

<sup>14</sup> Gutiérrez Paez, Estuardo. **Los derechos humanos**. Pág. 88.

De esta forma, entra en juego una segunda y muy importante distinción, consistente en las garantías primarias o sustanciales a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, siendo las garantías secundarias o jurisdiccionales las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y con ellos; sus correspondientes garantías primarias.

Correlativamente, se puede llamar normas primarias a las que disponen obligaciones y prohibiciones, incluidas por tanto a las garantías primarias, y normas secundarias a las que predisponen las garantías secundarias de la anulación o de la sanción; en el caso de que hayan resultado violadas las normas y garantías primarias.

La garantía primaria del derecho de propiedad es la prohibición del hurto establecida por la norma primaria que crea el delito de hurto; la garantía secundaria es la obligación de aplicar la sanción prevista por las normas secundarias que castigan el hurto y que disciplinan las formas de su persecución.

La garantía primaria de los derechos de libertad es la prohibición de leyes o medidas restrictivas de tales derechos implicada por la norma primaria en la que se establecen, su garantía secundaria es la obligación de anular tales leyes; prevista en las normas secundarias que establecen el control de

constitucionalidad. Es evidente que mientras que la observancia de las garantías y de las normas primarias equivale a la satisfacción de manera primaria y sustancial de los derechos garantizados por ellas, la de las garantías y de las normas secundarias opera, sólo eventualmente; como remedio previsto para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o los actos inválidos.

Además de la efectividad e inefectividad primaria, de primer grado o sustancial a propósito de la observancia o inobservancia de las normas y garantías primarias; y de efectividad e inefectividad secundaria o de segundo grado o jurisdiccional a propósito de la observancia o inobservancia de las secundarias.

“Las garantías consisten en un sistema de obligaciones y prohibiciones, no es menos evidente que su capacidad de vincular a los poderes supremos, comenzando por el poder legislativo, depende de su rígido fundamento positivo en normas superiores a éstos, como son, justamente; las normas constitucionales.”<sup>15</sup>

En el Estado legislativo de derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles, la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, quedaba confiada únicamente a la política legislativa, que podía reducirla o suprimirla legítimamente.

---

<sup>15</sup> Ferrajoli. **Ob. Cit.** Pág. 49.



Los crímenes contra la humanidad cometidos impunemente en todo el mundo, con mucha frecuencia por los Estados y sus gobernantes, constituyen una indicación de la ineffectividad, tanto primaria como secundaria; de los derechos humanos consagrados.

El garantismo de los derechos fundamentales no es más que la otra cara, por decir así, del constitucionalismo, a cuya historia, teórica y práctica; aparece estrechamente vinculado su desarrollo.

La legitimidad de los primeros y la legitimidad de los segundos sólo podía valorarse en el plano ético y político de la justicia; y no en el plano jurídico de la legalidad.

No obstante su solemnidad, las constituciones eran siempre consideradas, como leyes formalmente iguales a las demás, al ser inconcebible la idea de una limitación del poder de la ley por parte de otra ley.

Esta omnipotencia de la legislación, y a través de ella de la mayoría política, cesa en el estado constitucional de derecho, fundado sobre esa verdadera invención del actual siglo que es la rigidez constitucional, en virtud de la cual, las leyes ordinarias, al aparecer situadas en un nivel subordinado respecto a las normas constitucionales.

No pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad.

Las constituciones y los principios y derechos fundamentales establecidos en las mismas, pasan así a configurarse como pactos sociales en forma escrita que circunscriben la esfera de lo indecible, esto es, aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir, o sea de un lado, los límites y prohibiciones, en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales.

Esta omnipotencia de la legislación, y a través de ella de la mayoría política, cesa en el Estado constitucional de derecho; fundado sobre esa verdadera invención del actual siglo que es la rigidez constitucional.

Se trata de una profunda transformación del paradigma original del positivismo jurídico, con el que alcanza su culminación el principio, característico del estado de derecho, de la sujeción a la ley de todo poder, incluido, por tanto; al propio poder legislativo.

Esa transformación, cambia la naturaleza de la validez de las leyes, que deja de coincidir con su mera existencia determinada por el simple respeto a las formas y procedimientos establecidos por las normas formales sobre su producción, y que exige, además, la coherencia de sus significados con los principios constitucionales. En segundo lugar, cambia la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, a las que ya no corresponde únicamente la aplicación y el conocimiento de unas normas legales cualesquiera, sino que asumen, además; un papel crítico de su invalidez siempre posible.

Cambia, sobre todo, con la transformación de las condiciones de validez de las leyes; la propia naturaleza de la democracia y la política. En efecto, el garantismo constitucional introduce en la democracia una dimensión sustancial, ajena al viejo paradigma del estado legislativo de derecho y generada, precisamente, por las prohibiciones y obligaciones impuestas a las opciones políticas, tanto legislativas como de gobierno.

Parte de las garantías primarias de los derechos fundamentales sancionados en las constituciones. En el estado constitucional de derecho, la legitimidad tanto política como jurídica del ejercicio del poder.

Ya no está sólo condicionada por las reglas que disciplinan las formas mayoritarias de su ejercicio, o sea el quién y el cómo de las decisiones, sino también por las reglas que condicionan su sustancia, o sea lo que es lícito u obligatorio decidir, por cualquier mayoría y que son, justamente; las garantías impuestas a sus contenidos por la constitucionalización de los derechos fundamentales.

Las garantías primarias negativas en forma de límites o prohibiciones impuestas por los derechos de libertad; las garantías primarias positivas en forma de vínculos u obligaciones impuestas por los derechos sociales; las garantías secundarias del control de constitucionalidad de las leyes y de la accionabilidad en juicio de todos los derechos subjetivos, comenzando, obviamente; por los derechos fundamentales.

En el plano normativo, es un modelo de democracia constitucional caracterizada por un complejo sistema de límites y vínculos legales, de separaciones y equilibrios de poderes, de jerarquías normativas y controles jurisdiccionales.

En consecuencia, diametralmente opuesto a la imagen de la democracia plebiscitaria tan frecuentemente evocada, en el debate político actual; por los defensores más acérrimos del principio mayoritario.

La democracia no sería otra cosa que la omnipotencia de la mayoría legitimada por el voto popular, que permitiría abusos de poder, conflictos de intereses e impunidad; así como, simétricamente, el liberalismo consistiría, a su vez; en la ausencia de reglas y de límites a lo que es la libertad de empresa.

La expresión liberal-democracia, que en el léxico clásico designaba un sistema político basado en la tutela de las libertades individuales, la división de poderes y los principios del estado de derecho que son exactamente lo contrario a la palabra absolutismo habrían terminado por designar, en esta perspectiva, dos formas convergentes de absolutismo, ambas contrarias al sistema de vínculos y contrapesos en que consiste el garantismo.

El absolutismo de la mayoría y el absolutismo del mercado, de los poderes políticos y de los económicos; especialmente amenazadores por su marcada tendencia a confundirse.

### 2.3. El paradigma garantista penal y procesal

“Se puede hablar de carencia o ineffectividad de las garantías, ante todo, en relación con el garantismo penal, que, en efecto, ha supuesto, desde la ilustración; el terreno sobre el que se ha edificado el modelo del estado liberal de derecho.”<sup>16</sup>

El paradigma garantista y constitucional sucintamente esbozado es un paradigma teórico y normativo, ciertamente no realizado y, como sucede con todos los paradigmas normativos; nunca realizable de manera perfecta. Las garantías, como se ha dicho, tanto primarias como secundarias, son normas primarias y secundarias.

Aunque implicadas por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, en la realidad pueden faltar cuando no hayan sido, a su vez; expresamente establecidas. Incluso, de hecho, aunque se hayan establecido, pueden ser violadas por sus destinatarios que, como se ha visto; son los poderes públicos.

El paradigma garantista es siempre un paradigma en gran medida carente de desarrollo, aunque venga impuesto por las cartas constitucionales, quedando vacío de contenido por defecto de actuación, tanto por la ausencia como por la ineffectividad; ya de las normas primarias de garantías o de las secundarias.

---

<sup>16</sup> Ferrajoli. *Ibid.* pág. 94.

Las garantías penales y procesales, son esencialmente garantías negativas, dirigidas a limitar el poder punitivo en defensa de las libertades individuales.

Esta misma idea se ha identificado, con frecuencia, con el proyecto de un derecho penal mínimo, es decir, con un sistema penal capaz de someter la intervención punitiva tanto en la previsión legal de los delitos; como en su constatación judicial a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

En lo que se refiere al delito, estos límites no son otros que las garantías penales sustanciales: del principio de estricta legalidad o taxatividad de los comportamientos punibles a los de lesividad; materialidad y de lo que es la culpabilidad.

En lo relativo al proceso, tienen relación con las garantías procesales y orgánicas: El principio de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida de juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura; y el principio de juez natural.

Estas mismas garantías, por otra parte, sirven para limitar y minimizar el poder punitivo, en la medida en que todas ellas pueden configurarse como técnicas normativas destinadas a vincularlo al papel de averiguación de la verdad procesal.



Cabe caracterizar las garantías penales, empezando por la formulación clara y precisa de las figuras penales impuestas por el principio de estricta legalidad, como aquéllas que, en el plano legal, aseguran en grado máximo la averiguación de la verdad jurídica.

La verificabilidad y refutabilidad, en abstracto, de las hipótesis de la acusación; dado que no podría verificarse ni refutarse una acusación vaga e indeterminada.

En cambio, es posible caracterizar las garantías procesales, de la carga de la prueba al principio de contradicción o al derecho a la defensa, como las que aseguran en grado máximo, en el plano jurisdiccional y administración de justicia.

La averiguación de la verdad fáctica, es decir, que exigen, en concreto; la verificación por las hipótesis acusatorias de la acusación y permiten su refutación por parte de la defensa.

Es esta fundación sobre la verdad aunque sea en un sentido inevitablemente relativo, por el carácter opinable de la interpretación judicial y, por tanto, de la verdad jurídica.

En cualquier caso, por el carácter probabilista de la inducción probatoria de la verdad fáctica la fuente de legitimación específica de la jurisdicción; que justifica su independencia en un Estado de derecho.

A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en el estado derecho es una actividad cognoscitiva además de práctica o prescriptiva; o, mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva.

Las leyes, los reglamentos, los actos administrativos y los negocios privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende del respeto a las normas de producción y cuya legitimidad política depende de su oportunidad, de su fidelidad a los intereses representados, de la representatividad o de la autonomía de sus autores, y no de ciertas premisas, de hecho o de derecho; argumentadas como verdaderas.

Las sentencias, por el contrario, exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos sobre los hechos y reconocitivos sobre el derecho, de cuya aceptación como verdaderos depende tanto la validez o legitimación jurídica interna o formal, como la justicia o legitimación política; externa o sustancial de las mismas.

A esto se debe que, a diferencia de cualquier otro poder público, el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual; sino sólo una legitimación de tipo racional y legal. Ninguna mayoría, puede legitimar la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Y ningún consenso político, de la prensa; de los partidos o de la opinión pública puede sustituir o eliminar las pruebas de una hipótesis acusatoria.

Existe, por tanto, un nexo no sólo entre derecho penal mínimo y garantismo, sino entre derecho penal mínimo; efectividad y legitimación del sistema penal. Sólo un derecho penal concebido únicamente en función de la tutela de los bienes primarios y de los derechos fundamentales puede asegurar, junto a la certeza y al resto de garantías penales, también la eficacia de la jurisdicción frente a las formas, cada vez más poderosas y amenazadoras; de la criminalidad organizada.

En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad ni el consenso o el interés general, ni ningún otro principio de autoridad, pueden convertir en verdadero lo que es falso; o viceversa.

Sólo un derecho procesal depurado del legado de la emergencia de la disparidad entre acusación y defensa a la excesiva discrecionalidad en la prisión preventiva puede ofrecer un fundamento robusto y creíble a la independencia del poder judicial y de su papel de control de la ilegalidad de los poderes.

La defensa social y garantismo, tutela de los bienes primarios y garantía de los derechos de los encausados, seguridad frente a los delitos y frente a las penas arbitrarias se configuran, así como las dos vertientes, no sólo esenciales sino relacionadas entre sí; que legitiman la potestad punitiva del Estado.

El derecho penal mínimo se caracteriza, de este modo, como la ley del más débil que, en el momento del delito es el agraviado, en el del proceso, el imputado y en el de la pena; el condenado.

Desafortunadamente, hay que reconocer que el modelo de jurisdicción como actividad cognoscitiva de aplicación de la ley es un modelo teórico y normativo, desmentido y violado, de hecho.

Por los amplios espacios de discrecionalidad generados por el déficit de garantías del sistema judicial guatemalteco: por la ausencia de garantías penales, como consecuencia de la inflación legislativa y de la indeterminación semántica de los tipos delictivos, que han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad a la intervención penal, en contradicción con el principio de estricta legalidad.

Por la debilidad de las garantías procesales, como consecuencia de los cambios en el proceso acusatorio tras las reformas de emergencia de 1992, que desequilibraron el proceso, reforzando enormemente el papel de la acusación en perjuicio de la defensa; y el de la instrucción frente al juicio.

De ahí se derivan injerencias y conflictos entre poderes que, desde hace años, dividen a Guatemala a la opinión pública siguiendo lógicas facciosas, que envenenan el debate sobre la justicia; impiden la confrontación racional y corren el riesgo de provocar un descrédito general de las instituciones.

Esta quiebra de la legalidad, por tanto, se resuelve, principalmente, en una descalificación de todo el sistema penal de su certeza; su cognoscibilidad y su eficacia.

Ello repercute sobre la jurisdicción, ampliando sus espacios de arbitrariedad, comprometiendo la obligatoriedad de la acción penal y debilitando la naturaleza cognoscitiva de los juicios y, con ella; la fuente de la legitimidad misma del poder judicial y de su independencia.

Una crisis de la justicia penal de esta magnitud reclama la responsabilidad tanto de la legislación como de la jurisdicción, unida más allá de polémicas entre políticos y magistrados, en una insensibilidad general al valor de las garantías y en la correspondiente sumisión a las razones de la excepción y la emergencia: Primero, terrorista, después; mafiosa o camorrista.

Esta insensibilidad constituye, sobre todo; un síntoma de miopía y de falta de previsión. Los magistrados, en primer lugar, deberían reivindicar el refuerzo y el respeto de las garantías penales y procesales, de las que depende exclusivamente la jurisdicción penal y su independencia.

Sólo una política no coyuntural de la justicia, que asuma como primer y urgente objetivo la refundación garantista de la legalidad penal, podrá rehabilitar, hoy, el primado de la función legislativa y limitar el poder de los jueces; anclándolo a la sujeción a la ley y a su función cognoscitiva de los hechos y actos.



Para ello, no basta con las numerosas leyes de despenalización proyectadas o aprobadas durante años. Sería necesaria una reforma de toda la legislación penal fundamentada en una mejora del lenguaje de las leyes informada en los principios garantistas de taxatividad y lesividad y, además; en el refuerzo del tradicional principio de legalidad penal.

No basta la simple reserva de ley, hace falta una reserva de código, es decir, el principio de que ninguna norma penal o procesal pueda dictarse si no es mediante una modificación o una integración de los códigos, aprobada, quizá; con procedimientos agravados. Sólo una reforma de este tipo podría poner fin al caos normativo, restablecer los límites entre jurisdicción y legislación, entre justicia y política; y restituir la credibilidad tanto a una como a otra.

Todavía más débiles y faltas de actuación que las garantías penales y procesales de los derechos de libertad, se encuentran las garantías del resto de los derechos fundamentales; a pesar de haber sido sancionados por las constituciones estatales y las declaraciones internacionales de derechos humanos.

El paradigma garantista de la democracia constitucional es, pues, un paradigma embrionario; que puede y debe extenderse en una triple dirección: En primer lugar, para garantizar todos los derechos no sólo los de libertad, sino también los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo los públicos sino también los privados; En tercer

lugar, a todos los planos; tanto el del derecho estatal como el del derecho internacional.

El futuro del constitucionalismo y, con él el de la democracia, depende, por el contrario, de esta triple articulación y evolución: hacia un garantismo social, además de liberal; hacia un garantismo frente a los poderes económicos privados, además de frente a los poderes públicos, hacia un garantismo internacional; además de estatal.

Se trata de tres expansiones del paradigma garantista que legara la tradición liberal, todas ellas igualmente prometidas por el diseño normativo recogido en el conjunto de las diferentes constituciones.

Este paradigma, como se sabe, nació para la tutela de los derechos de libertad, se redujo a ser un sistema de límites a los poderes públicos pero no a los poderes económicos y privados; y ha quedado anclado dentro de los confines del estado y de nación.

El futuro del constitucionalismo y, con él el de la democracia, depende; por el contrario, de esta triple articulación y evolución: hacia un garantismo social, además de liberal. Hacia un garantismo frente a los poderes económicos privados, además de frente a los poderes públicos, hacia un garantismo internacional; además de estatal. Una expansión de este tipo está presente en la propia lógica del constitucionalismo.

La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva expansión de la esfera pública de los derechos: de los derechos de libertad de las primeras declaraciones y constituciones decimonónicas, al derecho de huelga y los derechos sociales de las constituciones del actual siglo, o los nuevos derechos a la paz, a la conservación del ambiente, a la información y similares, hoy reivindicados y aún no todos constitucionalizados, de la constitucionalización rígida de estos derechos; a su internacionalización en la Declaración Universal y en los sucesivos pactos y convenciones internacionales de la segunda posguerra.

Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que todos fueron conquistados por movimientos revolucionarios contra antiguos regímenes más o menos absolutistas.

Los derechos fundamentales del derecho a la vida a los derechos de libertad, a los derechos sociales a la salud, al trabajo, a la educación, a la subsistencia se han afirmado siempre al hacerse patente una opresión o una discriminación que, en un cierto momento; se volvió intolerable. Y lo han hecho como ley del más débil, como alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia. Del más fuerte físicamente, como en el estado de naturaleza hobbesiano; del más fuerte políticamente, como en los regímenes absolutistas, clericales o policiales; del más fuerte

económicamente, como en el mercado capitalista; del más fuerte militarmente, como en la comunidad internacional.

Este planteamiento confunde indebidamente los derechos con sus garantías; las cuales, son primarias o secundarias, cuando se refieren a derechos fundamentales, y requieren, siempre, para su existencia; ser introducidas mediante normas distintas de las que sancionan los derechos que garantizan.

Las normas penales sustanciales, que son garantía primaria de los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad y al resto de los derechos violados por los delitos; las normas procesales penales como garantía secundaria de los mismos derechos y como garantía primaria de la inmunidad del imputado frente a la arbitrariedad policial o judicial; las normas sobre asistencia sanitaria o instrucción obligatoria, o sobre los límites de los poderes del empleador o similares, como garantía primaria de los derechos sociales y de los derechos del trabajador, así como las relativas a la justicia administrativa y al proceso laboral como garantía secundaria de estos mismos derechos.

Finalmente, las normas todavía carentes de vigencia por falta de ratificación por parte de un número suficiente de Estados, prevén una larga serie de crímenes contra la humanidad como garantía primaria de los derechos humanos establecidos en las convenciones internacionales y, como garantía secundaria; de su justiciabilidad.

“Un argumento teórico con el que suele refutarse la tesis del carácter jurídicamente vinculante de los derechos sociales y, por otro lado, de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales es que tales derechos no son propiamente derechos, ya que o en la medida en que carecen de garantías. Si es cierto se objeta que los derechos fundamentales, según lo definido, consisten en expectativas o pretensiones a las que corresponden obligaciones o prohibiciones por parte de otros sujetos y sanciones o reparaciones en caso de violación, un derecho no garantizado no sería, en realidad; un derecho del legislador.”<sup>17</sup>

La existencia o inexistencia de las normas que disponen obligaciones, prohibiciones o derechos subjetivos no se deducen de la existencia o inexistencia de otras normas, sino que son puestas o producidas o, si se prefiere; introducidas por los correspondientes actos de su producción.

Resulta perfectamente posible que, dado un derecho subjetivo como consecuencia de una norma que lo prevé, no existan hasta tanto no se produzcan aunque debieran existir y, por tanto, ser producidas ni las normas primarias que establecen la obligación o la prohibición correspondientes; ni las normas secundarias que disciplinan la persecución de las violaciones de uno y otros como la accionabilidad en juicio de los derechos sociales.

---

<sup>17</sup> Gutiérrez Paez, Estuardo. **Ob. Cit.** Pág. 105.

Los derechos no garantizados no existen aunque existan las normas que los establecen, mientras que, en cambio, impone reconocer en la ausencia de las correspondientes normas garantistas un indebido incumplimiento de la violación de la obligación de emanarlas; que constituye una indebida laguna.

Concretamente, una laguna primaria, cuando falte la estipulación de la obligación y de las prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, y una laguna secundaria cuando no se hayan instituido los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, es decir; a aplicar las garantías secundarias.

En estos casos, no cabe negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por la norma jurídica, se podrá, tan sólo, lamentar la laguna que lo vuelve un derecho de papel y afirmar, con ello; la obligación de colmarla por parte del legislador. Las consecuencias de esta distinción entre derechos y garantías, impuesta por la naturaleza positiva del derecho moderno, resulta de enorme importancia no sólo en el plano teórico, sino también en el metateórico.

En el plano teórico comporta que el nexo entre derechos y garantías no es un nexo empírico sino un nexo normativo, que puede ser no ya contradicho, sino violado por la existencia de las primeras y por la inexistencia, es decir, por una laguna, de las segundas; al igual que sucede, por lo demás, con el principio de no contradicción, que igualmente puede ser no ya contradicho, sino violado por la existencia de antinomias, es decir; de normas entre sí contradictorias.

En el plano metateórico supone un papel no puramente descriptivo, sino crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto: crítico frente a sus lagunas y antinomias que debe poner de relieve, y normativo en relación con la legislación y la jurisdicción a las que impone el deber de colmarlas o repararlas.

Cuestión totalmente diferente es la de la viabilidad concreta de las garantías en las tres direcciones antes indicadas. Ciertamente, el desarrollo en el presente siglo se ha producido, en buena medida, mediante el crecimiento de los aparatos administrativos y la mediación burocrática y discrecional, y no a través de la institución de garantías positivas, es decir; de técnicas de satisfacción y de accionabilidad de los derechos sociales parangonables a las de las garantías negativas previstas por la tradición liberal para la tutela de los derechos de libertad y de propiedad.

Las garantías de los derechos humanos estipulados en las cartas internacionales, los cuales se caracterizan por una casi absoluta inefectividad. En lo relativo a las garantías frente al mercado y a los poderes empresariales, en realidad, es un proceso involutivo, pues no sólo no se han elaborado nuevas técnicas de limitación y control de los poderes cada vez más invasivos y mundiales de las grandes empresas multinacionales, sino que, al contrario, se han reducido, bajo la consigna del actual credo liberista, muchas de las viejas reglas y garantías en materia de derecho laboral; de tutela de los consumidores y de protección del entorno.



El propio preámbulo de la Declaración Universal de 1948 establece un nexo indisociable entre las garantías de los derechos fundamentales de todos los seres humanos y la paz en el mundo. Que el Estatuto de la Corte Penal Internacional para Crímenes contra la Humanidad no resulte finalmente ratificado por todos los Estados para su funcionamiento.

Todas las garantías, en efecto, tienen un costo mínimo en el caso de las garantías liberales y penales negativas, que exigen simplemente límites negativos, plazos amplios y procedimientos complejos para la definición, la averiguación y la sanción de los delitos que violan los derechos negativos de libertad y de propiedad; máximo, tratándose de las garantías sociales positivas, que exigen la asignación y la redistribución de recursos fuera y contra la lógica del mercado; algo en parte ya experimentado en los estados de derecho.

En el plano internacional, en el que exigiría la renuncia a la lógica de la fuerza y la prepotencia de los estados y la puesta en cuestión de los desenfadados niveles de vida que hacen posible el bienestar y la democracia a expensas del resto del mundo.

Pero se trata, como siempre, de los costos del derecho y de la democracia frente a los costos de la ley desregulada y salvaje del más fuerte que, en perspectiva, resultan superiores. De esas garantías depende la convivencia futura en un mundo no devastado por nuevas guerras, violencias y terrorismos, y la propia supervivencia, a largo plazo; de la democracia.

## 2.4. El proceso penal como garantía

El denominado garantismo procesal y las normas jurídicas no son entidades que vagan sueltas por ahí; al contrario, suelen encuadrarse en conjuntos normativos amplios. De ahí que no sería inopinable afirmar que el conjunto al que pertenece una norma jurídica sea, precisamente; el ordenamiento jurídico.

Cuando se trata de normas procesales, no ha de atribuírseles significados que las hagan incoherentes o contradictorias con otra u otras normas procesales, sino, justo al contrario; debe dotárseles de un sentido que sea consistente y coherente.

Y una vez embalado en esa dinámica, es importante dar a conocer cómo existe una despreocupada libertad de consistencia y coherencia respecto de la aplicación de la norma procesal al embridarla, no tanto con la actuación atemporal, acrítica y mecanicista del ordenamiento jurídico controvertido y patológico, sino más bien con la existencia en su seno en el seno del ordenamiento procesal.

Se entiende de un sistema de garantías o garantismo procesal, no siendo afortunado señalar que el derecho procesal contempla, fundamentalmente, la aplicación vertiente instrumental a través de su normativa específica, del ordenamiento jurídico ya sea civil, penal, laboral y atinente a las patologías jurídicas existentes entre trabajadores y empresarios.

Atinente a las patologías del mismo ámbito que puedan suscitarse entre administrados y administraciones públicas. Con objeto de prevenir algún posible malentendido, es importante señalar que cuando el derecho procesal actúa en un sistema de garantías o garantismo procesal; es porque con ello se quiere establecer que el derecho procesal no es un subsistema.

Un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias. La ubicación del derecho procesal en lo denominando garantismo procesal consistente en afirmar que el derecho procesal desea hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo.

De ahí que el derecho procesal sea esencialmente el derecho que trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad.

Si se contempla el derecho procesal desde una vertiente exclusivamente instrumental se antepondría en su estudio su finalidad práctica; esto es, la actuación del ordenamiento jurídico, pasando a un lugar secundario su más importante y primario contenido sustantivo como ordenamiento jurídico, consistente en hacer posible un sistema de garantías procesales que permita, en todo momento la hipótesis de patología jurídica; la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo.



No interesa tanto que el proceso funcionalmente aplique tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, la patología jurídica, sino que aquel; o sea el proceso sea garantía autónoma de aquella actuación sustantiva autónoma.

El proceso es funcionalmente autónomo en su sustantividad. Y, además, esa sustantividad le impide ser adjetivo; acrítico y mecanicista; o, en fin, ser vicario de la norma que actúa lo que conlleva a una exigencia suplementaria a la de la mera presencia de los razonamientos consistentes en permitir distinguir entre dos categorías conceptuales afines pero diversas, como son, de un lado, el proceso y, de otro el procedimiento.

Tanto el proceso, como el procedimiento son hipótesis de trabajo autónomas. El procedimiento es una realidad conceptual abstracta formal y adjetiva y que, por consiguiente, su razón de ser y justificación se la brinda el proceso; que opera siempre con la referencia del más escrupuloso respeto al sistema de garantías que el ordenamiento jurídico establece.

“Las normas que contienen el derecho procesal penal son las únicas que posibilitan la validez de los actos procesales penales, lo cual se basa en el principio de legalidad procesal penal. Y sobre esta afirmación no es posible plantear duda hermenéutica alguna.”<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Gutiérrez Paez, Estuardo. *Ibid.* Pág. 124.

Para que pueda predicarse la validez del acto procesal penal no es necesario abocarlo a la imposición de penas o a la represión.

El derecho procesal penal ha de postular que, mediante las garantías que contiene, se obtenga una efectiva tutela judicial de los derechos sin que en ningún caso se produzca indefensión.

El proceso es sustantividad garantista por tanto, con su sustantividad garantista justifica y corrige las anomalías en la aplicación mecanicista y técnica del procedimiento.

El proceso se caracteriza, de un lado, por su contenido sustantivo y, de otro, por la debida instrumentalización, a través del procedimiento, de su sustantividad garantista; alcanzándose así el debido proceso sustantivo.

Las garantías procesales penales no se encuentran dirigidas a la represión, cuanto más bien a la actuación autónoma de la norma procesal penal no instrumentalizada por la inesquivable aplicación de la norma penal que conlleva la actividad represiva con arreglo a su sistema de garantías y que posibilita la aplicación de una norma procesal penal sustantiva y garantista.

El garantismo, como metodología, enseña que a la norma procesal penal no tanto le ha de interesar que la represión incumba a la jurisdicción ordinaria; cuanto que la norma de derecho procesal penal sea garantía de aplicación



de la norma penal. El derecho procesal penal no es represor; es y ha de ser garantista.

## CAPÍTULO III

### 3. El principio constitucional de presunción de inocencia

La violación al principio constitucional de presunción de inocencia, es en nuestros días, una práctica cotidiana en los medios de comunicación, a diario los guatemaltecos, presenciamos como a través de las fotografías en los rotativos escritos del país, o en las imágenes reproducidas por los telenoticieros, las personas que han sido detenidas por haberlo señalado de la comisión de un hecho delictivo, son presentadas ante la opinión pública, previo a ser puestos a disposición de juez competente.

El significado de las palabras presunción de inocencia, Ossorio al respecto expresa “La que ampara, en los enjuiciamientos de tipo liberal, a los acusados, cuya responsabilidad debe probar el acusador, para fundar la condena.”<sup>19</sup>

En Guatemala es del conocimiento general, que los periodistas para estar cerca de la fuente de noticias utilizan cualquier estrategia con los cuerpos de bomberos, con la Policía Nacional Civil y hasta con los operadores de justicia, los cuales les permiten ser informados inmediatamente de los hechos que serán atendidos o cubiertos en la brevedad del tiempo.

---

<sup>19</sup> Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 385.

La violación de este principio, conculca derechos individuales tales como la honra y la dignidad de la persona, que sin haber tenido la oportunidad de que su responsabilidad se dirimiera en un proceso penal preestablecido y que se le diera la oportunidad de ejercer su derecho de defensa es decir de ser citado, oído y vencido en juicio, es presentado ante la opinión pública, denigrando su persona y la de sus familiares al relacionarlo con él.

El daño supera incluso la esfera personal del afectado, al provocarle como consecuencia la estigmatización social, en virtud de disminuir en él, las oportunidades de trabajo y de relación social, toda vez que la sociedad ya le ha condenado, convirtiéndose de esa manera en un sujeto marginado de la misma, con pocas oportunidades de desarrollo.

El marco jurídico referente al problema de la violación al principio constitucional de presunción de inocencia, como garantía constitucional y procesal, desde el momento de capturar a imputados, que han sido señalados de la comisión de un ilícito penal se encuentra regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en los Artículos seis, 13 y 14 los cuales en su parte conducente regulan:

Artículo 6. "Detención Legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta..."

Del mismo texto legal el Artículo 13. “Motivos para auto de prisión. ... Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indigada por un tribunal competente.”

Artículo 14 del mismo texto legal preceptúa: “Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. ...”

Se encuentra regulado en Pactos, Convenios y Tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en materia de derechos humanos, que por pertenecer a dicha área jurídica, ostentan la jerarquía de las normas constitucionales.

Se regula en leyes ordinarias tales como: El Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Número 40-94 del Congreso de la República; la Ley de la Policía Nacional Civil, Decreto Número 11-97 del Congreso de la República.

### **3.1. Alcances de palabra inocencia**

Parte de la doctrina latinoamericana y alemana para explicar la legitimación del principio de presunción de inocencia se fundamenta en la llamada teoría psicológica de la presunción de inocencia.



Esta teoría dispone una relativización del estatuto de la inocencia al disponer que mientras va aumentando el contenido jurídico de la incriminación, va disminuyendo la presunción de inocencia, o sea, que si la sospecha aumenta se diezma la inocencia del acusado.

“Pareciera que mientras más se va presentando la vinculación de un acusado al proceso que se le sigue, en esa misma intensidad va disminuyendo la presunción de inocencia.”<sup>20</sup>

La otra parte de los latinoamericanos y alemanes que son la mayoría, sostienen que dicho concepto psicológico de la presunción de inocencia es una posición inaceptable, y concuerdan en que la posición jurídica del imputado como inocente no puede ser perjudicada por la existencia de la sospecha de culpabilidad, por ello incluso el imputado que es apresado in fraganti, mantiene su inocencia hasta que una sentencia firme establezca lo contrario, por lo tanto durante todo el proceso mantiene dicho statu.

Pensamos que la presunción de inocencia llega a tener efectividad precisamente cuando existe un cierto grado de sospecha que se cierne sobre el imputado, la protección que pudiese ofrecerle este principio sería exactamente en esta condición de sospecha, no siendo así cuando sobre el imputado no recae ningún grado de sospecha.

---

<sup>20</sup> Londoño Jimenez, Hernando. **Tratado de derecho procesal penal**. Pág. 264.



Por lo antes expuesto podemos establecer que cuando la sociedad a través de los medios de comunicación social, se forma una opinión de la persona sindicada de cometer un hecho delictivo, conlleva la aplicación realmente de penas anticipadas, mismas que por su naturaleza y tiempo de aplicación se constituyen en violaciones a los derechos humanos.

Como podemos inferir, la responsabilidad, de darle cumplimiento al principio procesal de presunción de inocencia, específicamente en cuanto a la presentación de imputados se refiere a los medios de comunicación, recae en varias instituciones estatales.

Se distinguen dos tipos de inocencia: a) la inocencia sustancial y b) la inocencia formal, la primera que es cuando en verdad no existe culpa; la segunda que se establece mediante la declaración de inculpabilidad pronunciada por quien corresponde, es decir por el órgano jurisdiccional competente, con entera independencia de que la persona detenida, a quien se le está siguiendo un proceso penal sea o no en realidad inocente.

“La privación de libertad de las personas de modo inmediato, y si se quiere sorpresivo, puede tener su justificación procesal ante la urgencia de las investigaciones y el aseguramiento de las pruebas y del sindicado.”<sup>21</sup>

La detención es menos rigurosa que la prisión preventiva hecha efectiva y temporalmente se diferencian respecto al imputado, porque la primera es

---

<sup>21</sup> Claria Olmedo, Jorge. **Derecho procesal penal**. Pág. 453.

anterior a la definición de la situación jurídica del sindicado en el proceso, y la segunda una consecuencia de esa definición por el procesamiento.

No obstante por ser ambas preventivas, la detención resulta transitoria y aplicable en los primeros momentos del procedimiento, mientras que la prisión preventiva adquiere permanencia durante el resto del proceso cognoscitivo hasta la sentencia firme.

Una solución que tiende a la reconstrucción garantista del principio constitucional de presunción de inocencia es: que la Constitución Política de la República de Guatemala, que es la ley fundamental impide que se trate como responsable a la persona a quién se le atribuye la comisión de un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por medio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, pronuncien la sentencia penal firme que declare su responsabilidad y la someta a una pena.

La afirmación emerge de la necesidad del juicio previo y de allí que se afirma que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso o que los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados responsables por sentencia firme, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto una causa penal, perseguible de oficio o a instancia de parte, esto de conformidad con lo que al respecto se regula en el Artículo cinco del Código Procesal Penal, el cual establece: "Fines del

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

La inocencia o la responsabilidad se mide por los órganos jurisdiccionales competentes, según lo que el sindicado haya hecho o haya dejado de hacer en el momento de la comisión del ilícito penal que le es atribuido, es decir es inocente si él no desobedeció ninguna norma establecida en la ley como delito o no infringió ninguna prohibición, o si, realizada la acción existe una norma legal que elimine la antijuridicidad, de ese comportamiento, o bien concurrió alguna causa que elimina la culpabilidad, o bien ante la existencia de una de las causas que excluyen la punibilidad; responsable es, por el contrario, quién realizó la acción contraviniendo un mandato o una prohibición de manera antijurídica, culpable y punible.

La declaración anterior no significa, que la sentencia penal condenatoria constituya la responsabilidad, sino, por el contrario, ella es la única forma de declarar esa responsabilidad de acuerdo al juicio previo y los elementos de prueba que se diligenciaron dentro del mismo, así dicha sentencia penal sólo podrá darse si de lo actuado en el proceso penal se determina que el sujeto realizó los hechos que se le imputan, de no probarse que el acusado cometió el ilícito penal o ante la existencia de duda, debe resolverse conforme a lo más favorable al acusado.



De tal manera, que el principio constitucional de presunción de inocencia, significa que toda persona debe ser tratada como un inocente, desde el momento de su detención; por lo que las autoridades policiales no deben de poner a disposición de los medios de comunicación a dichos sindicados, todo ello desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de una persona frente a cualquier señalamiento de haber cometido un ilícito penal es la de un inocente, mientras no se le declare formalmente su responsabilidad a través de una sentencia.

### **3.2. Las características y naturaleza del principio constitucional de presunción de inocencia**

En el presente trabajo haremos mención de los elementos característicos del principio de presunción de inocencia enmarcándolos en base a nuestro ordenamiento jurídico, mismos que se deben observar, para su cumplimiento.

El principio de presunción de inocencia es de carácter obligatorio, puesto que por imperativo legal, a toda persona que se le sinde la comisión de un ilícito penal, durante la substanciación del proceso debe de ser tratada como inocente. La presunción de inocencia que la ley establece como una garantía constitucional y procesal, únicamente puede ser desvirtuada, en sentencia condenatoria, basada en autoridad de cosa juzgada.



Para la aplicación del principio de presunción de inocencia, es necesaria la existencia de un proceso penal y sus garantías y principios inmersos en el mismo.

Atendiendo los documentos históricos en los que se contiene la presunción de inocencia, este principio tanpreciado por la doctrina internacional así como por las distintas legislaciones del mundo, y a la vez, tan violado por los aplicadores de justicia, plantea su naturaleza jurídica como una garantía y principio constitucional en los países derivado del pensamiento individualista liberal francés, que busca la protección de las personas imputadas de un ilícito penal, para que únicamente mediante un proceso en el cual se le garanticen todos sus derechos y facultades puedan ser sancionadas por la ley, y de esta forma disipar las arbitrariedades y errores judiciales.

El principio de presunción de inocencia ha sido formulado desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica a los ciudadanos de determinado país.

### **3.3. Importancia dentro del proceso penal**

De conformidad con el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, este principio aparece redactado en forma escueta pues establece: Toda persona es inocente mientras no se le haya declarado

responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. También lo es que, al igual que la expresión debido proceso, el contenido de la norma ha sido desarrollado con amplitud, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, por lo que ha permitido conocer los criterios para su debida comprensión.

El Código Procesal Penal recoge ese principio o estado de inocencia durante toda la dilación procesal, lo concreta a través de algunas instituciones.

La duda en cuestiones de hecho y/o de derecho favorece al imputado in dubio pro reo, esto se refiere no solo para la sentencia, sino para las actuaciones procesales, pues toda duda debe resolverse a favor del sindicado.

El imputado debe ser tratado como inocente durante la tramitación del proceso. Durante el procedimiento preparatorio: ello porque ante la noticia criminis el funcionario del Ministerio Público no abre directamente el proceso o formula la acusación, pues debe disipar la duda que tenga sobre la participación del sindicado en el hecho delictivo a través de la investigación; inmediatamente después de haberse dictado el auto de procesamiento, se inicia la etapa de la investigación, con el objeto de reunir los elementos suficientes de convicción para establecer si el procesado ha participado o cometido el delito, misma que concluye luego de tres meses si se dictó un auto de prisión preventiva o de seis meses si se dictó un auto de medida sustitutiva, según sea el caso a su vencimiento el ente encargado de la

persecución penal, se pronuncia solicitando al juez contralor, lo que en derecho corresponda.

El procedimiento intermedio, tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo, o para verificar la fundamentación de las otras solicitudes planteadas por el Ministerio Público, tal como lo establece el Artículo 332 del Código Procesal Penal.

Aun cuando se hubiere decretado la apertura del juicio, por haber sido admitida la acusación, únicamente se está condicionando la situación del acusado para que en el debate se discuta sobre su culpabilidad y subsiguiente responsabilidad penal.

En el debate, la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público, al no estar el acusado en el deber procesal de probar su inocencia, puesto que dentro de las actitudes del acusado está la de permanecer inactivo durante el desarrollo del debate, sin que se le pueda obligar a probar su inocencia, o bien que tome una actitud de defensa activa, ya fuere negando el hecho imputado y proponiendo prueba al respecto, pero para propósitos de la efectividad de sus derechos de controversia de la prueba y de la defensa material y técnica.

Incluso puede darse la circunstancia de aceptar el hecho del que se le acusa, en cuyo caso el fiscal respectivo debe aportar las pruebas



pertinentes para determinar la veracidad del hecho, puesto que la confesión por sí sola no constituye prueba de la responsabilidad, tal como lo estipulan los Artículos 181, 182 y 370 del Código Procesal Penal.

Sobre el principio constitucional de presunción de inocencia se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 31 de marzo de 1,998, al declarar lo siguiente: El Artículo 14 constitucional reconoce, en su primer párrafo, el derecho fundamental de toda persona a la que se le impute la comisión de un hecho, actos u omisiones ilícitos o indebidos, a que se presuma su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia, y hasta tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. Se trata entonces de una presunción ius tantum.

Se dice que este principio implica un status de inocencia, una presunción de inocencia, o un derecho a ser tratado como inocente. Pero que en definitiva todas estas posturas son perfectamente conciliables y no difieren en sus efectos prácticos.

### **3.4. Principios y derechos constitucionales en el proceso penal**

Se ha señalado que la Constitución Política de la República de Guatemala contempla un conjunto de derechos subjetivos fundamentales del ciudadano que, en la práctica han sido más conocidos como garantías individuales, pero que en realidad también expresa los valores superiores del

ordenamiento jurídico constitucional, como son la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad, la seguridad, la justicia, el bien común, etcétera.

La seguridad jurídica se constituye como el principio general de que toda persona tenga certeza de sus derechos y obligaciones y de las consecuencia de sus actos, que es la consecuencia natural de la realización de los demás principios; es decir, de aquellos que son consustanciales para el desarrollo y respeto de los derechos fundamentales.

La Constitución Política de la República de Guatemala es considerada como la ley de garantías, en ese sentido existen varios autores de Derecho Constitucional que estiman que las funciones del Estado son producto de un mandato constitucional, situación que produce un efecto social como lo es la búsqueda de la certidumbre, la tranquilidad y la paz; los principios constitucionales, constituyen medios jurídicos encaminados a la protección y al amparo de las normas ordinarias que a su vez constituyen preceptos dirigidos a promover el respeto a las personas en su integridad física y moral.

El proceso penal reviste gran importancia en virtud de que se encuentra amparado de una serie de garantías fundamentales que se encuentran contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala que a su vez ponen en movimiento al Código procesal penal, con la finalidad de una administración de justicia más humana, objetiva y con la participación

de juzgadores independientes e imparciales que deberán respetar absolutamente la dignidad humana. Dentro de estos principios constitucionales se encuentran los siguientes:

a) Derecho a un debido proceso

Este principio constitucional conocido también como debido proceso, consiste en que no se puede aplicar el poder penal del Estado si antes no se ha llevado un juicio, es decir si el imputado no ha tenido oportunidad de defenderse, si no se le ha proveído un defensor, si no se le ha reconocido como inocente en tanto su presunta responsabilidad no haya sido demostrada y se le haya declarado responsable a través de una sentencia condenatoria emitida por un tribunal competente y previamente establecido.

El debido proceso es uno de los derechos más sagrados que toda persona posee, ya que asegura y garantiza la dignidad y la libertad de todo ciudadano, ante la potestad punitiva del Estado, traducida en el ejercicio de la acción penal. La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 12, si bien no lo establece expresamente, se puede entender del contenido del mismo, al indicar que “nadie puede ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente preestablecido.”

Es a través de este presupuesto legal, como la Constitución Política de la República de Guatemala, consagra el derecho a un debido proceso.



## b) Derecho de defensa

El derecho de defensa cumple dentro del sistema de garantías un rol especial, por una parte actúa como una garantía más y por otra, es la principal vía para asegurar la efectiva vigencia del resto de las garantías procesales, es un principio garantizador y básico que si no se le da cumplimiento las restantes garantías quedan en letra muerta o dejan de cumplir su función específica.

El derecho de defensa en juicio del sindicado o acusado, consagrado por nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 12, que en la parte conducente establece que “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables”.

Eso implica que el derecho de defensa, no debe en ningún momento ser violado, por ninguna autoridad del Estado, ya sean estas, Ministerio Público, Policía Nacional Civil u Órganos Jurisdiccionales, ya que estas son o deben ser garantes de esta garantía constitucional y encargadas de velar por que las mismas se le respeten al imputado.

El derecho de defensa material es el derecho que tiene el imputado a intervenir personalmente en el procedimiento para ejercer su defensa. De esta forma, el imputado puede, a lo largo del procedimiento realizar declaraciones, hacer pedidos al fiscal o al juez, proponer por sí mismo pruebas, etcétera. En el debate tiene además el derecho a la última palabra.



El Artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, estipula el principio de declaración libre, por el que el imputado no puede ser obligado a declarar contra sí, ni a declararse responsable, debido a que la declaración del sindicado tiene por finalidad básica, ser un medio de defensa material y no una fuente de información privilegiada y absoluta como existía en el proceso anterior.

En el sentido más genérico, se puede decir que el imputado tiene el deber de declarar la verdad. Es decir sea que declare la verdad o que oculte información, no estará haciendo otra cosa que ejercer su derecho a la propia defensa y de ninguna manera incumpliendo un deber como el que tienen los testigos respecto a la declaración, en virtud de lo cual solamente el imputado lo que quiere o lo que no le interesa declarar.

De lo antes expuesto se extraen consecuencias interesantes siendo la más importante el silencio del imputado, de su negativa a declarar o de la falta de veracidad en su declaración, de ellas no se puede extraer argumentos.

Esto es importante porque lo contrario equivale a fundar la resolución judicial sobre una presunción surgida de un acto de defensa del imputado y tal cosa violaría en última instancia, su derecho de defensa.

La siguiente consecuencia es que, así como el imputado puede negarse a declarar sin que su silencio produzca efecto alguno sobre el proceso, también podrá declarar cuantas veces quiera porque es él quien domina la

oportunidad y el contenido de la información que desea que se conozca en el proceso.

De estas afirmaciones no se debe deducir que el imputado no tiene la facultad de confesar, si la tiene pero esta facultad es personalísima, se funda exclusivamente en la voluntad del imputado no puede ser inducida por el Estado de ningún modo.

Respecto al derecho a la defensa técnica, tiene derecho a elegir a un abogado de su confianza o a que se le nombre uno de oficio, sin embargo hay que tomar en cuenta el Artículo 92 del Código Procesal Penal que faculta al imputado a defenderse por sí mismo, sin necesidad de defensor técnico, aunque siempre será necesaria la autorización del juez quien deberá asegurarse que el derecho de defensa no va a ser afectado.

El derecho de defensa implica el derecho a conocer los hechos que se le imputan, tanto antes de la primera declaración, como al plantearse la acusación y al iniciarse el debate, tal como se establece en el Artículo 81 del Código Procesal Penal para de esta manera poder defenderse sobre los mismos.

El respeto a este principio genera la obligación correlación entre acusación y sentencia, por el cual no se puede condenar por hechos por los que no se ha acusado. El imputado tiene derecho a tener un traductor si no comprendiere la lengua oficial, según lo preceptúa el Artículo 90 del Código

procesal penal. Por comprender no basta tener un conocimiento aproximado de la lengua, en virtud de lo cual tendrán derecho aquellos que aun entendiendo el español, no lo dominan con soltura.

c) Derecho a la igualdad de las partes

Esta garantía constitucional se traduce en aquel principio esencial, según el cual las partes que intervienen en el proceso ya sea como acusador o acusado, tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos y como consecuencia un trato desigual impediría una justa resolución.

Este derecho se encuentra consagrado en el Artículo cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala, que en su parte conducente establece: En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.

Esta igualdad procesal forma parte de los derechos humanos como base fundamental de la organización interna del Estado ante la cual todas las personas gozan de las mismas garantías y derechos, la que se traduce en la facultad que se le otorga a cada una de las partes, para hacer valer sus derechos, tanto de acción como de oposición en similitud de condiciones y oportunidades durante el desarrollo del proceso, dando oportunidad de que se puedan aportar, medios de convicción que se crean necesarios, presentar alegaciones, interponer recursos legales o que se les comunique o notifique

los actos realizados, con la finalidad de que se dé una efectiva y verdadera justicia.

d) Derecho a un juez natural

Este derecho al igual que los anteriores, tiene relación directa con el derecho al debido proceso, ya que el juicio previo a que toda persona tiene derecho al imputarsele la comisión de un hecho delictivo, debe llevarse ante un juez dotado de jurisdicción y competencia, porque de presentarse lo contrario, se estaría violentando el derecho a un juez natural, que por mandato constitucional le asiste a todo ciudadano.

Lo anterior significa, por una parte, que la competencia para atender una determinada causa, es decir, la facultad que tiene un juez para aplicar el derecho en un caso concreto, según su distribución territorial o de materias, debe estar determinada por la ley. Ello implica que solamente el legislador puede determinar la competencia.

e) Principio de legalidad

Para referirnos al principio de legalidad procesal, se debe partir de que la supremacía de la Constitución implica la de legalidad fundamental, que solamente es válido en la medida en que se desarrolle dentro de los parámetros legales. Ello significa, dentro de un Estado constitucional de derecho, que las actuaciones de los empleados y funcionarios públicos

deben estar fundamentadas en disposiciones jurídicas y no en criterios personales o facultades discrecionales.

Este principio tiene connotación jurídica particular, tanto en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal, por cuanto tiende a frenar, el ius puniendi del Estado, a través de principios jurídicos establecidos en la propia ley, los que protegen jurídicamente a la persona humana, este principio está contenido en nuestra carta magna en el Artículo 17 en el cual se establece: No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta por ley anterior a su perpetración.

Asimismo en el Código Penal, este principio se encuentra regulado en el Artículo uno y en el Código Procesal Penal se encuentra contenido en los Artículos uno y dos, denominados con los aforismos conocidos como nullum crimen, nulla poena sine lege; y nullum proceso sine lege, que significan: no hay delito ni pena sin ley anterior y no hay proceso sin ley anterior respectivamente.

## CAPÍTULO IV

### 4. Repercusiones jurídicas del garantismo procesal en los distintos ámbitos de la justicia penal y del principio de inocencia en el modelo moderno de enjuiciamiento criminal guatemalteco

A lo largo de la historia de la humanidad connotados autores se ha pronunciado en lo que respecta al principio de inocencia, tomando en cuenta la situación en que debe de encontrarse el sindicado, al no haber sido declarado responsable de la comisión de un delito, mediante un proceso legal seguido ante un juez o tribunal competente, y el papel que a nivel internacional juegan los derechos humanos del sindicado.

“Inocencia es el estado de una persona acusada de haber cometido un delito, mientras no se pruebe que es culpable.”<sup>22</sup>

Para establecer con claridad la interrogante de si se trata de un principio, de una presunción o de un estado de inocencia, y desarrollar dicho planteamiento, hay que tomar en cuenta que dentro del desenvolvimiento de la lógica jurídica, este principio aparece recogido en casi todas las constituciones republicanas, en muchos tratados internacionales sobre derechos humanos, y por las disposiciones generales de los ordenamientos procesales, es una derivación de la garantía jurisdiccional que prevé que no se impondrá pena alguna sin juicio previo como a otra serie de principios

---

<sup>22</sup> Londoño Jimenez, Hernando. *Ibid.* Pág. 54.



que son consustanciales, dado que la atribución de inocencia, como un estado natural de que se encuentra investida toda persona o todo individuo, que le permite que hasta que no se demuestre legalmente lo contrario, se mantiene intacto dentro de la estructura de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

“El estado de inocencia es un fuerte baluarte para la garantía de libertad individual, fundamentando la regla de incoercibilidad del imputado, la oficialidad en la producción en las pruebas y todos los corolarios de ambos. Y que el principio o presunción de inocencia se ha formulado positivamente o negativamente como tal, pero predominantemente colocando siempre a todo habitante en situación de no culpabilidad mientras una sentencia firme así lo declare.”<sup>23</sup>

En la ley no existe expresamente ninguna presunción de inocencia propiamente dicha ni de culpabilidad, si, la primera de forma exageradamente la verdadera situación del imputado, la segunda se constituye en el fundamento para la aplicación de medidas coercitivas innecesarias e injustas que tienden a observar únicamente el interés represivo del Estado.

Se ha violado el derecho a la vida, a la seguridad y a la paz en virtud de haber estado preventivamente en un centro de detención, lugar que en la

---

<sup>23</sup> Londoño Jimenez, Hernando. **Ibid.** Pág. 45.



actualidad es totalmente inseguro debido a los amotinamientos que siempre se ha dado en esos lugares en los cuales han perdido la vida un número considerable de reos, sin antes haberse concluido el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco.

Con relación a la libertad, el ente encargado de la persecución penal, se precipito al solicitar la orden de aprehensión al señor Juez de primera instancia penal, sin tener los elementos suficientes que encuadren su conducta en una figura típica, antijurídica y culpable, y la falta de análisis del órgano jurisdiccional unipersonal provocan en reiteradas ocasiones el vedar de ese derecho de libre locomoción, a las personas contra las cuales se ha iniciado un proceso penal, alterando así la paz no sólo del supuesto hechor sino también la de sus familiares.

Por otra parte al encontrarse privado de libertad, el sindicado pierde su desarrollo integral como persona, toda vez que suspende sus estudios, cursos de capacitación técnica, en algunas ocasiones ascensos laborales, becas, entre otros.

#### **4.1. El derecho penal moderno**

“El derecho penal moderno nace en España, al igual que en el resto de Europa, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, bajo las ideas de la ilustración. El derecho penal del antiguo régimen era fragmentario, cruel y poco definido. En España seguían en vigor la novísima recopilación, los

fueros y las partidas, pero en la práctica los tribunales solían hacer gala de arbitrariedad; dejando de ceñirse a los textos escritos.”<sup>24</sup>

“Tras el fracaso de las primeras iniciativas debido a la reacción frente a la Revolución Francesa la situación cambia decididamente con la Constitución de Cádiz, de 1812, que establece la personalidad de las penas, proscribire el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes, y dispone que los códigos civil, criminal y de comercio fueran unos en todo el Reino. El regreso de Fernando VII supuso la derogación de la nueva normativa, pero el mismo Monarca ordenó la formación de un código criminal. Así, nació el primer código español, el de 1822, y, con él, una nueva etapa en la evolución del derecho penal histórico español.”<sup>25</sup>

Las relaciones entre el derecho y la posmodernidad no son aún claras, pues muchos autores confunden la existencia de la tolerancia y de las alternativas judiciales al sistema penal con la crisis del paradigma moderno y la irrupción de uno nuevo. Por el contrario es fundamental la determinación del modo de la existencia de un pensamiento posmoderno que supone, para el caso del derecho penal, la ausencia de sistema y la pérdida de temor al contagio con las esferas extrajurídicas.

El siglo XX, se caracterizó por una fuerte crítica a los fundamentos de la modernidad y a todos sus resultados. Si se busca un poco en el

---

<sup>24</sup> Ferrajoli. **Ob. Cit.** Pág. 106.

<sup>25</sup> Ferrajoli. **Ibid.** Pág. 106.



pensamiento filosófico del presente siglo y del pasado, se encuentra de qué manera desde el romanticismo; se puede hallar una serie de críticas a la modernidad como época de la razón.

En el presente siglo, se tiene que uno de los objetivos, o sea la crítica de la modernidad y de la racionalidad que la caracterizaba, racionalidad que como la razón instrumental, es, aquella que sólo se orienta a fines; dejando de lado cualquier función dialógica.

La crisis de la modernidad radica en la colonización que de la vida cotidiana, que se denomina mundo de la vida, por las racionalidades de otras esferas. Así, la economía se caracteriza por valerse de una racionalidad instrumental y estratégica y es ésta la que ha colonizado a las otras dimensiones de la vida pública.

En el campo del derecho, tal colonización se puede percibir en la colonización que de un derecho penal liberal, dialógico y garantista, fue hecha por parte de un derecho de tipo funcionalista; orientado a los resultados y a la eficiencia del sistema y cuyo mejor ejemplo lo constituye la seguridad y todas las aplicaciones eficientistas del derecho penal.

Como resultado de los estudios desarrollados por los postestructuralistas, surgió un pensamiento que se quiso denominar posmoderno y lo que lo identifica es la crítica de la modernidad desde fuera de la modernidad misma o, la pérdida de fe en las posibilidades de la ilustración.

Lo que caracteriza al pensamiento posmoderno viene dado por la inclusión de ese prefijo pos, que se identifica, de modo erróneo, como la existencia de una nueva época posterior a la modernidad y otros, más acertados, como una época en la cual lo moderno es atacado; como una etapa de la modernidad que hace frente a sus fundamentos y los somete a críticas para evitar que ellos destruyan.

Lo cierto es que en la actualidad se vive en una época posmoderna, y en una cultura postontológica. Sin embargo, lo común a todas estas críticas a la época moderna es el hecho de cuestionar la prevalencia de una dimensión sobre otra, de modo que se deje al ser humano como dividido.

Es fundamental recuperar las dimensiones del ser humano. Se sugiere abrirse, desde un primer momento, al horizonte del ser en toda su riqueza y complejidad, o sea a la dimensión del conocimiento propiamente tal; a la dimensión de lo mítico religioso y a la dimensión de lo poético estético. La especificidad de esas tres maneras de darse el ser no sólo impide el que se las regionalice, reduciéndolas a saberes especializados, sino que sobre todo se resiste a cualquier tipo de precisión simplificadora que desdibuje lo problemático y complejo de la condición humana.

Entonces, de lo que se trata en un pensamiento que supere las deficiencias de la modernidad y que a falta de un mejor nombre se ha dado en llamar posmoderno, es de superar las clásicas divisiones entre los sujetos y de incorporar los nuevos sujetos y los nuevos problemas que afectan al

hombre, tratándolos con la lógica que les corresponde; evitando que una de ellas colonice con sus pretensiones el ámbito de objetos en que se desenvuelve la otra.

Esta crisis del paradigma moderno también encontró su lugar en el derecho moderno, pues éste, frente a la aparición de nuevos sujetos dentro de la esfera pública; se mostró incapaz de dar solución a los problemas que los aquejaban. Ese tipo de actitudes puede ser denominado como la angustia al contagio, pues lo que ha caracterizado al derecho moderno, como una de sus notas esenciales; ha sido el temor a que en su estructura se incluyan elementos propios de la esfera ética y extrajurídica. Dicha angustia de contagio ha producido en el plano global un alto grado de rigidez y en el local una coexistencia entre libertad y desregulación. No obstante no existe una ética capaz de organizar la responsabilidad por las consecuencias de las acciones colectivas de la humanidad a escala planetaria.

#### **4.2. La racionalidad en el derecho penal moderno**

“El derecho moderno encuentra su mejor formulación en la clásica teoría pura del derecho. El formalismo es una de las características del derecho moderno. La lógica instrumental de la simple eficiencia se ha ido apoderando del proceso de creación.”<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Londoño Jimenez, Hernando. **Ibid.** Pág. 54.



La característica principal del derecho penal moderno es la racionalidad, la cual se puede manifestar especialmente en la generalización y la sistematización, copiando en ello al modelo de ciencia; dado que en el sistema los dogmas establecidos funcionan como los axiomas de la física.

En efecto, en el sistema jurídico la derivación analítica de proposiciones y la decisión de los casos específicos va de la mano con el trabajo sintético que se verifica en la construcción de las relaciones y de las instituciones legales.

El sistema representa la integración de todas las proposiciones analíticamente derivadas de un modo tal que se trata de un sistema de reglas lógicamente claro, consistente y completo bajo el cual toda situación se muestra capaz de ser lógicamente subsumida para que su orden no carezca de una efectiva garantía.

La racionalidad de la decisión en un caso concreto viene garantizada por la sujeción al sistema, lo que quiere decir, en la versión opuesta, que una decisión es sustantivamente irracional cuando es influenciada por factores ajenos al caso, como serían aspectos éticos, emocionales; dejando de lado así la neutral y fría aplicación de las normas. Este peculiar acercamiento a la ley sólo es posible si se cuenta con un carácter formalizado de ésta y del sistema jurídico en su totalidad. Sólo el método abstracto basado en la interpretación lógica, permite que se lleve a efecto la siempre creciente labor sistematizadora del derecho y garantizando, gracias a la validez de su lógica interna; el sentido y significado de las diversas reglas que lo integran.

### 4.3. La autorreflexividad en el derecho penal

La importancia de la autorreflexividad, en el derecho penal moderno no es otra cosa que el postulado de la capacidad del sistema para generar normas jurídicas a partir de las mismas y para referirse a todos los otros subsistemas del sistema social desde un punto de vista estrictamente jurídico, esto es; para manejar todo lo extrajurídico en sus propios términos.

Un derecho autorreflexivo es indiferente a los efectos sociales de las normas, ya que su función es hacer posible la máxima virtud equilibrada, de la racionalidad jurídica sin entrar a analizar méritos del problema y que se resuelven en una suerte de coacción a la negociación ya que instituye foros jurídicos para el conflicto sin ponerse del lado de la solución del problema.

El derecho al ser un simple subsistema de la sociedad, se guía por criterios de esa lógica que ha colonizado todo el sistema y que es la del sistema económico, de modo que es ciega a cualquier idea de justicia o de valores extrajurídicos, manejando el problema desde el triple nivel de la dogmática, de la teoría general y de la técnica de interpretación; perdiendo con ello toda la dimensión compleja que caracteriza a la cultura. El resultado de esta ciega sujeción a la razón funcionalista, producto nuevo de la razón instrumental, no es sólo el carácter cada vez más alejado de la realidad que caracteriza a la dogmática penal; sino que en ello encuentra su exacto reflejo en la legislación de orden público y en la cultura de la eficiencia que acompaña al derecho penal.

Tal cultura ha dejado de lado el papel del derecho como producto de emancipación para pasar a ser un simple agente de control público y de realizador de la razón de Estado.

Es evidente que, frente a los espacios donde se desenvuelven poderes irregulares, la limitación de la violencia legal en tanto que la ley la establece o bien la permite garantizando los derechos y libertades exigibles conforme al ordenamiento; es algo más que el simple establecimiento de esos ámbitos de mera legalidad reconocidos en el derecho penal ordinario.

Ocurre que lo que se requiere, también en esos marcos de vida y poder ahora indicados, es una articulación del Estado de derecho mucho más completa que la neoliberal, imponiendo límites y vínculos normativos; no solo ampliando los que circundan a los poderes del Estado, sino también en mayor medida que la actual, constriñendo a los poderes privados a manos de algunos ciudadanos y a los poderes burocráticos de diversos aparatos; sean públicos o privados.

La crítica al derecho moderno se hace entonces desde un punto de vista que reconoce su carácter ideológico, esto es; de modo que se reconoce que el derecho busca la realización de un modelo cultural cognitivo que no tiene por qué ser democrático.

El sistema legal se basa en una serie de ideologías ritualmente articuladas que trabajan para el beneficio de las clases dominantes; los periódicos, la



televisión y las escuelas difunden constantemente la ideología, predominantemente de la variedad burguesa y las definiciones de la desviación son esencialmente expresiones de la ideología dominante en términos morales.

En la época actual el formalismo del derecho parece venir en retroceso, por obra de la aparición de una serie de movimientos sociales como los feministas y los multiculturalistas cuyas críticas muestran el carácter situado y contextual del pretendido derecho aséptico de la modernidad.

Esta nueva comprensión del derecho supone a su vez una nueva concepción del papel de la administración de justicia, que deja de ser entendida como un mero aplicador neutro del derecho legal. Dentro de estos movimientos pueden observarse los diversos pluralismos jurídicos y en sentido antropológico y en el sentido de la teoría legal y, en general, todos aquellos movimientos que fueron conocidos bajo el nombre del otro derecho; cuyas iniciativas fueron conducidas bajo el mismo nombre.

La aparición de estas nuevas formas de derecho, con la consecuente desvalorización del derecho estatal, se debe, entre otras razones; a la crisis del Estado nación y de su hegemonía de la producción jurídica.

El papel del derecho en un mundo como el actual, sujeto al mismo tiempo a la globalización y a la contextualización, en una paradójica situación de extremos, no puede ser más el de una simple sujeción a los mandatos de la

ley, como si el juez no tuviera un amplio espectro de interpretación, ni tampoco el de la libre creación del derecho sin sujeción a regla alguna, pues de por medio se encuentra la idea moderna de racionalidad y previsibilidad de las decisiones que, pese a todos los ataques de que ha sido objeto; no parece ser algo a lo que los ciudadanos estén dispuestos a renunciar.

Igualmente, dada la crisis en que se encuentra el derecho moderno, no puede afirmarse sin más que el papel de los jueces se limite a la simple solución de los casos que se someten su conocimiento; ni siquiera es posible sostener que su función sea simplemente la de decir cuál es el derecho aplicable en el caso concreto. Por el contrario, su función es cada vez más política, o dicho en otros términos, el papel de los jueces aparece cada vez más contaminado por los otros subsistemas; lo que indica que en la solución de los conflictos la actividad de los jueces es cada vez más política y menos jurídica.

“Uno de los tópicos sobre el sistema continental de derecho es aquel que se refiere al hecho de que los jueces están sujetos a la ley y, por tanto; a la legitimidad.”<sup>27</sup>

Al referirse al sistema continental de derecho se determina lo relacionado con un sistema en el cual la función del juez se limita a ser la expresión de la ley; es en esas notas en las que los autores encuentran sus diferencias.

---

<sup>27</sup> Londoño Jimenez, Hernando. **Ibid.** Pág. 57.

No obstante, es precisamente bajo un sistema apegado a este ideal del Estado de derecho en el que los jueces encuentran un espacio mayor para la interpretación; lo que en últimas va en detrimento del poder de dictar la ley. Esto puede observarse en el papel activo que han asumido los jueces bajo la nueva configuración del Estado social de derecho.

En esta sujeción a la ley, se encuentra la mayor necesidad de certeza y seguridad jurídica en los jueces, que obligó a la instauración de un sistema centrado en la ley, al paso que los jueces se tomaron más en serio sus propias decisiones; por ser ellos mismos los arquitectos del sistema jurídico.

Sobre la base de la codificación del derecho, para limitar el campo de discreción a los jueces, y sobre el concepto de soberanía, surge la concepción moderna del derecho, que lo caracteriza por ser un derecho producido por el Estado, de manera que éste, y sólo éste; posee el monopolio de la producción jurídica.

Tal concepción encuentra su mejor formulación en la teoría pura del derecho, y en general, en los planteamientos del positivismo jurídico; que sigue en lo esencial el ideal formalista.

Desde esa perspectiva, el Estado es el único legitimado para la producción de las normas jurídicas, pues sólo él posee la fuerza necesaria para imponer el derecho, por lo cual los autores de la teoría positivista del derecho consideraron que la legitimidad del derecho o de un sistema normativo

específico se resolvía en la pregunta por la existencia del derecho, esto es, que la legitimidad se confundía con la existencia y, en algunos casos; con su efectividad.

En el derecho penal este ideal positivista se ha visto reflejado en la aparición de la dogmática; según la cual se hacen previsibles las soluciones racionales a los casos a través de la aplicación de una racionalidad instrumental.

Es bien conocido que el paroxismo del sistema llevó a que la dogmática se centrara durante un buen tiempo en la discusión sobre la teoría de la acción más adecuada para la solución de los conflictos y, sobre todo; sobre la teoría que reflejara con mayor exactitud la naturaleza de las cosas o el mundo real.

La reacción a esa problemática, se tradujo en los intentos de materialización de la dogmática penal, o sea, en la introducción de criterios político criminal en las categorías que conforman a la teoría del delito, corriente que han sido denominadas teleológico funcionalistas; cuya construcción parte de las consecuencias de la pena y no de una abstracta definición del delito.

No obstante, al realizar el análisis de las categorías del delito desde un punto de vista político criminal, lo que se observa no es la inclusión de elementos políticos en el análisis de los conflictos, sino, lo que es muy diferente, la conversión de los elementos políticos en elementos jurídicos.



La inclusión de elementos extrajurídicos en la teoría del delito conduce precisamente a una normativización mayor del derecho penal, pues en el caso de los fines político criminales o en los fines de la pena, lo que realmente se produce es una mayor relevancia de la teoría de las normas, pues sólo desde ese punto de vista se preserva la científicidad del saber jurídico.

El derecho responde a la idea de la separación de los diversos subsistemas, pues la noción de código binario determina que todo lo que caiga dentro del ámbito de objetos del sistema se regule por ese código, ya que las operaciones comunicativas pueden o no entrar en el sistema, pero una vez que han dado el paso, han de regirse por la diferencia impuesta vía código.

Es la referencia al código, su consideración como jurídica o antijurídica, lo que hace que una operación referida a expectativas de comportamiento obtenga el calificativo de jurídica.

“Buena parte de la dogmática penal se fundamenta en su obra, resaltando no sólo su carácter conservador sino el hecho de ser el reflejo de una tecnificación de la razón moderna.”<sup>28</sup>

Los hechos no se pueden deducir enunciados de un deber ser. No obstante, la separación del mundo del valor del mundo de los hechos supone una devaluación de los contenidos del derecho por carecer de científicidad.

---

<sup>28</sup> Londoño Jimenez, Hernando. **Ibid.** Pág. 59.

Es por ello que se acude al modelo de las ciencias naturales para otorgar científicidad al derecho.

Para efectuar esto, se acude a la neutralización del derecho por la vía de la sistematización, de modo que la decisión queda eliminada del campo del derecho.

Así las cosas, el papel que se le asigna al derecho es el de una técnica de solución de los conflictos de intereses, sin detenerse en la justicia del caso, pues ello implicaría el abandono de su racionalidad instrumental y por tanto de la formalización que lo caracteriza.

#### **4.4. El garantismo procesal en los distintos ámbitos de la justicia penal y del principio de inocencia**

El garantismo en el derecho penal moderno, se clasifica y caracteriza por ser un derecho penal demasiado formal y con cierta rigidez en su actuar, es decir, autolimitado en su esencia, la concepción clásica del galantismo es que ciertamente es un modelo violento de la represión.

Un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo sino un eslabón de la cadena; como última ratio para la solución de los problemas sociales. Es fundamental incluir en la elaboración de la dogmática de la teoría del delito finalidades políticas y criminales.



También es fundamental el análisis de los problemas que presupone una política criminal que quisiera resolver los problemas del derecho que no son propios del derecho penal o el derecho penal, lo que desde luego presupone, un peligro para las garantías y derechos del ciudadano frente al poder punitivo del Estado; el carácter de última ratio y el principio de intervención mínima del derecho penal.

Las críticas al garantismo y el principio de inocencia parecen no acabar, y su modelo de bienestar del derecho penal señala que este modelo ya no da las claves a los juristas guatemaltecos para interpretar los recientes cambios político criminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal.

Los planteamientos novedosos son importantes, con el objetivo de seguir garantizando la convivencia o el bienestar social, al fin esos son ideales del derecho penal clásico, lo que verdaderamente preocupa es que ante la carrera por alcanzar dichas creaciones estructurales o novedosas teorías se violenten principios fundamentales o les reduzcamos a su mínima expresión, que legitimemos o autoricemos al Estado, con el pretexto de garantizar la seguridad ciudadana se violen las garantías individuales de sus gobernados; eso si verdaderamente preocupa y es lo que a toda costa se trata de impedir. No es oculto que la mayoría de los Estados democráticos de derecho atraviesan por problemas de diversa índole para aplicar el principio de inocencia, a saber de aspectos sociales, políticos y económicos; a los

que por supuesto se les puede atribuir diversas causas, que afectan a Guatemala.

En todas esas causas deben y pueden buscarse soluciones en el derecho penal, pero ante la posible ineficacia por parte del sistema por no llamarla ineptitud buscan la solución; como también sucede con habitualidad en Guatemala.

La génesis ideológica del principio de inocencia, tiene su origen, como casi todo lo relacionado con las normas fundamentales que regulan los derechos fundamentales de las personas en el constitucionalismo norteamericano y en el pensamiento individualista liberal.

Se trata de un principio muy controvertido en la doctrina, no obstante encontrarse consagrado radicalmente y si excepción en los mandatos constitucionales de diferentes países de cortes democráticos.

Los pensadores vinculados con el positivismo penal, que parten de la existencia de un delito natural y de delincuentes natos, es lógico que no puedan admitir el estado ni la llamada presunción de inocencia.

Debe tenerse presente que lo ocurrido en la realidad contradice lo dispuesto por las normas jurídicas, puesto que con bastante frecuencia, el proceso es para el imputado más gravoso aún que la misma condena, al percatarse que luego de pasar varios meses en prisión preventiva recupera su libertad por



sentencia absolutoria. La primera se constituye en una pena anticipada, creando consecuencias desastrosas en el inocente, su núcleo familiar y social, en virtud que todas las personas que tuvieron la notis criminis cuando se dicta la sentencia absolutoria por el tribunal de sentencia.

La misma no es publicada por los medios de comunicación social y por tal razón toda la población que tuvo acceso a la noticia de aprehensión, y le quedo como un estigma social, no conocerá dicha sentencia, quedando el absuelto como responsable del supuesto ilícito penal en la mente de la población, perjudicando en su integridad, dignidad y honor.

Consideramos que al dictarse la sentencia absolutoria y haber sufrido prisión preventiva el sindicado se violan los deberes del Estado, establecidos en el Artículo dos de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual literalmente establece: “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de su persona.”

Al transformar en derecho penal lo que no es derecho penal, más bien no debería serlo, tomando como motivo o justificante de intervención penal que cualquiera puede ser víctima, por tanto, el motivo de intervención penal es la ya referida seguridad de todos en general; no la posible lesión de un bien jurídico en particular, pero no se debe olvidar el principio de inocencia, evitando perjudicar a personas inocentes.



Diversas son las políticas o sistemas justificadores de esa llamada seguridad nacional o seguridad ciudadana que emplean diversos Estados: del derecho penal del enemigo y de la expansión del derecho penal ya tan presentes todas estas, y de manera clara, en las diversas legislaciones internacionales, eso sí; hasta ahora con una escasa eficacia en cuanto a prevención general y con un claro rechazo de las diversas cortes internacionales a las medidas criminalizadoras modernas.

Cualquier flexibilización de las garantías consagradas en todo estado de derecho, presupone una alteración al mismo, consiguientemente se estaría socabando el estado mismo de derecho, circunstancia que no es la adecuada y que además, se encuentra en contra de cualquier individuo; siendo fundamental la aplicación del derecho penal moderno en el ámbito jurídico penal guatemalteco, bajo la aplicación básica del principio de inocencia.

## CONCLUSIONES

1. La seguridad nacional que emplean diversos Estados, en las legislaciones penales internacionales, con una escasa eficacia en cuanto a prevención general, solo confirman el rechazo de las diversas Cortes Internacionales a las medidas criminalizadoras modernas, que violan bienes jurídicos tutelados.
2. Las controversias relacionadas con la determinación de las características y elementos que informan el derecho penal garantista, se definen mediante las teorías penales y en relación al respeto al principio de inocencia, con las formas en que el Estado guatemalteco y su legislación vigente la aplica en el derecho penal vigente.
3. La génesis ideológica del principio de inocencia y su aplicación en Guatemala, tiene su origen en normativas fundamentales, que regulan los derechos de las personas en el constitucionalismo norteamericano y en el pensamiento individualista liberal.
4. La problemática que surge en la determinación del garantismo penal no ha permitido la transformación de Guatemala en una sociedad pacífica, que permita la existencia de poderes públicos fieles y permanentes; asegurando la correcta aplicación de normas penales.





## RECOMENDACIONES

1. El Estado guatemalteco, debe establecer la aplicación del derecho penal garantista, para que exista en el país un debido control social, mediante la adecuada utilización de mecanismos e instrumentos de control nacional e internacional, que busquen evitar la arbitrariedad en la aplicación de sanciones judiciales.
2. Los órganos jurisdiccionales, en sus resoluciones, deben indicar la importancia de determinar los elementos y características del derecho penal garantista, para definir las teorías penales y los medios que utiliza el Estado de Guatemala y la legislación penal, para administrar justicia.
3. El Organismo Legislativo, al momento de aprobar leyes de tipo penal, debe dar a conocer que la debida aplicación de normas penales es coadyuvante con la aplicación del garantismo penal, que permite la transformación de la administración de justicia.
4. El Organismo Judicial debe establecer la importancia de proteger el derecho penal garantista y en concordancia con el Ministerio Público, busquen la aplicación correcta de la ley, para que los delitos de peligro abstracto no sean un obstáculo en la aplicación de justicia.





## BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. España: Ed. Ariel, 1989.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**. México: Ed. Porrúa, 1981.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal**. España: Ed. UNED, 1998.

CÓRDOBA ANGULO, Miguel. **El principio de culpabilidad**. Argentina: Ed. Universitaria, 1993.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal. Barcelona**. España: Ed. Bosch, 1988.

CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1954.

CLARIA OLMEDO, Jorge. **Las garantías constitucionales en cuadernos de los institutos**. Argentina: (s.e.), 1974.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. España: Ed. Jurídicas, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teorías del garantismo penal**. España: Ed. Trota, 1997.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. Argentina: Ed. Abellido Perrot, 1970.



GUTIÉRREZ PAEZ, Estuardo. **Los derechos humanos**. México: Ed. Temis, 1989.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. **Tratado de derecho procesal penal**. Colombia: Ed. Temis. 1993.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Introducción a la imputación objetiva**. Colombia: Ed. Universitaria, 1996.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

PANSINI, Gustavo. **Tendencias actuales del derecho público en el derecho privado; cual es el futuro del derecho penal**. Colombia: Ed. Universitaria, 1996.

REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación objetiva**. Colombia: Ed. Temis, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. España: Ed. Civitas, 1999.

SAAVEDRA, Edgar. **Constitución derechos humanos y derecho penal**. España: Ed. Gustavo Ibañez, 1990.

SALAZAR, Ana Estela. **De la dignidad de la persona y la autodeterminación**. España: Ed. Universidad de Extremadura, 1995.

SANTOS, Julio Andrés. **La humanización del proceso penal, una propuesta desde la victimología**. México: Ed. Legis, 2003.



## Legislación

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

**Código Penal.** Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

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