


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man on horseback, holding a staff. Above him is a crown with a cross on top. To the left is a castle tower, and to the right is a lion rampant. The seal is surrounded by Latin text: "SACRA ACADEMIA CAROLINA CONSPICUA" at the top and "CAETERAS REBUS INTER CAETEMALENSIS INTER" at the bottom.

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE
LA PERSPECTIVA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO**
El derecho a la presunción de inocencia
Crítica sobre sus perspectivas actuales

MSc. JOSÉ WILFREDO UMAÑA CALDERÓN

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA PERSPECTIVA
DEL NEOCONSTITUCIONALISMO**

**El derecho a la presunción de inocencia
Crítica sobre sus perspectivas actuales**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. JOSÉ WILFREDO UMAÑA CALDERÓN

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, septiembre de 2016



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

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
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. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Saúl González Cabrera
SECRETARIO: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 20 de abril del año 2015.

Doctor
René Arturo Villegas Lara
Director Académico
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

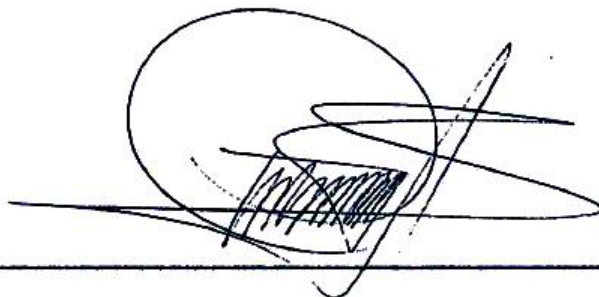
Estimado Doctor Villegas Lara:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución **RES. D.E.E.P. D.D. 70-2014**, de fecha diez de junio del año dos mil catorce, de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, se me asignó para su tutoría, la Tesis de Doctorado en Derecho del Maestro **JOSÉ WILFREDO UMAÑA CALDERÓN**, con número de carné **100012322**, titulada **"LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. El derecho a la presunción de inocencia. Crítica sobre sus perspectivas actuales"**.

Después de revisar y corregir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho del Maestro Umaña Calderón y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a horizontal line at the bottom, positioned above a solid horizontal line.

DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Guatemala, 8 de agosto de 2016

Mtro. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DESDE LA PERSPECTIVA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO
El derecho a la presunción de inocencia
Crítica sobre sus perspectivas actuales**

Esta tesis fue presentada por el Mtro. José Wilfredo Umaña Calderón, del Doctorado en Derecho, de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que el Mtro. Umaña Calderón ha realizado las correcciones indicadas, por lo tanto, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
Colegiada 1,450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, once de agosto del dos mil dieciséis.-----

En vista de que el MSc. José Wilfredo Umaña Calderón, aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho**, lo cual consta en el acta número 33-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO El derecho a la presunción de inocencia Crítica sobre sus perspectivas actuales”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

MSc. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





DEDICATORIA

Para: Todo lo que amo

CONTENIDO



Introducción i

CAPÍTULO 1. Visión panorámica del denominado neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo

1.1	La constitucionalización del ordenamiento jurídico	1
1.2	Neoconstitucionalismo: teórico, ideológico y metodológico	2
1.2.1	Neoconstitucionalismo teórico	3
1.2.2	Neoconstitucionalismo ideológico	7
1.2.3	Neoconstitucionalismo metodológico	9
1.3	Consideraciones críticas sobre los tres tipos de neoconstitucionalismo	10
1.3.1	Crítica del neoconstitucionalismo teórico	10
1.3.2	Crítica del neoconstitucionalismo ideológico	15
1.3.3	Crítica del neoconstitucionalismo metodológico	18

CAPÍTULO 2: Análisis crítico de los principales postulados del neoconstitucionalismo

2.1	Los presupuestos ideológicos del neoconstitucionalismo	25
2.2	El estado constitucional contemporáneo	27
2.3	La omnipresencia de la Constitución y la coexistencia de los principios	30
2.4	El modelo argumentativo	33
2.5	Las teorías interna y externa de los derechos fundamentales	36
2.6	Posibles consecuencias de las teorías interna y externa de los derechos fundamentales	37
2.7	La ponderación o balance de derechos	42
2.8	La ponderación y la subsunción	44
2.9	Ponderación y discrecionalidad	46



CAPÍTULO 3: La noción de los derechos fundamentales desde el punto de vista del neoconstitucionalismo

3.1	La doctrina neoconstitucionalista de los derechos fundamentales como exigencias morales	49
3.2	Las características esenciales de los derechos fundamentales desde la perspectiva del neoconstitucionalismo	53
3.3	El concepto amplio de derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo	57

CAPÍTULO 4: El modelo neoconstitucionalista sobre los derechos fundamentales aplicado a una garantía particular: el estado de inocencia o la presunción de inocencia

4.1	La función del poder judicial en la garantía de los derechos fundamentales	62
4.2	Las garantías procesales como derechos fundamentales y la obligación de su tutela por parte del poder judicial	67
4.3	La tutela judicial de la presunción de inocencia	69
4.3.1	La imparcialidad del Juez y del Ministerio Público	73
4.3.2	La imputación y el estado jurídico del imputado	78
4.3.3	La dimensión gnoseológica de investigar para juzgar	83
4.3.4	El deber jurídico de motivar las decisiones judiciales	86
4.3.5	La instrucción y la necesidad de autonomía del proceso	89
4.3.6	La función jurisdiccional en la imposición de medidas de Investigación que restrinjan derechos	97
4.3.7	La contradicción de la prisión preventiva provisional	101
4.4	La posición neoinquisitiva del proceso penal	104



CAPÍTULO 5: El estado de inocencia en la práctica judicial de Guatemala su confrontación con la postura del neoconstitucionalismo

5.1	Presunción de inocencia (estado de inocencia)	110
5.2	Origen del principio de presunción de inocencia	116
5.3	Raigambre constitucional	121
5.4	El principio de “ <i>In dubio pro reo</i> ”	123
5.5	El principio del “ <i>favor rei</i> ” o de la favorabilidad	126
5.6	Distinción entre presunción de inocencia e <i>in dubio pro reo</i>	127
5.7	La presunción o estado de inocencia en los tratados de derechos humanos y en la legislación guatemalteca	128
5.8	Interpretación procesal del principio de presunción o estado de inocencia	130
5.9	Procedencia del auto de prisión preventiva (presupuestos para la imposición de la prisión preventiva)	133
	Conclusión	138
	Bibliografía	140



INTRODUCCIÓN

Por neoconstitucionalismo se entiende y se denomina el movimiento que ha cambiado la noción de “Constitución” en el Derecho continental europeo, después de la Segunda Guerra Mundial. Su sentido o nota esencial consiste en el rechazo del positivismo jurídico que caracterizó al Derecho durante la primera mitad del siglo XX, bajo la influencia del denominado “Círculo de Viena”, que creó el movimiento denominado “neopositivismo” o “positivismo lógico”.

El constitucionalismo tradicionalmente se conoce como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar, en el horizonte de la constitución de los modernos, el aspecto del límite y de la garantía. Las dos operaciones que el constitucionalismo intenta sostener y propugna son: la división del poder soberano y la posibilidad de individualizar un límite legal a la extensión de los poderes del soberano; partiendo de la idea, que Hobbes y Rousseau nunca habrían podido compartir, de que ambas operaciones son compatibles con la constitución de los modernos, de que es posible arribar a un poder que sea expresión de la soberanía, pero no por ello indivisible e ilimitado en sí, por naturaleza.

A partir de la idea de las dos operaciones descritas, el constitucionalismo evolucionó de diversas maneras y después de la segunda postguerra, adquirió matices de irradiación hacia todo el ámbito normativo, hasta desarrollar teorías bastante diversas, pero que comparten sus postulados básicos y su sentido fundamental, todas subsumidas como especies de un mismo género denominado neoconstitucionalismo. Manifestaciones de ese neoconstitucionalismo las encontramos en las constituciones de Italia de 1947, Alemania de 1949, Portugal



de 1976 y España de 1978. Posteriormente a estos instrumentos constitucionales el constitucionalismo ha continuado evolucionando.

Utilizando el lenguaje de Thomas Kuhn, el neoconstitucionalismo ha formulado algunos “paradigmas” constitucionales, incluso el de un Estado neoconstitucional de Derecho.

Uno de los aspectos más importantes del neoconstitucionalismo hace referencia a una Teoría del Derecho, cuyos cultivadores, con entusiasmo en alguna forma desmedido, han propugnado por cambios en el paradigma constitucional, llegando incluso a crear un variopinto de teorías sobre lo que debería ser la Constitución, e incluso creando filosofías autóctonas sobre el contenido de las constituciones.

También algunos pensadores se han dedicado a crear teorías que expliquen y justifiquen la operatividad y la necesidad de los cambios propuestos en el contenido de las Constituciones, pretendiendo, con ello, fundamentar este nuevo estado de cosas, o bien crear metateorías que, utilizando un lenguaje metaético, enfocan sus análisis en las aportaciones de los teóricos de las diferentes corrientes que conforman el neoconstitucionalismo.

No obstante ello, parece haber cierta dificultad para los cultivadores del neoconstitucionalismo para definir la extensión y límites de esta propuesta, y existen entre ellos, muchísimas diferencias, las cuales, incluso, llegan a ser contradictorias, con puntos de vista encontrados y críticas a los postulados de unos, que son atacados por otros.



Resulta, entonces, que no se trata de un modelo consolidado y con vista a no serlo, por lo menos en el corto plazo, debido a la serie interna de equilibrios que difícilmente llegan a convivir sin problemas.

Miguel Carbonell¹ manifiesta que: "...cuando se habla de neoconstitucionalismo, hay por lo menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar:

- A) El primero consiste en los *textos constitucionales*: el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX, cuya característica principal es que, establecer competencias y separar poderes públicos, contienen altos niveles de normas sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

- B) El segundo nivel de análisis consiste en las *prácticas jurisprudenciales*, las cuales han ido cambiando de forma relevante, bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo, porque entran en juego las técnicas interpretativas propias de principios constitucionales, como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, etc. y a partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

¹. Miguel, Carbonell, (Comp.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid. Editorial Trotta.. 2007. Pá|gs. 15-20.



C) El tercer nivel de análisis se centra en los *desarrollos teóricos*, en esencia los novedosos, que parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial descrita, pero que también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. En opinión de Ferrajolli, la ciencia jurídica puede concebirse hoy en día como una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. Las aportaciones que han realizado en diferentes ámbitos culturales autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Santiago Nino, o Luis Prieto Sanchís, han servido, no solamente para comprender las nuevas Constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas”.

En opinión de Carbonell, la novedad del neoconstitucionalismo está en el conjunto, tal vez no tanto en los tres elementos tomados por separado, sino cuando se ponen en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

Lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional en los años que van del siglo XXI, es la combinación de los tres elementos descritos, en especial sus efectos, es decir, la observación del funcionamiento del Estado constitucional de Derecho.

En cuanto a los denominados derechos fundamentales, enmarcados en un Estado constitucional, Robert Alexy individualiza su posición en el sistema jurídico, como caracterizada por cuatro extremos:



- a) Su máximo rango: ocupan el máximo rango en las gradas del Derecho estatal, como resultado de la simple circunstancia de que los derechos fundamentales se encuentran regulados en la Constitución. De ello y de los principios *lex superior derogat legi inferiori*, se sigue que toda norma jurídica que los infrinja es inconstitucional y en consecuencia nula.
- b) Máxima fuerza jurídica: el primer extremo, en opinión de Alexy, solo despliega todo su vigor en combinación con el segundo extremo, la máxima fuerza jurídica. Esto implica una ruptura con las tradiciones constitucionales en las cuales los derechos fundamentales figuraban tan solo como declaraciones programáticas que no gozaban de tutela judicial, estas eran, en opinión de Alexy, poesía constitucional. En las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la observancia de los derechos fundamentales, generalmente, se encuentra controlada por los tribunales, sea mediante un control concentrado o mediante un control difuso, o bien, por ambos sistemas. Esta justiciabilidad plena es una de las contribuciones del constitucionalismo moderno, a tal grado que, el control jurisdiccional se extiende sobre los tres poderes. Gracias a ello, los derechos fundamentales no solo despliegan su vigor en la relación del ciudadano con el Estado, sino también en el Derecho Civil donde se trata la relación entre particulares.
- c) Máxima importancia del objeto: el máximo rango y la máxima fuerza jurídica significarían poco si los derechos fundamentales regularan cuestiones específicas sin importancia. Sin embargo, lo que sucede es lo contrario, mediante los derechos fundamentales se decide acerca de la estructura básica de la sociedad, de manera que esta protección de los derechos fundamentales juega un nuevo papel con consecuencias de gran trascendencia para el Derecho Constitucional.



d) Máximo grado de indeterminación: los tres extremos descritos anteriormente, solo se convierten en un verdadero problema mediante su conexión con un cuarto extremo, el del máximo grado de indeterminación. Este se advierte insistentemente en el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional. Toda disposición legal, no constitucional, supera a las declaraciones sobre derechos fundamentales en densidad, detalle y precisión. Esto lo demuestra la enorme jurisprudencia acumulada en esta materia, la cual demuestra que los derechos fundamentales son lo que son, sobre todo por medio de la interpretación, incluso conteniendo decisiones *contra legem*. La principal particularidad de la interpretación constitucional deriva de los tres extremos señalados, sin embargo, Alexy, advierte que la interpretación de la ley fundamental no solo necesita de meditaciones serenas, sino de confrontación en la arena política; en ese sentido, cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales, el árbitro en esta lucha, señala Alexy, no es sin embargo el pueblo, sino los Tribunales constitucionales, lo cual no resulta compatible con el principio democrático que establece que todo poder público emana del pueblo.

De lo expuesto *supra* se infiere que el poder judicial desempeña un papel fundamental en la garantía o, la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. En este sentido, una de las interpretaciones constitucionales más polémicas es la referente a la garantía del estado de inocencia. Como bien señala Carnelutti, en la investigación criminal y en el proceso penal no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es una aporía que ha acompañado a la experiencia procesal penal a lo largo de su historia y que tiene dos efectos: uno es que vierte sobre ella una inevitable carga de ilegitimidad, por razón de la injusticia implícita



en ese dato. El otro es que, precisamente por eso, el proceso penal ha ejercido siempre una suerte de atracción fatal sobre el poder, una persuasiva invitación a los usos instrumentales del mismo, con fines de penalización inmediata, siempre presentes en mayor o menor medida.

La valencia contradictoria del proceso criminal ha sido expresada con notable plasticidad por Ferrajoli, pensando afirme que en él conviven las dos dimensiones de saber y de poder, de conocimiento y de decisión, con la particularidad de que, generalmente, ha prevalecido la segunda en perjuicio de la primera; siendo este un planteamiento que debería invertirse en un proceso de inspiración constitucional y garantista, situación denunciada que ya había anticipado Beccaria, con su denuncia del proceso penal como un proceso ofensivo, porque, en él, el juez se hace enemigo del reo.

En esa tensión entre las dimensiones de saber-poder está presente de forma clara una cuestión de ética, relativa al tratamiento del imputado. Si bien no es la única dimensión implícita en proceso penal a la que es preciso hacer referencia, puesto que en el mismo conviven también, además de la propia mente jurídica, connotaciones de carácter político y epistemológico, todas en estrecha relación de implicación.

La investigación se planteó con la finalidad de demostrar las siguientes tesis:

1. Que las especulaciones iusfilosóficas del neoconstitucionalismo avanzan a mayor velocidad que sus implementaciones prácticas y que, por lo tanto,



son, en el ámbito epistemológico, simples conjeturas, que siempre estarán sujetas a verificación en el ámbito de los hechos.

2. Que los derechos fundamentales en la forma como son enunciados por el neoconstitucionalismo, para lograr su plena vigencia (reconocimiento y tutela judicial efectiva de las garantías constitucionales) deben vencer en la práctica jurídica, obstáculos teóricos y prácticos, mayores de lo que, sus cultivadores enuncian teóricamente y;
3. Que la garantía del denominado *estado de inocencia o presunción de inocencia (técnicamente no constituye una presunción)* impone necesariamente la solución de contradicciones entre la formalidad de la ley y la eficacia de su aplicación, las que resultan, -especialmente en ordenamientos jurídicos de Estados en los cuales el ideal político y jurídico del Estado de Derecho no ha sido alcanzado-, en aporías a las que el neoconstitucionalismo no ha podido responder.

El presente trabajo consta de cinco capítulos, en el capítulo I se expone una visión panorámica del movimiento denominado neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, en el capítulo II se realiza un análisis crítico de los principales postulados del neoconstitucionalismo comentando sus posibilidades epistemológicas; el capítulo III trata de la noción de los derechos fundamentales desde la perspectiva del neoconstitucionalismo; en el capítulo IV se presenta un estudio de la garantía constitucional del *estado de inocencia o presunción de inocencia* aplicando los principios del neoconstitucionalismo y en el capítulo V, se presentan algunas consideraciones de los problemas que subyacen en la realidad de los tribunales de justicia de Guatemala en la interpretación y aplicación de la garantía de inocencia, para, finalmente, arribar a una conclusión que se pronuncia sobre la hipótesis formulada en el diseño de la investigación.



CAPÍTULO 1

Visión panorámica del denominado neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo

1.1 La constitucionalización del ordenamiento jurídico

En las últimas tres décadas, en algunos Estados de Europa continental, y sucesivamente en algunos otros Estados del mundo, se produjeron dos importantes cambios en el ámbito jurídico: un cambio estructural, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, y un cambio doctrinal, el surgimiento y consolidación del neoconstitucionalismo. Se trata de cambios relacionados entre sí, ya que el uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y reacción.

En los Estados más representativos de Europa continental (Francia, Alemania, España e Italia), a partir de las deliberaciones de los respectivos Tribunales Constitucionales, se ha producido, desde la última mitad del siglo XX, una progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico. Se trata de un proceso al término del cual el Derecho se ha impregnado, saturado, o embebido por la Constitución: “un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”². Hay que subrayar, sin embargo, que el concepto de constitucionalización es graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado. Siguiendo a Guastini las principales condiciones de constitucionalización son:

² P. Comanducci. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. México. Editorial Fontamara. 2013. Pág. 85.



- a) La existencia de una constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- b) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- c) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”).
- d) La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- e) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
- f) La interpretación constitucionalizante de las leyes.
- g) La influencia de la Constitución en el debate político”³.

1.2. Neoconstitucionalismo: teórico, metodológico, ideológico y metodológico

“El neoconstitucionalismo contemporáneo es una doctrina que, según sus cultivadores, surge justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho, y que pretende superar y, en un sentido, suplantar tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo”⁴.

Es bastante conocida la distinción, formulada por Bobbio, entre “tres tipos, o tres acepciones, de positivismo jurídico: teórico, ideológico y metodológico”⁵. De manera análoga se puede establecer una clasificación entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo (teórico, ideológico, metodológico) incluso porque, “de

³ R. Guastini. *Estudios de teoría constitucional*. México. 2013. Editorial Fontamara. Págs. 148-158.

⁴ P. Comanducci. Op. Cit. Pág. 88.

⁵ N. Bobbio. *El positivismo jurídico*. Madrid. Editorial Debate. 1993. Pág. 40.



ese modo, resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo⁶.

La utilización de esta tripartición permite evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. El constitucionalismo ha sido fundamentalmente una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales. “Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, al iusnaturalismo que por un lado, sostiene la tesis de la conexión identificadora entre derecho y moral, y, por otro, tiene como adversario directo el positivismo ideológico”⁷. El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es, sin duda, la positivista, y no parece que el constitucionalismo haya intentado destronar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica.

El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología y su correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista.

1.2.1 Neoconstitucionalismo teórico

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los

⁶ L. Prieto Sanchís. *Constitucionalismo y positivismo*. México. Editorial Fontamara. 1999. Pág. 62.

⁷ P. Comanducci. Op. Cit. Pág. 89



existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, “además que por una constitución *invasora*, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley⁸. Como teoría, el neoconstitucionalismo constituye, por lo tanto, una alternativa con respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta ya no refleje la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. “En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles”⁹.

Dentro de la teoría neoconstitucionalista, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto parcialmente modificado, del iuspositivismo, otros sostienen, por el contrario, que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología y que, por tanto, el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico.

Es necesario señalar que el neoconstitucionalismo teórico, que se caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento

⁸ S.Pozzolo. *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*. Lima, Perú. Editorial Palestra. 2011. Pág. 56.

⁹ P. Comanducci, Op. Cit. Pág. 91.



constitucional, adopta a veces, como objeto de investigación, lo que en otro lugar ha definido como “el *modelo descriptivo de la Constitución como norma*, y a veces por el contrario, el *modelo axiológico de la Constitución como norma*”¹⁰.

En el primer modelo, “Constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales, y por tanto fundantes de todo el ordenamiento jurídico y jerárquicamente superiores a las otras reglas.

En el segundo modelo, “Constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales, y por tanto fundantes de todo el ordenamiento jurídico y jerárquicamente superiores a las otras reglas, “a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor”¹¹. En este modelo, la Constitución está “cargada de un valor intrínseco: la Constitución es un valor en sí”¹².

“Uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico (distintivos respecto a la teoría iuspositivista tradicional) es sin duda la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, presenta hoy, de hecho, algunas características

¹⁰ P. Comanducci. *Modelos e interpretación de la constitución*. En: Carbonell, Miguel. (Comp.). *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. Editorial Porrúa. 2000. Pág. 133.

¹¹ P. Comanducci. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Op. Cit. Pág. 93.

¹² *Ibidem*. Pág. 93.



peculiares respecto a la interpretación de la ley”¹³. Pero tales peculiaridades son configuradas diversamente, según que se adopte uno u otro modelo de Constitución. Si adopta el “modelo axiológico de Constitución como norma”, el constitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del derecho, sino como una ideología, con el título de “neoconstitucionalismo ideológico”, la correspondiente doctrina de la interpretación constitucional.

Quien, por el contrario, adopta el “modelo descriptivo de Constitución” como norma, entiende que la Constitución presenta al menos una característica en común con la ley: “la de ser ella también un documento normativo”. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, configura normalmente la interpretación constitucional, al igual que la interpretación de la ley, como “una especie del género interpretación jurídica”, siendo esta última generalmente definida como “la adscripción de significado a un texto normativo”¹⁴. Y en efecto, en la literatura reciente, la tendencia que se percibe es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional con respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. Dentro de esta posición común, sin embargo, se encuentra alguna diversidad de acentuación, que depende en buena medida del hecho de que algunos autores, a diferencia de otros, dan también cuenta, desde un punto de vista externo moderado, de la actividad interpretativa de las Cortes Constitucionales, las cuales, a su vez, parecen comúnmente asumir, no el modelo descriptivo, sino el axiológico de Constitución.

¹³ J.J. Moreso. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. Pág. 87.

¹⁴ R. Guastini. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. España. Editorial Trotta. 2008. Pág. 29.



1.2.2 Neoconstitucionalismo ideológico.

Cuando se presenta como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal; que era, por el contrario, absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. “Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, ya no es visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo”¹⁵.

El neoconstitucionalismo ideológico no se limita, por tanto, a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales. Se podría, en este sentido, hablar de “neoconstitucionalismo de los contrapoderes,” pero, más aún, subraya la exigencia de que la actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución. se podría en, este sentido, hablar de un “neoconstitucionalismo de las reglas”.

¹⁵ L.L. Hierro. Estado de derecho. Problemas actuales. México. Editorial Fontamara. 1998. Pág.. 126.



“Dado que algunos de sus promotores, por ejemplo Alexy, Campbell, Dworkin y Zagrebelsky, entienden que, en los ordenamientos democráticos constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución. Y en este específico sentido, el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley”¹⁶.

Ya que adopta, como se ha señalado, el modelo axiológico de la Constitución como norma, el neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional con respecto a la de la ley, y también de la aplicación de la Constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto “Constitución” respecto a la ley, y se manifiestan sobre todo en relación con las respectivas técnicas interpretativas. “Muy claro y ejemplificativo en ese sentido es Ronald Dworkin, especialmente en su trabajo titulado *The Moral Reading of the Constitution*”¹⁷.

¹⁶ P.Comanducci. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Op. Cit. Pág. 97.

¹⁷ Idem. Pág. 97



1.2.3 Neoconstitucionalismo metodológico

“Algunas variantes del neoconstitucionalismo, y en especial aquellas que se presentan como una ideología, presuponen una toma de posición metodológica que se ha denominado *neoconstitucionalismo metodológico*. La referencia es obviamente a autores como Alexy y Dworkin”¹⁸.

Esta denominación recuerda explícitamente el positivismo metodológico y conceptual y se contrapone al mismo. Esta especie de positivismo afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el Derecho como es, y distinguirlo, por tanto, del derecho que debería ser. Esta tesis tiene, al menos, dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la de la no conexión necesaria entre Derecho y moral. La tesis positivista tiene también al menos un presupuesto: la aceptación de la gran división entre ser y deber ser, en su formulación lingüística, como distinción entre describir y valorar-prescribir. No tiene sin embargo, como presupuesto, la tesis metaética no cognotivista en el ámbito moral: por lo menos no necesariamente, aún si de hecho muchos teóricos positivistas son no-cognotivistas, y la mayoría de los críticos del positivismo son cognotivistas.

El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario, al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral, la tesis de la conexión necesaria, identificativa y justificativa, entre Derecho y moral.

¹⁸ A.García Figueroa. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid. España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998. Pág. 136.



1.3. Consideraciones críticas sobre los tres tipos de neoconstitucionalismo

1.3.1 Crítica del neoconstitucionalismo teórico

Se puede mirar favorablemente a la teoría neoconstitucionalista del Derecho, que parece dar mejor cuenta que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión *solo contingente* entre derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, se puede decir que es una teoría subyacente a él. Dado que parcialmente han cambiado los modelos de Estado y de Derecho respecto a los típicos modelos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.

“Las críticas se dirigen contra aquellas variantes del neoconstitucionalismo teórico, como por ejemplo la de Ferrajoli o la de Zagrebelsky, que ofrecen una reconstrucción del estatus y de las tareas de la teoría del derecho desde un punto de vista inaceptable”¹⁹.

Luigi Ferrajoli, en algunos escritos recientes, y no solo en su obra mayor, ha afirmado que “la ciencia jurídica, hoy y en los países democráticos, es necesariamente normativa”²⁰. En particular, Ferrajoli entiende que la “descripción” de la Constitución es normativa respecto a los niveles inferiores del ordenamiento. La operación de Ferrajoli parece ser la siguiente: una vez interpretada la Constitución como depositaria de un conjunto de valores, que cuentan con la adhesión política, se prescribe a la Ciencia jurídica denunciar la invalidez de los

¹⁹ P. Comanducci. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Op. Cit. Pág. 100.

²⁰ L. Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid. España. Editorial Trotta. 1999. Pág. 145.



materiales normativos infraconstitucionales que se oponen a esos valores prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y llenar lagunas (que siendo axiológicas, Ferrajoli las denomina *lagunas técnicas*).

Por ejemplo, dada la definición teórica de *derecho* “subjetivo” como una posición de ventaja que implica la existencia de una obligación correspondiente a otro sujeto, Ferrajoli sostiene la tesis de que, cuando un derecho esté establecido por la Constitución y falte una ley que instituya las obligaciones correspondientes, estaremos en presencia de una laguna técnica, que debería ser denunciada por la ciencia jurídica normativa.

Esta es una tesis que proviene de la adhesión al neoconstitucionalismo ideológico (y no teórico) y del haber asignado un rol normativo a la ciencia jurídica. De forma coherente con la definición teórica de “derecho subjetivo” presentada, Ferrajoli debería, al igual que Kelsen, concluir, en un nivel teórico que, si se instituyen en un ordenamiento concreto derechos sin las obligaciones correspondientes, estos presuntos derechos no son tales. “No debería concluir que existe una laguna técnica, sino que no existe el derecho subjetivo en cuestión”²¹. Obviamente, desde un punto de vista de política del derecho, se puede afirmar que estamos en presencia de una laguna axiológica, que el legislador debería intervenir para colmarla, que la técnica normativa de instituir derechos sin las obligaciones correspondientes contradice el modelo del legislador racional. O bien se podría cambiar la definición teórica, y distinguir entre derechos perfectos (que cuentan con las correspondientes obligaciones) y derechos imperfectos (que no cuentan con las correspondientes obligaciones).

²¹ P. Comanducci. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Op. Cti. Pág. 102.



Pero no se puede confundir, como hace Ferrajoli, entre la implicación lógica (permitido implica no prohibido) y la implicación dentro de una teoría (el derecho subjetivo supone una obligación correspondiente), por una parte, y, por otra, la tesis de política del derecho, de *iure condendo*, según la cual, si existe un derecho reconocido a nivel constitucional, debe existir una obligación correspondiente reconocida a nivel legislativo. Se trata de dos cosas completamente diversas, y afirmar que de la primera deriva la segunda equivale a afirmar la tesis de que “un conjunto de proposiciones que prescriben como el derecho debe ser (sin lagunas ni contradicciones) derivable de un conjunto de proposiciones que describen como el derecho es”²². Esta tesis parece adscribirse a la familia de los naturalismos jurídicos, y por tanto, ser del todo contradictoria con las premisas divisionistas de la teoría neoconstitucionalista de Ferrajoli.

Parece que la expresión “ciencia jurídica,” tal como la usa Ferrajoli, es ambigua, porque se refiere tanto a la teoría del Derecho como a la dogmática jurídica. Pero no todo lo que se puede predicar de la dogmática conviene a la teoría del Derecho, y viceversa. “Particularmente espinoso es justamente el problema de la *políticidad* de la ciencia jurídica. Podríamos estar de acuerdo con Ferrajoli en que la actividad de la dogmática es necesariamente política, pero no necesariamente debería serlo la de la teoría del Derecho, entendida como metaciencia jurídica. Y Ferrajoli no explica claramente, de qué modo un modelo explicativo del Estado constitucional de derecho es también normativo y sirve como instrumento de control y de crítica. Resulta obvio que sólo un modelo normativo puede servir para controlar y criticar, pero no un modelo explicativo”²³.

²² G.Pino. *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima. Editorial Palestra. 2013. Pág. 107.

²³ P. Comanducci. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Op. Cit. Pág. 104.



Lo que el Derecho es no puede servir para criticar lo que el Derecho no es, ni para indicar lo que el Derecho debe ser. Y, sin embargo, es justamente esto lo que Ferrajoli parece sostener. Dado el modelo explicativo de cómo el Derecho es, el teórico, según Ferrajoli, “debería criticar los alejamientos del modelo”²⁴. La única explicación es que el modelo de Ferrajoli no es explicativo sino ideal. Nada hay de malo en ello, pero explicar el Derecho es otra cosa, y el teórico debería hacer solamente esto.

Gustavo Zagrebelsky, por su parte, hace teoría desde el punto de vista interno en sentido fuerte, ya que entiende que “la idea de derecho se puede conocer sólo desde el interior, participando en la práctica social llamada *derecho*”²⁵ (punto de vista interno débil), y además muestra y propugna la adhesión a los valores expresados por el Derecho y, sobre todo, por la Constitución. Y, dado que en la práctica el Derecho es una combinación de juicios de hecho y de valores, también la teoría resulta compuesta del mismo modo: como dice Zagrebelsky: “es una *iuris-prudencia* y no una *scientia iuris*”²⁶.

El derecho, como práctica social, no presenta características distintivas tales como para exigir un acercamiento metodológico distinto del que tiene por objeto otras prácticas sociales, y que por lo tanto solamente pueda ser estudiado desde un punto de vista externo, es decir, hasta donde es posible en el campo de las ciencias sociales, avalorativo. Pero hay una exigencia, expresada por Zagrebelsky y por otros estudiosos, que debe ser tenida en cuenta: “la de considerar como

²⁴ L. Ferrajoli. Op. Cit. Pág. 167.

²⁵ G. Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Madrid. Editorial Trotta. 1999. Pág. 76.

²⁶ *Ibidem*. Pág. 80.



imprescindible, para poder conocer la idea del derecho, el punto de vista interno de los operadores (jueces, legisladores, juristas y simples ciudadanos)”²⁷.

Tenerlo en cuenta es una cosa distinta de asumirlo. Se puede distinguir un punto de vista externo radical, comportamentista o normativista, para el que solo cuentan, como objetos de investigación, los comportamientos de los actores de la práctica o las normas en su formulación. Y hay un punto de vista externo moderado, para el cual, además de los precedentes, cuentan, como objeto de investigación, también las actitudes internas de los actores de la práctica, en particular la idea de Derecho que ellos presuponen.

En opinión de Comanducci: “Zagrebelsky no alcanza, por defecto en el acercamiento metodológico, a aportar una teoría del Derecho satisfactoria y son muchos los puntos en los que pasa del describir al prescribir, proponiendo teorías normativas de la Constitución, de los principios, de la interpretación, etcétera, pero su obra es sumamente útil como objeto de la teoría del Derecho que asume un punto de vista externo moderado, y que la interpreta como una doctrina jurídica y valora su potencialidad práctico-operativa”²⁸.

De hecho, según Comanducci, “como todas las obras de los grandes juristas dogmáticos, la doctrina de Zagrebelsky aporta como material pre-elaborado una síntesis de la mentalidad y de las actitudes de un grupo (por lo demás influyente) de juristas, sobre cuya teoría del Derecho conviene reflexionar”²⁹.

²⁷ Ibidem. Pág. 85.

²⁸ P. Comanducci. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Op. Cit. Pág. 106.

²⁹ Ibidem. Pág. 106.



1.3.2 Crítica del neoconstitucionalismo ideológico

Al neoconstitucionalismo ideológico se podrían extender todas las críticas, presentadas por Bobbio y otros autores, como Nino, frente al positivismo ideológico. Sin embargo solo se hará referencia a una consecuencia que parece peligrosa, de tal ideología: la reducción del grado de certeza del Derecho derivada de la técnica de “ponderación” de los principios constitucionales y de la interpretación “moral” de la Constitución.

Dworkin, uno de los principales exponentes de la ideología neoconstitucionalista, sostiene la tesis según la cual “un derecho, formado, no sólo por reglas, sino también por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva, es, totalmente determinado”³⁰ (es la famosa tesis de la única solución justa, o correcta). De esta manera, Dworkin no distingue ni entre determinación *ex ante* y *ex post*, ni entre el problema teórico de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de la justificación de las decisiones judiciales.

Desde un punto de vista teórico, que es el que aquí se adopta, y dejando de lado la cuestión de la determinación *ex post*, el único problema interesante es el de la determinación *ex ante*: ¿cuál es el efecto de la configuración de los principios en la determinación/indeterminación *ex ante*? Desde esta perspectiva, la respuesta de Dworkin es inaceptable, dado que la configuración de los principios, que son una especie del género normas, no puede eliminar totalmente las causas estructurales, lingüísticas y subjetivas de la parcial indeterminación del derecho. Pero podemos preguntarnos si puede reducirlas.

³⁰ R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona. Editorial Ariel. 1999. Pág. 254.



La indeterminación podría quizá disminuir si se dieran al menos estas condiciones:

- 1) si existiese una moral “objetiva”, conocida y observada por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral “positiva”, conocida y observada por los jueces);
- 2) si los jueces observaran siempre las prescripciones de Dworkin (o de Alexy), y construyeran un sistema integrado de Derecho y Moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudiera elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor. En estas condiciones, la creación de principios, por obra del legislador, o la configuración de principios, por obra de los jueces o de la dogmática, podría reducir la indeterminación *ex ante* del derecho.

Pero, en realidad, estas condiciones no se dan. Y las cosas están así no tanto por conocidas razones meta-éticas, que afirman la inexistencia de una moral objetiva, sino por razones fácticas. De hecho: a) suponiendo incluso que exista, la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aún el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra).

En condiciones reales, y no ideales, la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación *ex post* para sus propias decisiones, pero parece no reducir, si no aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho. Y parece que esto es así por tres razones principales:



1.- Porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios “es la mayor vaguedad respecto a las otras normas”³¹, y por tanto esta característica aumenta en vez de reducir la indeterminación *ex ante*;

2.- Porque, en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación *ex ante*;

3.- “Porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también la discrecionalidad de los jueces, y la indeterminación *ex ante* del derecho”³².

No es que se concluya que no existan buenas razones para crear principios, o para configurarlos o ponderarlos. Existen buenas razones para hacerlo. Pero en la situación actual, crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, no parece que sean actividades que persigan directamente (como parece creer Dworkin) el valor de la certeza del Derecho. Estas actividades persiguen otros objetivos, que pueden ser, dependiendo del punto de vista, igual o mayormente recomendables: como, por ejemplo, la adecuación del derecho a los cambios sociales, tomar decisiones *al por mayor*, ofrecer criterios generales a los órganos inferiores, establecer metas de reforma social, la delegación de poderes para determinar el contenido del derecho, es decir, en general, la hétéro y/o autoatribución a los jueces de una parte del poder normativo, etcétera.

³¹ R. Guastini. Op. Cit. Pág. 34.

³² R. Guastini. *Estudios de teoría constitucional*. México. Editorial Fontamara. 2013. Págs. 136-141.



1.3.3 Crítica del neoconstitucionalismo metodológico

Contra el neoconstitucionalismo metodológico (que considera los principios constitucionales como un puente entre el derecho y la moral), se puede reafirmar la tesis de la no conexión justificante entre Derecho y Moral.

La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral.

Se interpreta esta tesis como una respuesta a un problema normativo: ¿cuál debe ser la norma que funda o justifica la decisión judicial?, y por tanto la tesis misma reviste carácter normativo: es una norma moral la que debe fundar o justificar la decisión judicial.

Obviamente, la tesis de la conexión justificante podría también ser interpretada de otra forma: o como respuesta a un problema empírico: de hecho, ¿cuáles son las normas que, en un determinado contexto, fundan o justifican la decisión judicial?, o como respuesta a un problema teórico: en un modelo explicativo de la decisión judicial ¿cuáles son las normas que fundan o justifican la decisión judicial? Si se la interpreta como descriptiva, esta respuesta sería falsa: en las prácticas judiciales de motivación de las decisiones, en los sistemas jurídicos contemporáneos, las decisiones son explícitamente justificadas ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales. Si la interpretáramos como teórica, esta respuesta se transformaría en una tautología; dado que por



definición, toda justificación última, en el dominio práctico, se supone que está constituida por una norma moral (aunque existan justificaciones intermedias que pueden definirse como jurídicas).

Si nos detenemos solamente en el problema normativo, y nos preguntamos qué tipo de norma moral sería la que debería fundar o justificar, en última instancia, una decisión judicial (suponiendo a ésta última como caso paradigmático de decisión en el ámbito jurídico), “existen al menos cuatro soluciones posibles:

- 1- Que se trate de una norma moral objetiva verdadera (en el sentido de que corresponde a *hechos* morales);
- 2- Que se trate de una norma moral objetiva racional (en el sentido de aceptable por parte de un auditorio racional);
- 3- Que se trate de una norma moral subjetivamente escogida;
- 4- Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada.

Las primeras dos soluciones son objetivistas, las últimas dos son subjetivistas”³³.

En la primera solución, la norma moral es “objeto independiente”, en las otras es *objeto dependiente*, pero en formas respectivamente diversas. Las primeras dos

³³ P. Comanducci. *positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Op. Cit. Pág. 114.



soluciones hacen referencia a una moral crítica, la tercera a una moral individualista y la cuarta a una moral positiva.

Si asumimos el punto de vista del juez, según los defensores de la tesis de la conexión justificante necesaria entre derecho y moral, el juez debería derivar la decisión de la controversia de una norma moral, que fundaría por tanto su decisión. Pero ¿"moral" en qué sentido?

La primera solución presenta problemas ontológicos (duplicación del mundo) y epistemológicos muy serios. Sobre todo, estos últimos determinarían que el juez eligiera una norma que cree que es moral. Por tanto, la primera solución es reducible a la tercera.

La segunda solución no presenta los mismos problemas ontológicos que la primera, pero sí serios problemas epistemológicos: no tanto porque sea posible que el juez encuentre la norma moral que funde su decisión, según las reglas procesales y sustanciales de una teoría moral (aunque existen problemas epistemológicos dentro de cada teoría: no por nada las teorías procedimentales con frecuencia no ofrecen "códigos morales" racionales), sino porque existen varias y divergentes teorías morales, entre las cuales el juez debería elegir. Por lo tanto, también la segunda opción es reducible a la tercera.

Aceptar la tercera solución equivaldría a proponer dejar completamente en manos de los jueces el modo de fundar y justificar sus decisiones. El Derecho legislativo (y constitucional) se convertiría, para el punto de vista del juez, en algo superfluo: el paso justificante que consiste en fundar la decisión en la ley o es inútil (porque



la ley es conforme a la norma moral) o bien está prohibido (porque la ley contraria a la norma moral).

La certeza del derecho quedaría confiada solamente a la conciencia moral de cada juez: dado que debería fundar sus decisiones en normas morales universales, debería entonces utilizar coherentemente estas normas para fundar sus propias decisiones futuras. Pero la coherencia en el tiempo de las decisiones de cada juez (siempre que se pueda alcanzar: un juez puede reformular su propio sistema moral, si entiende que se ha equivocado en el pasado) no parece suficiente para garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones o de las soluciones de los conflictos (que, según una opinión muy común, constituyen algunos de los objetivos más relevantes de la organización jurídica).

Pero esta tesis (y la primera y la segunda que a ella son reducibles) podría tener un alcance más limitado. En vez de afirmar que la justificación última de las decisiones judiciales debe estar constituida por una norma moral, podría interpretarse en esta manera más limitada: en todas las ocasiones en las cuales el juez debe justificar la elección entre tesis (interpretativas o de hecho) todas ellas admisibles desde un punto de vista jurídico, debería escoger la opción que esté justificada por una norma moral (y no por un principio metodológico, un interés personal, una norma de la moral positiva, un criterio compartido en la cultura jurídica, etcétera), al menos en última instancia.

También, con este alcance más limitado, tal posición “moralista” del neoconstitucionalismo conlleva algunos problemas: si las elecciones del juez están justificadas por sus creencias morales (y no por un principio metodológico, un



interés personal, una norma de la moral positiva, un criterio compartido en la cultura jurídica, etcétera), nada impide que tales creencias sean moralmente incorrectas, o contrarias a los valores morales compartidos por la comunidad, o contrarias a criterios aceptados por la cultura jurídica, etcétera.

¿Cuál sería entonces la razón para empujar a los jueces a justificar de esa manera sus decisiones? Dado que, *ceteris paribus*, la justificación de una decisión judicial basada en una norma moral elegida por el juez comporta un grado mayor de indeterminación del Derecho respecto a otros tipos de justificación (relativa y no absoluta), no se detectan entonces razones para atribuir una preferencia generalizada a la justificación *moral* respecto a los otros tipos posibles.

También elegir la cuarta solución (la del juez *sociólogo* de la moral positiva) comporta problemas epistemológicos para el juez, si bien no tan graves como en las soluciones precedentes. Los jueces, de hecho, generalmente no poseen los instrumentos necesarios para precisar cuáles son las normas de la moral de un país. Y si los obstáculos epistemológicos son demasiado serios, entonces también la cuarta solución sería reducible a la tercera.

Pero supongamos que, al menos algunas veces, los jueces puedan superar los problemas epistemológicos. Quedan, sin embargo, dos tipos de problemas:

- 1- El primero es que no exista homogeneidad moral en la sociedad, o sea normas morales compartidas (como es habitual en las sociedades contemporáneas);



- 2- El segundo es que las normas morales compartidas estén ya incorporadas en reglas o principios jurídicos.

En el primer caso, la cuarta solución es reducible a la tercera (el juez debe elegir la norma moral que prefiera). En el segundo caso (que suele ser una hipótesis de los neoconstitucionalistas) la justificación moral es coextensiva a la justificación jurídica, y se convierte en totalmente inútil.

En los casos en los que la justificación basada en una norma moral es posible y no inútil, la cuarta solución recomienda al juez que decida y justifique su decisión basándose, en última instancia, en una norma moral positiva. Si bien la adopción de ésta última solución no garantiza de hecho la corrección moral de la justificación judicial (la moral positiva, de hecho, bien podría contradecir la moral crítica, y no nos es posible saberlo), parece sensato realizarla en muchas ocasiones, en las cuales los procedimientos que permiten la “juridificación” de las normas morales compartidas no funcionan, o no funcionan bien (dictaduras, dominio de pequeños grupos, manipulación del consenso, etcétera). Esta solución atribuiría al juez un papel “democrático”, de modo que pueda suplir las carencias de los mecanismos democráticos tradicionales, y “transforme” la moral positiva del Derecho.

Pero, en situaciones en las cuales los mecanismos democráticos de formación de la ley funcionan más o menos bien, tal solución favorece una particular versión (dirigida a los jueces y no solo al legislador, como proponen por lo demás los defensores del “reforzamiento de la moral”) de la tesis según la cual el derecho debe convertir en vinculante la moral positiva. “Desde un punto de vista moral, que

podría en cierto sentido definirse como *liberal*, contra esta tesis valen las bien conocidas objeciones de Hart en el debate con Lord Devlin”³⁴.



³⁴ R. Vázquez. (Comp.) *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona. Editorial Gedisa. 1998. Págs. 59-79.



capítulo 2

Análisis crítico de los principales postulados del neoconstitucionalismo

2.1. Los presupuestos ideológicos del neoconstitucionalismo

El constitucionalismo contemporáneo, también llamado “neoconstitucionalismo”, plantea un especial modo de concebir los derechos fundamentales. Si bien detrás de las tesis teóricas o dogmáticas pueda existir en todo caso una determinada filosofía política, no es del todo posible que esta última determine por completo las interpretaciones del Derecho, pero sí parece que las ideologías o concepciones éticas acaban proyectándose irremediabilmente en las soluciones jurídicas que se proponen como más adecuadas. Así que las líneas esenciales de las concepciones que se sostienen por los intérpretes, sin duda ejercen alguna influencia a la hora de dotar de sentido a los enunciados constitucionales relativos a derechos.

A juicio de Prieto Sanchís: “...dos son las grandes perspectivas o enfoques doctrinales que cabe adoptar en la interpretación del derecho y de los derechos. Se les puede llamar *liberal y comunitarista*, aunque tampoco habría dificultad en denominarlas ilustrada e historicista, o individualista y organicista. La primera se caracteriza ante todo por sostener una concepción artificial de la comunidad política e instrumental del derecho y de las instituciones. La comunidad política, en efecto, se entiende como una creación voluntaria de sujetos libres e iguales que actúan guiados por un interés, aunque no necesariamente egoísta. El estado no es entonces, como suele decirse, la forma política de la nación, al menos si es que ésta se entiende al modo tradicional como una entidad orgánica que trasciende a



sus componentes reales de carne y hueso; no lo es porque la nación no es un sujeto dotado de vida propia y, menos aún, de derechos. Por supuesto, que esto no sea así históricamente carece de toda importancia, también carece de cualquier sustento empírico la concepción del Estado como persona o de la sociedad y cultura como organismos vivos. Lo importante son las consecuencias que estas hipótesis tienen en orden a determinar las facultades del poder y los derechos de las personas”³⁵.

Una de las consecuencias es la que se ha denominado “concepción instrumental de las instituciones”, la cual significa que estas carecen de justificación autónoma y que su legitimidad descansa, por tanto, en la protección de los individuos, de sus derechos e intereses. “De aquí se deduce asimismo el papel subordinado de la política a la justicia”³⁶. La política, que es lo que hacen las instituciones a través del derecho, se subordina lógicamente a la justicia, que es la que comprende al conjunto de los derechos que son la razón de ser de todo el entramado institucional. Si los derechos explican el por qué y el para qué del Estado, resulta claro que la actuación de éste sólo será aceptable en la medida en que satisfaga o, cuando menos, no viole los derechos que dotan de contenido a la noción compartida de justicia. Y esto, en el plano jurídico, se traduce en una exigencia de constitucionalización y tutela frente a todos, incluido el legislador. Este es el núcleo del constitucionalismo: “la limitación del poder, de todo poder, desde los derechos fundamentales y, hoy también desde los derechos sociales”³⁷. Es verdad que en la práctica las cosas no son tan sencillas o lineales y que la imagen de una rígida jerarquía entre justicia y política, entre derechos y ley, no es un reflejo exacto de

³⁵ L. Prieto Sanchís. *Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales*. En: González Álvarez, Roberto (Coordinador). *Constitución, ley y proceso*. Perú. Ara Editores. 2013. Págs. 25-26.

³⁶ M. Fioravanti. *Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades*. Madrid. Editorial Trotta. 2000. Pág. 30.

³⁷ P. Comanducci. *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2010. Pág. 78.



las cosas. Pero, por el momento, lo importante es concebir la acción política al servicio de las personas y de sus derechos, no de fines propios o independientes sin perjuicio de que muchas veces ello no logre evitar restricción de las esferas de libertad.

Asimismo, esta filosofía política enlaza con un cierto modelo de interpretación constitucional. La idea es la siguiente: si el Estado es un artificio, si las instituciones son un instrumento y la política viene sometida a la justicia, entonces en el marco de los inevitables conflictos entre la ley y los derechos la carga de la prueba o la carga de la argumentación corresponde a aquella antes que a estos, corresponde al poder antes que a los individuos. En consecuencia, toda intervención en el ámbito de los derechos que implique un sacrificio en su ejercicio habrá de estar justificada y ser proporcional a la necesidad de preservar un bien de análoga importancia directa o indirectamente conectado a la propia constelación de valores en que reposan los derechos. “El constitucionalismo se configura como un límite al poder porque éste siempre corre el riesgo de degenerar en despotismo, porque su legitimidad no es autónoma sino que reside en la consecución de ciertos fines externos al mismo y, en suma, porque sobre el Derecho positivo pesa siempre la necesidad de justificación”³⁸.

2.2. El estado constitucional contemporáneo

El constitucionalismo es un fenómeno histórico que no se ha desarrollado de forma plenamente homogénea o uniforme. Aunque tal vez todas sus manifestaciones responden a un origen ideológico o filosófico común, el

³⁸ G. Pino. Op. Cit. Pág. 85.



iusnaturalismo racionalista y la doctrina del contrato social, lo cierto es que las dos grandes revoluciones de finales de siglo XVIII parece que hicieron interpretaciones distintas o que, por una u otra razón, desembocaron en resultados diferentes. En Estados Unidos, triunfa una concepción de la Constitución como norma suprema que preside el juego democrático y que descansa desde el principio en una efectiva garantía judicial; en Francia, en cambio, se impone una idea de la Constitución como programa político a realizar por el propio legislador democrático, auténtico depositario de la soberanía e inmune a cualquier fiscalización judicial. Si cabe decirlo de forma un tanto simplificada, América aporta la garantía judicial de la Constitución, mientras que Europa aporta un denso contenido normativo para la misma. Durante más de un siglo, ambas experiencias caminaron separadamente. El neoconstitucionalismo que se abre paso a partir de la segunda gran guerra parece encarnar una aproximación de esas dos tradiciones.

En efecto este neoconstitucionalismo destaca por una vigorosa combinación de los dos rasgos enunciados: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. Que una Constitución es normativa o, mejor dicho, que está dotada de un contenido material o sustantivo que se postula como vinculante significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del Derecho (que son dos aspectos de una misma realidad), genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Los documentos jurídicos que se pueden adscribir al neoconstitucionalismo se caracterizan, en efecto, porque están repletos de normas que les indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer.



Suelen recibir distintas denominaciones, como valores, principios, directrices, derechos o garantías, pero dado que se trata de normas y, más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata. A su vez, el carácter garantizado de la Constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer mediante los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos: la existencia de un Tribunal Constitucional no es, desde luego, incompatible con el neoconstitucionalismo, pero sí representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en concreto de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquella no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes, cuyos conflictos habrían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político y mitad judicial.

Pero si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización.

Conviene subrayar la importancia que para la justicia constitucional (que no es sólo ni principalmente la que hace el Tribunal que así se califica) tiene la confluencia de los dos elementos señalados y, consiguientemente, la incorporación de principios, derechos y directivas a un texto que se requiere con plena fuerza normativa. Porque ahora esas cláusulas materiales “no se presentan sólo como condiciones de validez de las leyes”³⁹, según advirtió Kelsen, de forma crítica por cierto. Si únicamente fuese esto, el asunto sería transcendental solo

³⁹ H. Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Edición de 1960. México. Editorial Porrúa. 2013. Pág. 273.



para aquellos órganos con competencia para instar la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, la votación de tales principios no es desplegada su eficacia mediante la ley, sino hacerlo de una forma directa e independiente. Con lo anterior la normativa constitucional deja de estar “secuestrada” dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, deja de ser un problema a resolver exclusivamente entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero solo por una interpretación constitucional que efectúa este último.

2.3. La omnipresencia de la constitución y la coexistencia de los principios

En este nuevo panorama, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional y, lo que es más preocupante, en ocasiones, distintas orientaciones: libertad, igualdad, seguridad jurídica, orden público, propiedad privada, derechos colectivos, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia. Cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Por ejemplo, la mayor parte de los artículos del Código Civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el antes sacrosanto derecho de propiedad, y ambos principios encuentran sin duda respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como la exigencia de protección del medio ambiente o del patrimonio artístico, el derecho a la vivienda, la promoción del bienestar



general, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad.

Esto es lo que a veces, en palabras de Guastini: “se ha llamado el efecto impregnación o el efecto irradiación del texto constitucional”⁴⁰; de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos; o, como dice Zagrebelsky: “la ley, que en otro tiempo fue la medida de todas las cosas en el campo del Derecho, ha de ceder el paso a la Constitución, no convirtiéndose ella misma en objeto de mediación”⁴¹.

Debido a que la Constitución es una norma y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, y no solo en los de naturaleza política o competencial que se entablan entre los órganos supremos del Estado, el constitucionalismo desemboca en una cierta omnipotencia judicial, en el sentido de que el juez, antes o al mismo tiempo que se pregunta por la mejor solución legal al caso, ha de hacerlo también por la más adecuada solución constitucional. Para decirlo por vía de ejemplos procedentes de la jurisprudencia; que normas o decisiones administrativas que prohíben la alimentación de palomas o la fabricación de chocolates resulten ser enjuiciadas a la luz de los preceptos constitucionales, y no solo legales, constituye una consecuencia de ese efecto impregnación o de esa omnipotencia judicial. Qué proceda hacer cuando se aprecien discrepancias entre las respuestas legales y constitucionales, si plantear la acción de inconstitucionalidad o aplicar directamente la constitución, es cuestión ulterior.

⁴⁰ R. Guastini. *Estudios de teoría constitucional*. Op. Cit. Pág. 149.

⁴¹ G. Zagrebelsky. Op. Cit. Pág. 65.



Se ha dicho que las Constituciones de nuestros días asumen la función de modelar el conjunto de la vida social, pero ¿cómo y en qué sentido lo hacen? Aquí se encuentra el nudo del problema: la normativa constitucional no aparece en general como la decisión categórica de un grupo o ideología que, desde una filosofía política homogénea, diseña un marco unívoco y cerrado; no se asemeja a una regulación legal que, con mayor o menor precisión, trata de anudar ciertos supuestos o condiciones fácticas a determinadas consecuencias normativas.

Se trata, más bien, de lo que se ha dado en llamar una regulación principalista donde se recogen derechos y deberes correlativos sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado. La teoría del Derecho se encuentra aquí con una situación antes inimaginable, y no porque desconociese el llamado problema de las antinomias, sino porque cuando estas son internas a la propia Constitución devienen inservibles las tradicionales herramientas ideadas para resolverlas.

Este carácter tendencialmente contradictorio de numerosos derechos y principios constitucionales se advierte incluso en el interior de algunos preceptos que se pretenden unitarios. Pero los casos de conflicto son de imposible catalogación, y es evidente que toda política orientada a favor de un derecho ha de tropezar con el obstáculo que supone otro derecho; son muy numerosos los derechos fundamentales que aparecen expresamente limitados por otros derechos o por cláusulas como el orden público, y es claro que los dos polos del binomio (el derecho y su límite) tienden a la colisión sin que la Constitución misma establezca las condiciones de precedencia; el modelo del Estado social, que comprende



distintas directrices de actuación pública, necesariamente ha de interferir con el modelo constitucional de la economía de mercado, con el derecho de propiedad con la autonomía de la voluntad y, desde luego, ha de interferir siempre con las prerrogativas del legislador para diseñar la política social y económica. Y así sucesivamente. “Tal vez sea exagerar un poco, pero podría decirse que no hay forma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria”⁴².

2.4 El modelo argumentativo

Esto explica la importancia que en la interpretación constitucional ha adquirido la ponderación, cuyo sentido consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales. Por eso, su regla constitutiva tiene como punto de partida un conflicto: “cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴³. No se trata de establecer jerarquías de derecho ni precedencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficiencia recíproca. No se trata, pues, de establecer jerarquías abstractas entre principios o derechos, ni de la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro; “la ponderación desemboca más bien en una jerarquía móvil oaxiológica”⁴⁴,

⁴² L. Prieto Sanchís. *Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales*. Op. Cit. Pág. 31.

⁴³ R. Alexy. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. en: *jueces y ponderación argumentativa*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2006. Pág. 2.

⁴⁴ R. Guastini. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit. Pág. 89.



donde, a la vista de las circunstancias concurrentes, se concede mayor peso o importancia a una de esas razones.

En suma, cabe decir que la ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos normas en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso (la libertad religiosa y el orden público, la libertad de expresión o información y el derecho al honor o a la intimidad, la propiedad y de la protección del medio ambiente, por ejemplo) y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso.

El juicio de ponderación supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional, y ello con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente, consideremos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad.

Pero lo que interesa destacar es que la ponderación aparece indisolublemente unida a una cierta concepción de los derechos y que ambas cosas obligan a un replanteamiento de la tensión siempre presente entre Constitución y Democracia, entre los derechos y la ley; en concreto, obligan a cambiar un modelo que podríamos llamar geográfico por otro que se ha denominado argumentativo.

El primero es, tal vez, el más intuitivo y fácil de describir; presume que existen fronteras nítidas entre la competencia legal y la constitucional, que hay materias o esferas petrificadas desde la Constitución y que representan límites infranqueables para el legislador; y que, en justa correspondencia, es posible



dibujar otras materias o esferas donde la decisión mayoritaria puede moverse libremente. Desde la perspectiva de la interpretación constitucional, la consecuencia es que todo caso o supuesto de hecho debe poder ser adscrito a una u otra esfera: o ejercemos un derecho en los términos de su reconocimiento constitucional, y entonces nuestra posición es inexpugnable, o no lo hacemos, y entonces, desde la Constitución, nada hay que decir. Por supuesto, pueden aparecer dificultades interpretativas a la hora de trazar esas fronteras, pero el presupuesto teórico resulta inmovible: la política y el derecho cuentan con espacios propios.

Sin embargo, el que antes se ha descrito como efecto impregnación o irradiación hace inviable esa visión geográfica de las esferas separadas: no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional.

Por las mismas razones, tampoco cabe excluir que un mismo supuesto presente propiedades adscribibles a la esfera de los derechos y, al propio tiempo, que presente otras adscribibles a la esfera de los límites; esto es, puede ocurrir que *prima facie* un comportamiento sea calificable como ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión y que, simultáneamente, deba también considerarse incluido en el ámbito de la cláusula limitadora, el orden público o el derecho al honor, por ejemplo. “Por más que, en definitiva, deban triunfar unas u otras razones, a la luz precisamente del juicio de ponderación. Este es el significado básico del modelo argumentativo”⁴⁵.

⁴⁵ L. Prieto Sanchís. Op. Cit. Pág. 33.



2.5. Las teorías interna y externa de los derechos fundamentales

La concepción del modelo constitucional que se expuso, en modo alguno es universalmente compartida. Algunos estiman que la Constitución y, en particular, sus cláusulas materiales sólo pueden formar la premisa mayor de un juicio de constitucionalidad cuando resultan concluyentes, pero que en todos los demás casos, que son innumerables, corresponde al legislador dirimir los presuntos o reales conflictos. Parten de la base de que esos conflictos son siempre aparentes y que, mediante una adecuada interpretación, es la propia Constitución la que los resuelve porque en el fondo la Constitución es coherente, aunque pueda en ocasiones resultar más o menos indeterminada. En la literatura sobre derechos fundamentales compiten dos teorías o doctrinas, que suelen llamarse interna y externa y que expresan estas dos posibilidades interpretativas.

La teoría interna sostiene que las conductas o situaciones que caen bajo el amparo de un derecho fundamental resultan perfectamente claras desde los enunciados constitucionales, de manera que, mediando una correcta interpretación de los mismos, podemos delimitar con absoluta precisión la suerte de nuestro caso: o estamos en presencia de un ejercicio típico de un derecho o libertad, y entonces nada hay que ponderar ni discutir porque el asunto queda librado a la decisión libre del legislador o de otras autoridades públicas. La teoría externa, en cambio, se hace cargo de la inevitable imprecisión de los enunciados relativos a derechos, así como de la no menos inevitable vaguedad de fronteras entre los derechos y sus límites. Por eso, para la teoría externa resulta perfectamente concebible que una misma conducta resulte ser en principio ejercicio de un derecho y, al mismo tiempo y también en principio que represente la vulneración de otro derecho.



De ahí que proponga que toda conducta que presente una propiedad adscribible a un derecho fundamental (o lo que parece equivalente, que pueda considerarse dentro del marco semántico de un enunciado relativo a derechos, incluida la zona de penumbra) deba ser tratada como un caso de ejercicio del derecho fundamental en cuestión; y ese “debe ser tratada” significa simplemente que el asunto debe ser visto como un asunto con relevancia constitucional o, si se quiere, como un asunto en el que concurren razones a favor de su reconocimiento (aunque también concurren razones en contra).

Esto explica la necesidad de distinguir entre un juicio *prima facie* y un juicio definitivo: *prima facie* podemos considerar que el sacrificio de un cordero en el ámbito doméstico es un caso de ejercicio de la libertad religiosa, pero asimismo *prima facie* hemos de considerar las razones (sanitarias, por ejemplo) a favor de la prohibición legal del sacrificio de animales fuera de los recintos habilitados para ello. “El juicio definitivo depende de la ponderación entre esas razones que son razones constitucionales, o que pueden encontrar fácil acomodo en la Constitución”⁴⁶.

2.6. Posibles consecuencias de las teorías interna y externa de los derechos fundamentales

“Los defensores de la teoría externa consideran que ésta es más liberal, que promueve mejores resultados desde el punto de vista de la expansión de las

⁴⁶ L. Prieto Sanchís. Op. Cit. Pág. 36.



libertades⁴⁷. Para ellos, su concepción de los derechos propicia mejor que cualquier otra el ejercicio de las libertades, asumiendo como criterio interpretativo el *in dubio pro libertate* y haciendo recaer sobre el poder la carga de la justificación de toda posible interferencia. La teoría externa daría primacía a la “libertad negativa sobre la positiva”⁴⁸, al permitir innumerables cursos de acción con las mínimas restricciones, es decir, “brindaría la más extensa protección de las esferas de libertad”⁴⁹. El juicio de ponderación, que es donde desemboca una visión conflictualista y externa de los derechos, ayuda a entender cualquier conducta *prima facie* como ejercicio de libertad, cuya limitación definitiva ha de estar argumentada y contar con razones a favor al menos tan poderosas como para fundamentar una interferencia justificada en dicha esfera protegida.

Por su parte, los defensores de la teoría interna consideran que la suya es más garantista. Ferrajoli (que en realidad no usa esta terminología, pero que puede adscribirse a la teoría interna) es un buen ejemplo de esto: “los derechos se postulan como límites absolutos tanto a la acción de la política como del mercado, lo mismo en la esfera pública que en la privada, y hacerlos objeto de ponderación equivaldría a devaluarlos, a rebajar su fuerza normativa y convertirlos en objetos de transacción”⁵⁰. De modo particular, concebir como conflictos lo que no son sino lesiones de los derechos primarios (inmunidades, libertades y derechos sociales) a manos de los derechos secundarios de autonomía política y negocial supone un indebido debilitamiento de los primeros por obra de unos derechos que son en realidad poderes; y “no podemos ignorar que las amenazas más graves a la democracia constitucional provienen hoy de dos potentes ideologías de

⁴⁷ M. Borowski. *La estructura de los derechos fundamentales*. Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2003. Pág. 67.

⁴⁸ B. Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid. Alianza Editorial. 2007. Pág. 132.

⁴⁹ C. Bernal Pulido. *El neoconstitucionalismo a debate*. Colombia. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. 2006. Pág. 61.

⁵⁰ L. Ferrajoli. *Garantismo. una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid. Editorial Trotta. 2009. Pág. 68.



legitimación del poder: la idea de la omnipotencia de la mayoría política y la idea de la libertad de mercado como nueva *Grundnorm* del actual orden globalizado. En resumen, presentar como conflictos dispuestos a la ponderación equivale muchas veces a escamotear la fuerza normativa de tales derechos.

Es posible que ambas posiciones tengan su parte de razón. Si así puede decirse, una posición como la de Ferrajoli apuesta a favor de la “intensión”, mientras que el conflictualismo lo hace a favor de la “extensión”; aquella teme que los juicios ponderativos conviertan en bagatela el núcleo mismo de los derechos, mientras que éste confía en que esa misma ponderación propicie una ampliación de las esferas protegidas. Si tenemos fe en la argumentación y en la aplicación judicial del Derecho, el conflictualismo puede alentar un incremento de los derechos y de sus ámbitos de protección, con la consiguiente minimización del poder; si somos menos optimistas, la concepción de Ferrajoli nos garantiza tal vez menos derechos pero más fuertes. Recurriendo a ejemplos, para el conflictualismo no es difícil considerar como ejercicio de derechos fundamentales conductas tales como alimentar palomas (expresión del amor a los animales y por tanto del libre desarrollo de la personalidad), cubrirse con turbante o pañuelo, u objetar frente a un deber jurídico que entendemos contrario a nuestras convicciones; pero es verdad que, a la inversa, corre el riesgo de mostrarse comprensivo ante la lesión de una inmunidad o de otra libertad, si dicha lesión resulta proporcional para la satisfacción o realización de otro bien digno de tutela.

De este modo, la teoría externa o el conflictualismo deben hacer frente al problema de los principios absolutos. Desde su perspectiva, en realidad, el hecho mismo de hablar de principios absolutos encierra una contradicción porque cuando

⁵¹ L. Ferrajoli. Op. Cit. Pág. 78.



interviene una magnitud absoluta la ponderación resulta imposible. “En enero de 2005 entró en vigor en Alemania una ley que, en pocas palabras, permitía derribar aviones comerciales en vuelo cuando se sospechase que hubieran sido secuestrados por terroristas con la intención de estrellarlos contra alguna población. Tal vez juicio utilitarista, que es el que está detrás de la ponderación, hubiera podido justificar la medida, pues al fin y al cabo cuando en los dos platos de la balanza están en riesgo las vidas de inocentes, la cuestión se reduce a determinar las condiciones en que el número de inocentes que perezca sea el menos posible. Pero el Tribunal Constitucional alemán (Sentencia de 15 de febrero de 2006), acostumbrado a ponderar, rehusó seguir este camino, sosteniendo que el principio de la dignidad humana, que nos impide utilizar a las personas como medios, tiene un carácter absoluto e intangible, o sea, imponderable. Que esto sea así en la práctica resulta cuando menos discutible, pero en todo caso ¿por qué la dignidad resulta absoluta e imponderable y no ocurre lo mismo con otros principios o derechos?”.⁵²

Pero si la teoría externa tiene un problema con la intensidad, la interna lo tiene con la extensión. ¿Qué suerte jurídica corre la libertad natural, aquella que surge del *silentium legis*, en este caso del silencio constitucional? “La teoría externa no tiene dificultad en construir un derecho general de libertad”⁵³, derecho sin duda *prima facie* pero que tiene la virtud de brindar la más amplia protección de la libertad, haciendo recaer sobre el poder la carga de la argumentación o justificación de las eventuales restricciones. En cambio, la teoría interna es incapaz de construir un derecho así: “la mera libertad, aquella que sobrevive en el *silentium legis*, no puede dejar de ser limitada por el derecho positivo, es decir, representa el ámbito de actuación natural en el que pueden desarrollarse con toda libertad los

⁵² L. Prieto Sanchís. Op. Cit. Pág. 37

⁵³ R. Alexy. *El concepto y la validez del derecho*. Argentina. Editorial Gedisa. 2008. Pág. 123.



derechos-poder de autonomía, tanto en la dimensión pública o de las leyes, como en la privada o negocial”.⁵⁴

“En virtud del principio de constitucionalidad, las únicas facultades intangibles son aquellas que aparecen consagradas como libertades o derechos fundamentales y es evidente que la mera libertad no tiene nada que ver con los derechos fundamentales de libertad⁵⁵.”

Probablemente, las dos concepciones que se han comentado ofrezcan resultados idénticos en los casos claros o centrales; las diferencias surgen en los casos difíciles, ahí donde resulta dudosa la presencia y el alcance de un derecho fundamental. Y, desde esta perspectiva, parece que el conflictualismo o la teoría externa permiten desarrollar una argumentación más transparente y racional, y con ello también una justificación más adecuada de las decisiones, dado que nos muestran mejor “qué es lo que hay que tener en cuenta”, esto es, cuáles son las razones en pugna y cómo y por qué nos inclinamos a favor de unas u otras. El doble juicio (*prima facie* y definitivo) invita así a tomar en consideración todo lo que es relevante y, sobre todo, obliga a fundamentar y a pronunciarse sobre los motivos de la decisión. En cambio, la teoría interna parece reposar en un cierto cognoscitivismos que no se hace cargo de la indeterminación del Derecho y de los derechos, pretendiendo encontrar en el texto el dibujo perfecto de los contornos de protección, pese a la evidente porosidad de sus fronteras; y con ello la teoría interna hurta u oculta una buena parte del itinerario de la argumentación.

⁵⁴ R. Alexy. Op. Cit. Pág. 123.

⁵⁵ L. Ferrajoli. Op. Cit. Pág. 126.



2.7. La ponderación o balance de derechos

El método para resolver los conflictos entre los derechos y sus límites recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. De las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez el que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas.

En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones tal equilibrio, que implicaría un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto o de la validez: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues en otro caso no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.

En los conflictos de los que hemos hablado, no cabe acudir tampoco al criterio de especialidad. El intérprete no puede decir que el derecho al honor triunfa siempre sobre la libertad de expresión, o que el orden público lo hace sobre la libertad ideológica y religiosa, pues ello implicaría establecer una relación de regla y



excepción que no está en la Constitución. Tan solo cabe entonces formular un enunciado de referencia condicionada, “trazar una *jerarquía móvil o axiología*, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la justificación de un enunciado de preferencia referido al caso concreto que descarta el establecimiento de jerarquías o relaciones de especialidad con alcance general”⁵⁶. Se trata de la preservación abstracta de los dos elementos del conflicto, por más que inevitablemente en cada caso sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

En realidad, esta última afirmación debe ser matizada. Como se acaba de sugerir, el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios o derechos, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos. Es más, en el lenguaje común ese es el significado más preciso de ponderación; se dice que alguien observa una conducta ponderada cuando rehúsa abrazar por completo alguna idea o propósito de algo y prefiere armonizar o cohonestar ideas diferentes, seleccionando para el caso lo mejor de cada una de ellas.

Es cierto que, en el ámbito jurídico, una solución conciliadora no siempre será viable, en ocasiones incluso por dificultades procesales, pero representa con toda probabilidad el camino más adecuado, sobre todo en los conflictos de carácter civil que pueden desembocar en una indemnización o en otras medidas susceptibles de graduación. Este es el llamado principio de concordancia práctica, que en

⁵⁶ R. Guastini. Op. Cit. Pág. 92.



ocasiones parece sugerido por el Tribunal Constitucional: el intérprete *obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.*

2.8. La ponderación y la subsunción

Suele decirse que la ponderación es el método alternativo a la subsunción; las reglas serían objeto de subsunción, de modo que, comprobando el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios y derechos, en cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones de pugna. Ello es cierto, pero no parece que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, como si el intérprete hubiera de optar por un camino u otro. Lo cierto es que operan en fases distintas de la aplicación del Derecho; es verdad que, si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación.

Pero, cuando se plantean problemas como los aquí examinados y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de dos principios, es decir, que estos resultan relevantes para resolver dicho caso. Por ejemplo, “para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite no tolerable al ejercicio de un derecho, antes es preciso que el comportamiento enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces:



en el tipo penal y en el derecho fundamental. Problema distinto es que, a veces las normas llamadas a ser ponderadas carezcan o presenten de forma fragmentaria o indeterminada al supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción que pudiéramos llamar valorativa; no es obvio, por ejemplo, que consumir alcohol o dejarse barba constituyan ejercicios de la libertad religiosa (que lo constituyen), pero es imprescindible subsumir tales conductas en el tipo de la libertad religiosa para luego ponderar ésta con los principios que fundamentan su eventual limitación”⁵⁷.

Pero, si antes de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, después de ponderar creo que aparece de nuevo la exigencia de subsunción. Y ello es así porque la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa norma de una subsunción.

La ponderación nos debe indicar que en las circunstancias X, Y, Z el principio 1 (por ejemplo, la libertad religiosa) debe triunfar sobre el 2 (por ejemplo, la tutela del orden público); de donde se deduce que quien se encuentra en las condiciones X, Y, Z no puede ser inquietado en su prácticas religiosas mediante la invocación de la cláusula del orden público. La ponderación se configura, pues, como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso; regla que, por cierto, merced al precedente, puede

⁵⁷ L. Prieto Sanchís. Op. Cit. Pág. 34.



generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados.

Esta orientación de la ponderación hacia la subsunción expresa la necesidad de transformar unas normas que aparecen formuladas como categóricas en hipótesis o condicionales y, por tanto, aptas para la aplicación judicial.

En efecto, una de las características de los derechos y de sus límites es que en la Constitución aparecen indeterminados, en el sentido de que no resultan enumeradas las condiciones o circunstancias en las que uno ha de ceder o triunfar en presencia de otro. Por eso se dice que son normas *derrotables*, normas de las que desconocemos los casos en que pueden ser exceptuadas, por más que esos casos existan.

Prima facie parece que el derecho al honor ha de ser respetado siempre, pero asimismo *prima facie* la libertad de expresión también ha de serlo. La ponderación entonces sirve para establecer las condiciones en que triunfa el primero o la segunda, dando vida así a normas hipotéticas o condicionales.

2.9. Ponderación y discrecionalidad

El juicio de ponderación ha sido objeto de una cuidada elaboración doctrinal y jurisprudencial. Tan solo conviene llamar la atención sobre su distinto modo de operar en la esfera pública de la limitación de los derechos y en la esfera privada del conflicto entre los mismos.



En la primera, se muestra lógicamente más riguroso, pues la medida limitadora ha de acreditar su idoneidad o adecuación para proteger o dar satisfacción a un fin valioso y no inconstitucional; ha de acreditar asimismo que es una medida necesaria para alcanzar dicho fin o, lo que es lo mismo, que no existe otro género de intervención que, brindando la misma tutela, se muestre menos lesivo. Y, por último, ha de superar el test de la proporcionalidad en sentido estricto, que a su vez exige “pesar” el grado de afectación del derecho y al mismo tiempo, el grado de seguridad de las premisas empíricas acerca de la realización efectiva de la afectación y de la satisfacción. En cambio, en los conflictos entre derechos de particulares la ponderación se reduce a este último tramo de la proporcionalidad en sentido estricto.

Cada una de estas fases de la argumentación y, sobre todo, la última, ha dado lugar a análisis de notable complejidad y creciente sofisticación. Únicamente hay que subrayar que la ponderación dista de ser algo así como una regla matemática capaz de eliminar toda subjetividad.

Los pasos o fases que la integran, suponen un llamamiento al ejercicio de valoraciones: cuando se decide la presencia de un fin digno de protección, no siempre claro y explícito en la norma o medida enjuiciada; cuando se examina la aptitud o idoneidad de la misma, cuestión siempre discutible y abierta a cálculos técnicos o empíricos; cuando se interroga sobre la posible existencia de otras intervenciones menos gravosas, tarea en la que el juez ha de asumir el papel de un diligente legislador a la búsqueda de lo más apropiado o económico; y en fin, y sobre todo, cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación costo/beneficio resulta casi inevitable.



En suma, “los principios no disminuyen, sino que incrementan la indeterminación del Derecho”⁵⁸. Ni los jueces (tampoco la sociedad) comparten una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de Derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre racionalmente; y ello tal vez se agrave en el caso de la ponderación, donde las “circunstancias” del caso que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediabilmente en juicios de valor.

Pero parece que esto tampoco significa que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que pueda conducir a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y solo una respuesta para todo caso práctico, tampoco indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien o derecho y del grado de satisfacción del bien o derecho en pugna.

“La ponderación tiene la virtud de hacer más transparente el proceso que conduce a la decisión, obligando a mostrar todas las premisas fácticas y normativas que son relevantes en el caso, de modo que el esfuerzo de motivación o justificación que se requiere resulte más extenso y profundo. Y, en resumidas cuentas, ahí reside la legitimidad de la interpretación y aplicación del Derecho, en el esmerado razonamiento que precede a un acto de autoridad como es la sentencia”⁵⁹.

⁵⁸ P. Comanducci. Op. Cit. Pág. 152.

⁵⁹ S. Pozzolo. Op. Cit. Pág. 183.



CAPÍTULO 3

La noción de los derechos fundamentales desde el punto de vista del neoconstitucionalismo

3.1. La doctrina neoconstitucionalista de los derechos fundamentales como exigencias morales

“El concepto de los derechos humanos o fundamentales parece adolecer de una vaguedad congénita, que acaso resulte insuperable si no es por la vía de alguna definición estipulativa”⁶⁰.

En el lenguaje corriente, pero también en círculos lingüísticos más tecnificados, los derechos del hombre se invocan con una alta carga emotiva para referirse prácticamente a cualquier exigencia moral que se considere importante para la persona, para una colectividad o para todo un pueblo, y cuyo respeto o satisfacción se postula como una obligación de otras personas, en particular de las instituciones políticas, nacionales o internacionales. Naturalmente, ello ha facilitado, no ya un cierto abuso lingüístico, sino también a veces una utilización meramente retórica o propagandística de la expresión, de manera que podemos encontrar la bandera de los Derechos Humanos encubriendo realidades o proyectos políticos contradictorios entre sí, cuando no otros que de modo palmario se sitúan en las antípodas de los que fueron sus supuestos filosóficos.

⁶⁰ L. Prieto Sanchís. *Derechos fundamentales*. En: Garzón Valdez, Ernesto & Laporta, Francisco J. (Coordinadores). *El derecho y la justicia*. Madrid. Editorial Trotta. 2000. Pág. 501.



En este aspecto, los derechos fundamentales han sido seguramente víctimas de su propio éxito, heredado a su vez del extraordinario prestigio acumulado por los derechos naturales. Estos, en efecto, aparecen como la dimensión subjetiva y, al mismo tiempo, como la clave de bóveda de aquella filosofía política liberal que hizo del individuo el centro y la justificación de toda organización política, que rehusó ver en el Estado una finalidad propia, trascendente o transpersonal a los derechos e intereses de cada uno de sus miembros y, por tanto, que concibió el ejercicio del poder como un proceso que tenía su punto de partida y su juez supremo en la voluntad de ciudadanos iguales. Basta leer los textos del constitucionalismo norteamericano o la Declaración francesa de 1789 para comprobar ese carácter instrumental del Estado y del Derecho objetivo al servicio de los derechos naturales; aquellos no tienen más justificación que la mejor garantía de los derechos y, en la medida en que se separen o traicionen dicho objetivo, decae su legitimidad y, con ello el vínculo de obediencia que liga a los ciudadanos.

En esta extraordinaria fuerza vinculante, reside, seguramente, la singularidad de los derechos fundamentales. Ellos encarnan exigencias morales importantes, pero exigencias que pretenden ser reconocidas como derechos oponibles frente a los poderes públicos; lo cual, desde la perspectiva positivista, encierra un reto importante: los derechos, como el resto del ordenamiento jurídico, son obra del poder político y, sin embargo, consisten precisamente en limitar ese poder. Por ello, la historia jurídica de los derechos se confunde con la historia del constitucionalismo, que pretendió diseñar un modelo de convivencia política donde el Estado y su Derecho actuaran sometidos a un orden superior, la Constitución, cuya fuente, en hipótesis, habrían de ser los propios ciudadanos. Esto explica, así mismo la acusada tendencia a la internacionalización de los derechos, pues, si bien el Derecho internacional sigue siendo un derecho bastante primitivo e



ineficaz, su vocación ha sido siempre imponer límites u obligaciones a la actuación del poder, un poder que en el mundo moderno reside en los Estados nacionales.

Como es lógico, y aun cuando tampoco faltasen voces disidentes, en el marco histórico en que los derechos naturales adquieren esta dimensión individualista y revolucionaria, quedaba relativamente claro cuáles eran las exigencias morales importantes que los mismos encarnaban. Por ejemplo, en la influyente pluma de Locke se trataba de "la vida, de la libertad y de la propiedad"⁶¹, y, algo más tarde, Kant consideraba solo dos derechos innatos, "la libertad y la igualdad (jurídica o formal)"⁶²; todo lo cual, por cierto, podía ser compatible con la aceptación de la esclavitud o la defensa del sufragio censitario. Estaba también bastante claro que el Estado debía limitar su función a establecer las condiciones de seguridad jurídica, donde cada individuo pudiera ejercer su libertad y probar su fortuna.

Pues bien, cabe decir que la falta de certeza en que se mueve hoy el concepto de derechos humanos obedece en buena parte a la que ha triunfado la dimensión funcional sobre la material o morfológica; es decir, se sigue haciendo uso de la expresión para referirse a las exigencias morales importantes que postulan su reconocimiento y defensa por parte de la comunidad política, pero con la no pequeña diferencia de que las cosas importantes ya no son las mismas, ni son entendidas de la misma forma por todos. Por eso, el disgusto que muestran los teóricos contemporáneos ante la heterogeneidad de ingredientes que a veces se integran bajo el concepto de Derechos Humanos, resulta muy comprensible y loable si se trata solo de un llamamiento al rigor y a la racionalidad en orden a establecer que exigencias morales ostenta el hombre frente a la colectividad, y cuáles son las más importantes.

⁶¹ J. Locke. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid. Editorial Aguilar. 1960. Pág. 93.

⁶² I. Kant. *La metafísica de las costumbres*. Madrid. Editorial Tecnos. 1989. Pág. 48.



Pero es menos comprensible si se trata solo de defender que las exigencias morales importantes siguen siendo hoy las mismas que en la segunda mitad del siglo XVIII, puesto ya no es una necesidad teórica o conceptual, sino una toma de postura ideológica. Dicho de otro modo, o nos quedamos con el catálogo de derechos del liberalismo, pero entonces no venimos obligados a sostener que con él se agotan las exigencias morales frente a la comunidad y al Estado, o nos quedamos con la dimensión funcional, pero entonces no debe causar escándalo la ampliación o modificación de ese catálogo, siempre naturalmente que pueda apoyarse en algún fundamento racional.

Esto pone de relieve “la inextricable conexión entre concepto y fundamentación de los derechos”⁶³, pues estipular qué condiciones deben presentar ciertos objetos valiosos en la vida de las personas para merecer el nombre y el *status* jurídico de los derechos fundamentales, equivale a una toma de posición acerca de cuáles son esos objetos, y de ahí que el catálogo de derechos propuesto por Locke o por la Declaración de 1789 encierre, no ya una opción conceptual, sino toda una concepción política y moral acerca del modelo de convivencia. En realidad, como hemos dicho, lo que ha ocurrido es que ha terminado imponiéndose la dimensión funcional, de manera que los derechos no son estos o aquellos, sino el soporte o recipiente institucional que pretende traducir en requerimientos jurídicos esas exigencias morales importantes, recogiendo en cada momento el contenido de la deuda que el Estado o la colectividad tiene contraída con cada uno de sus miembros. A ello responde precisamente la idea de que existen varias generaciones de Derechos Humanos y, por tanto, de que la deuda es históricamente variable.

⁶³ J. Lucas. *Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos morales*. Madrid. Editorial Tecnos. 1992. Pág. 13



3.2. Las características esenciales de los derechos fundamentales desde la perspectiva del neoconstitucionalismo

Pero que resulte variable no significa que sea arbitraria, y ahora es cuando entran en escena las que podríamos llamar restricciones conceptuales de los Derechos Humanos; es decir, aquellos criterios que permiten discernir cuándo estamos en presencia de una exigencia moral y, más específicamente, cuándo esa exigencia merece el calificativo de importante y se hace acreedora al respeto por parte de todos. Los dos candidatos mejor situados parecen ser la universalidad y la supremacía. El rasgo de la supremacía o inviolabilidad parece incluso tautológico con las ideas de fundamentalidad e importancia: si pretendemos que los derechos expresen no cualquier exigencia moral, sino precisamente las más importantes frente a la comunidad política, parece lógico postular su prevalencia en caso de conflicto con cualquier otro bien o valor que haya decidido tutelar la citada comunidad. La idea aparece perfectamente expresada en Locke cuando decía que el fin fundamental del Estado era preservar los derechos naturales, vinculantes incluso frente al legislador; y hoy parece mantener toda su fuerza; “los derechos se caracterizan porque no están sometidos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales”⁶⁴, “porque son triunfos del individuo frente a la mayoría”⁶⁵.

Por otra parte, y en un plano institucional, “a este postulado responde también el reconocimiento constitucional de los derechos que algunos entienden esencial para su concepto jurídico”⁶⁶, si bien conviene no identificar la existencia de los derechos con alguna técnica particular de reconocimiento o tutela, dado que en este punto los sistemas jurídicos presentan diferencias acusadas.

⁶⁴ J. Rawls. *Teoría de la justicia*. México. Fondo de Cultura Económica. 1978. Pág. 46.

⁶⁵ R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona. Editorial Ariel. 1984. Pág. 37.

⁶⁶ P. Cruz. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. Madrid. Revista Española de Derecho Constitucional. No. 25. 1989. Pág. 41



Ciertamente, el criterio de la supremacía presenta algunas dificultades o mejor dicho, aparece desmentido si tomamos en consideración cualquier catálogo jurídico-positivo de derechos fundamentales, en particular los muy cautelosos o temerosos que incorporan los textos internacionales, donde aquellos aparecen limitados por conceptos tales como el orden público, la moral, la seguridad nacional, etc., conceptos absolutamente indeterminados y que resultan tanto más peligrosos cuanto que su determinación suele corresponder a los propios sujetos obligados, esto es, a los órganos estatales.

Por otra parte, la idea de la supremacía absoluta se desvanece desde el momento en que el ejercicio de los derechos puede entrar en mutuo conflicto o colisionar con otros valores y bienes constitucionales, careciéndose en general de reglas de prioridad; es lo que algunos han llamado doctrina de los límites inmanentes y que se traduce en la tesis de que no existen derechos absolutos. Pero, sobre todo, el problema que plantea el criterio comentado es que no nos da cuenta de cuáles son en definitiva las exigencias morales que deben gozar de especial tutela. Es decir, sabemos que una regulación óptima de los derechos debe hacer de ellos decisiones básicas innegociables, al menos dentro de los que cabe en un sistema jurídico real, pero ¿qué derechos tenemos?.

Esta pregunta ha intentado responderse a partir de la segunda característica atribuida a los derechos fundamentales, la universalidad. Con todo, dicha característica puede entenderse de dos formas: “en sentido activo, significa que una exigencia moral sólo puede ingresar en el prestigioso grupo de los derechos fundamentales si es susceptible de predicarse de todos los seres humanos con independencia de cualquier circunstancia histórica o social, o, lo que es lo mismo, cuando lo que el derecho reconoce y tutela interesa o es relevante por igual para



toda persona, siendo esta cualidad de persona condición necesaria y suficiente. En sentido positivo, un derecho es universal cuando resulta oponible frente a todos (*erga omnes*), esto es, cuando el círculo de obligación es universal.

Ciertamente, un repaso de los sistemas jurídicos hoy vigentes pone de relieve que los derechos que ellos tutelan no siempre son universales en ninguno de los sentidos indicados; es más, la propia disparidad entre los ordenamientos nos sugiere que delimitar el catálogo de derecho por este camino no es tarea sencilla, ni en verdad fructífera. Por un lado, se reconocen derechos que podríamos llamar sectoriales o particulares: solo de los nacionales, de los jóvenes, de los ancianos, de los trabajadores, de los sindicatos, etc. “Por otra parte, por lo que se refiere al círculo de personas obligadas, la universalidad plantea el problema de los deberes positivos generales, discutibles en plano moral, pero de momento inviables en el marco jurídico positivo”⁶⁸.

Es cierto que estas objeciones son fácilmente superables argumentando que, en realidad, lo que ocurre es que los sistemas jurídicos conceden el título de derechos humanos a algunos que no se lo merecen, precisamente porque, al carecer de la nota de universalidad, padecen también un déficit de racionalidad. Sin embargo, el criterio de la universalidad presenta una implicación más importante, y es que constituye la otra cara de la moneda de una fundamentación moral ahistórica y solipsista confiada en definir los derechos del *hombre abstracto*, prescindiendo desde luego también de la opinión y del consentimiento de los destinatarios del Derecho.

⁶⁷ F. J. Laporta. *Sobre el concepto de derechos humanos*. Madrid. Revista Doxa, No. 4. 1987. Pág.. 32.

⁶⁸ F. J. Laporta. Op. Cit. Madrid. Revista Doxa No. 3. 1986. Pág. 46.



Esta armoniosa combinación entre derechos universales y un mundo poblado de seres racionales representa la concepción clásica o tradicional y puede encontrarse en el *reino de los fines* kantiano, o en la idea de posición original y del velo de la ignorancia de Rawls. Aquí los Derechos Humanos encarnan aquellas exigencias morales que podría pretender cualquier hombre antes de preguntarse por las necesidades que nacen de su específica posición social; solo aquellas, y no estas, son consideradas lo suficientemente importantes como para merecer la supremacía absoluta que, como ya sabemos, se predica de los derechos.

No cabe censurar esta concepción tradicional porque encuentre algunos desmentidos históricos, dado que su propósito no es describir ningún fenómeno, sino ofrecer justificación racional a un cierto catálogo de derechos. Con todo, no está de más indicar que algunas exigencias que podrían considerarse universales, como el aire o el agua, no fueron elevadas al rango de Derechos Humanos cuando se constató su universalidad, sino cuando se comprobó su escasez. Sin embargo, esta consideración permite vislumbrar una insuficiencia más importante, y derechos que se desenvuelven en el ámbito definido por la libertad civil en lo público y por la autonomía de la voluntad en lo privado, esto es, en el plano del *homo iudiricus*, difícilmente puede ofrecer base para justificar aquellas exigencias morales que expresan pretensiones del hombre en su específica condición social; más concretamente, este enfoque dificulta de modo serio la articulación en forma de derechos de la satisfacción de necesidades sociales, históricamente variables y dependientes de los recursos y de su modo de distribución. “Con lo cual, los derechos humanos serían un concepto histórico, peor no sólo en el sentido de que naciesen en una determinada coordenada histórica como fue el tránsito a la



modernidad, sino también en el de que no son concebibles fuera de ella; y su coordinación alcanzó su madurez en el Estado liberal⁶⁹.

3.3. El concepto amplio de derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo

Ahora bien, sin que se pueda abdicar del género de exigencias morales que cristalizaron en la concepción liberal de los derechos, circunscribir el ámbito de estos a los valores del liberalismo obligaría a acuñar una nueva expresión que sirviera de vehículo a nuevas exigencias que en las sociedades contemporáneas pretenden erigirse también en supremas e innegociables. En lugar de esa tarea inventiva y un tanto estéril, quizás resulte más fructífero intentar una emancipación del concepto de Derechos Humanos con respecto al marco histórico que lo vio nacer, suponiendo que los valores morales formulados originalmente hayan podido sufrir alguna modificación y que, en todo caso, las exigencias concretas que de ellos derivan tampoco son idénticas. De cualquier forma, todo ello requiere abandonar el modo de fundamentación estrictamente racional y solipsista que ya conocemos admitiendo que las condiciones históricas y la propia opinión de los individuos que las padecen puedan tener algún peso en la definición de los derechos fundamentales.

Desde luego, esta recepción alternativa resulta mucho más apta para describir los actuales planteamientos en materia de derechos humanos, que hablan de distintas generaciones y de pretensiones que distan de ser universales o propias del mundo

⁶⁹ G. Peces Barba. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Mezquita. 1982. Pág. 86.



de seres abstractos y racionales; piénsese, por ejemplo, en los derechos sociales. Pero es preciso reconocer también que desde esta perspectiva se mantiene una insuprimible zona de penumbra, pues implica aceptar que las más importantes exigencias morales no son siempre las mismas y que dependen de los contextos sociales y culturales. Por otro lado, algunos albergan también el temor a que, ganando en extensión, los derechos pierdan en intensidad.

Bien es cierto que el criterio de la universalidad, unido a la fundamentación abstracta, ha proporcionado menos seguridad conceptual de lo que podría pensarse. Sin embargo, su abandono tampoco conduce a la arbitrariedad; existe un consenso suficiente y con raigambre histórica en el sentido de que los derechos humanos son *“un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad, o bien que encarnan una pretensión moral justificada, enraizada en las ideas de la libertad e igualdad”*⁷⁰. Sin duda, estas afirmaciones no cierran el debate acerca de cuáles deban ser esas exigencias morales más importantes que sirven para enjuiciar la legitimidad de un sistema político, pero cuando menos lo enmarcan en unas coordenadas bastante seguras. En suma, “los derechos fundamentales, como categoría ética, cultural e histórica, es decir, prejurídica, no constituye una concepción cerrada y acabada que los ordenamientos positivos tan solo pueden acoger o rechazar en su totalidad, sino más bien un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos”⁷¹.

Esto parece que es suficiente para cerrar el paso a formulaciones puramente retóricas o arbitrarias que eventualmente pretendiesen asentar un sistema de derechos incompatible con los valores humanistas y de defensa del individuo, de

⁷⁰ A. E. Perez Luño. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid. Editorial Tecnos. 1984. Pág. 48.

⁷¹ G. Peces Barba. *Derechos fundamentales*. Madrid. Universidad Complutense. 1983. Pág. 66.



su libertad y dignidad, que están en el origen de la filosofía de la ilustración, por ejemplo impide hablar en serio de derechos en un marco teocrático.

Sin embargo, esta perspectiva obliga también a buscar nuevos procedimientos de fundamentación racional capaces de generar la misma aceptación que el sujeto moral kantiano, no obstante abrir el razonamiento en un debate con pretensiones de realidad donde aquellos valores se conectan al mundo de las necesidades. Este concepto amplio de derechos fundamentales “exige conjugar racionalidad e historia”⁷²: “racionalidad porque el consenso alcanzado argumentativamente sustituye al monólogo y quiere ser una realización procedimental de la universalidad; e historia porque la competencia de esta argumentación ya no se circunscribe a un concepto abstracto de humanidad sino que recoge las necesidades e intereses de los interlocutores”⁷³. Es verdad que, desde esta perspectiva, hay que abandonar la pretensión de que se pueda legislar de una vez y para siempre las mismas; pero es verdad también que las condiciones de racionalidad impiden que cualesquiera intereses u objetivos puedan presentarse como tales exigencias.

Esta forma de concebir los derechos fundamentales presenta al menos un par de paradojas. La primera es que “si los derechos constituyen límites u obligaciones del poder y por tanto, de la mayoría, no parece muy procedente confiar a esa misma mayoría la modificación de su contenido”⁷⁴. Esto es, “existiría una contradicción entre el modo de fundamentación, consensual y participativo, y la función institucional que desempeñan los derechos. La segunda es que resulta un tanto sorprendente que las mayorías sean protagonistas de una tarea que

⁷² A. Cortina. *La moral como forma deficiente de derecho*. Madrid. Revista Doxa. No. 5. 1988. Pág. 79.

⁷³ J. Lucas & M. J. Añón. *necesidades, razones, derechos*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1990. Pág. 75.

⁷⁴ E. Fernández. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid. Editorial Debate. 1984. Pág. 104.



históricamente ha sido obra de la minoría, a veces incluso el grito de un hombre solo”⁷⁵.

No es posible desarrollar aquí con detalle los aspectos de una fundamentación consensual, si bien solo de un modo tosco esta puede compararse con las instituciones democráticas vigentes. Con todo, no existe una contradicción insalvable: los derechos fundamentales operan en el marco político como un límite o gravamen sobre el conjunto de los órganos del Estado, pero la definición de su contenido tampoco se presenta por completo ajena al poder, y no parece que ese poder haya de ser otro que el que se atribuye contrafácticamente al conjunto de los ciudadanos; esto, si se quiere, es una ficción pero una ficción del mismo tipo que la que da vida a la idea de poder constituyente, cuya historia por cierto se halla tan íntimamente unida a la de los derechos humanos. “Por supuesto, que algunas mayorías abdican de los derechos, pero con ello abdican también de cualquier sucedáneo de discurso moral, sustituyendo la razón por la fuerza”⁷⁶; y, en tales condiciones, esa mayoría ya no será competente para definir derechos, pero no porque se muestre ciega ante una realidad evidente descubierta desde algún objetivismo moral, sino porque el sacrificio de las libertades básicas constituye en sí mismo una renuncia a la propia tarea de fundamentación racional.

En relación con el segundo aspecto, la constatación histórica de que los derechos han asomado al mundo cultural y jurídico como consecuencia del impulso de las minorías, está en la base de la llamada alternativa del diseño. La idea es atractiva, pero presenta una dificultad importante, y es que el diseño funciona como una coraza individual que, al igual que la ética kantiana, nos dice lo que no puede

⁷⁵ J. Muguerza. *La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)*. En: Peces Barba, Gregorio. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid. Editorial Debate. 1989. Pág. 43.

⁷⁶ C. S. Nino. *Ética y derechos humanos. un ensayo de fundamentación*. Barcelana. Editorial Ariel. 1989. Pág. 387.



hacer la comunidad política, pero no lo que sí debe hacer. El disenso representa por tanto, una barrera o llamada de atención frente a cualquier exceso procedimentalista, pero, por su propia naturaleza, carece de utilidad para la adopción de decisiones colectivas o para la determinación del contenido de los derechos. Tal vez solo hay una excepción, que es la objeción de conciencia; pero parece preferible decir que este caso constituye un límite al consenso, y no que representa el único derecho susceptible de fundamentación.

“La vaguedad que rodea el concepto de derechos humanos puede ser consecuencia de un cierto abuso lingüístico, pero representa también una característica de la función histórica que ha desempeñado como traducción jurídica de las exigencias morales más importantes que en cada momento han pretendido erigirse en criterio fundamental para medir la legitimidad de un modelo político y, por tanto, para justificar la obediencia a sus normas”⁷⁷.

Por eso, decidir que rasgos debe tener una pretensión para hacerse merecedora del calificativo de Derecho Humano Fundamental, es, en suma, determinar el contenido de los derechos, no es problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación. Un problema que, como cualquier otro relativo a las exigencias de la justicia en una sociedad plural y democrática, debe quedar abierto al diálogo intersubjetivo a propósito de necesidades y recursos, con el único límite de preservar el propio diálogo y, consecuentemente, la personalidad moral de todo participante en el mismo.

⁷⁷ M. Browksi. Op. Cit. Pág. 36.



CAPÍTULO 4

El modelo neoconstitucionalista sobre los derechos fundamentales aplicado a una garantía particular: el estado de inocencia o la presunción de inocencia

4.1. La función del poder judicial en la garantía de los derechos fundamentales

El término *derechos fundamentales* expresa la noción jurídica que en la cultura occidental reciben los intereses y expectativas que constituyen al hombre como persona. Y por eso “tienen la consideración de universales, en el sentido de reconocidos a todos por igual, lo que hace que no puedan ser objeto de disposición”⁷⁸.

Del carácter esencial y básico de los derechos fundamentales así concebidos, se deriva su naturaleza de normas en sentido propio, que operan como “límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”⁷⁹.

Tal *status* normativo de los derechos fundamentales y el consiguiente carácter de límites y vínculos para cualquier clase de poder es lo que, en el Estado constitucional, hace de ellos en su conjunto un momento previo al de la política y también al de la legalidad ordinaria, para los que aquéllos representan el *deber ser* jurídico. Es por lo que, según Ferrajoli, “integran una *dimensión sustancial* o esfera

⁷⁸ P. A. Ibañez. *Justicia penal, derechos y garantías*. Bogotá. Editorial Temis. 2007. Pág. 115.

⁷⁹ L. Ferrajoli. *Derechos y garantías. la ley del más débil*. Op. Cit. Pág. 39.



de lo indecible, que se superpone no sólo al derecho, sino incluso democracia”⁸⁰.

En esta concepción, los derechos fundamentales han dejado de ser un referente externo del sistema, puesto que no podría haber democracia sin derechos, es decir, sin sujetos plenamente reconocidos como portadores de estos a todos los efectos. Así, con palabras de Haberle, “los derechos son el *fundamento funcional* de aquélla, pues sólo *a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales, se realiza un proceso de libertad que constituye un elemento esencial de la democracia*”⁸¹.

Tal modo de entender los derechos fundamentales, la democracia y el orden jurídico, comporta un perfeccionamiento del Estado legislativo de derecho, una superación de su limitación más importante. El Estado legislativo de derecho, expresión de la preocupación ilustrada por sujetar el poder a la ley, sin embargo, la concibió exclusivamente como sub especie de la ley ordinaria, es decir, como expresión de la voluntad incondicionada de la mayoría.

La práctica de este diseño de Estado es bien conocida en sus efectos. El ejercicio de la soberanía está sometido a algunas exigencias procedimentales sobre el *quién y el cómo* en lo relacionado con la forma de expresión de la voluntad política, único momento en que la proyección del derecho alcanza alguna eficacia. Pero, por lo demás, los derechos de los ciudadanos se quedan en la mera

⁸⁰ Ibidem. Pág. 23.

⁸¹ P. Haberle. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998. Pág. 71.



proclamación *pro forma*, ya que sus presupuestos materiales están librados a las vicisitudes de la política y del mercado.

El resultado a que conduce el modelo, suficientemente acreditado por la historia, es el de la plena autonomía de la política, la virtual inmunidad de los poderes privados frente al derecho, y, en suma, el fracaso esencial de la garantía jurídica.

Se trata de una experiencia que da pleno sentido a la doble afirmación del art. 16 de la Declaración de derechos de 1789: “*Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución*”.

Y así ha sido, porque la ausencia de una esfera de derechos supraordenada a todas las demás en función de garantía de los derechos como fundamentales; y la consiguiente falta de un dispositivo institucional capaz de dotarlos de amparo jurídico, hicieron de ellos un puro objeto de la voluntad política en acto con proyección indiferenciada en todos los planos de la institucionalidad estatal: en el ámbito de la elaboración de la ley y en el de su aplicación. “En el caso de la judicial, por el cauce de una magistratura articulada conforme al modelo bonapartista, que, según su fundador, hacía de ella *le plus grand moyen d'un gouvernement* (la mejor manera de un gobierno)”⁸².

A la luz de tales antecedentes y de lo sucedido en las dramáticas experiencias de involución autoritaria del Estado liberal de derecho de que fue tan rico el siglo XX,

⁸² J. Royer. *Historia de la justicia en francia*. Barcelona. Editorial Ariel. 1995. Pág. 407.



se entiende que en los momentos de crecimiento democrático que siguieron a la superación de esos procesos, las nuevas mayorías constituyentes, por lo regular, volvieron los ojos hacia el Derecho, correctamente entendido como contrapunto necesario frente a eventuales desviaciones en el ejercicio de política democrática.

El resultado, lo sabemos bien, fue la constitucionalización normativa de los derechos humanos, ahora derechos fundamentales y el fortalecimiento de la independencia judicial. Y, en el punto de intersección de ambos vectores, la articulación de un exigente disciplina constitucional del proceso, en particular, del proceso penal.

El reforzamiento del papel constitucional del poder judicial está directamente conectado con la nueva naturaleza de los derechos. Pues estos, en tanto que esfera previa y al margen de la política, sobre la que deben tener una proyección normativa, precisan de una institución de garantía dotada de un estatuto que le asegure asimismo la independencia necesaria en relación con aquella para darles actuación.

En este modo estatal, el juez no es ni representante ni delegado de la mayoría, sino órgano del orden jurídico-constitucional, del que recibe directamente su legitimidad, que debe confirmar, acto por acto, mediante la constitucionalidad de sus prácticas.

Condición de posibilidad de la prestación de este importante cometido es la colocación institucional de la organización judicial y del juez en una posición de independencia con respecto a las demás instancias estatales. A ello se orientan,



en un primer momento, las llamadas garantías orgánicas, que tienen que ver tanto con el estatuto de la magistratura en el contexto general del Estado como con el del juez individual en su propio marco organizativo, al impartir jurisdicción.

En este segundo momento, adquieren una relevancia particular las garantías procesales, que son garantías frente al juez, que, como sujeto de poder, también está expuesto al abuso. Su independencia asegura que no operará en el proceso como parte política. La imparcialidad será el resultado de esa independencia y, además, del reconocimiento de un cuadro de derechos a las partes; pues solo si estas ocupan en plenitud su propio espacio, el juez estará realmente en el suyo, es decir, en su papel de tercero con capacidad de decidir solo conforme a la verdad de hechos y a las prescripciones legales.

“Lo que se predica del juez tendría que predicarse también del fiscal, por su condición de agente de la legalidad y porque su función es en la práctica muy condicionante de la propiamente jurisdiccional, en particular cuando se trata de la persecución de conductas delictivas producidas en medios del poder político o vinculados a éste”⁸³.

“Instituida fuera del radio de acción del sufragio, la jurisdicción no padece por ello ningún déficit de legitimidad, sino que tiene la precisa y, además, de la calidad necesaria para ejercer su papel constitucional. Este puede hacerle entrar en ocasional conflicto con los órganos de expresión de la mayoría política, cuando, como tantas veces ocurre, deba prestar tutela a sujetos a derechos en posiciones

⁸³ P. A. Ibañez. Op. Cit. Pág. 109.



minoritarias o marginales. Es por lo que su vinculación a la soberanía popular produce por el cauce de la Constitución y de la ley”⁸⁴.

4.2. Las garantías procesales como derechos fundamentales y la obligación de su tutela por parte del poder judicial

Desde algunas posiciones doctrinales, se afirma que la garantía jurisdiccional forma parte integrante del contenido esencial de los derechos fundamentales. La propuesta es sugestiva porque parece aportar un argumento de relevancia al movimiento jurisdiccional, pero, como ha puesto de relieve Ferrajoli, no resulta aceptable. La garantía judicial es necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, pero no se integra estructuralmente en estos, sino que constituye respecto de ellos un dispositivo, que el legislador está obligado a prever, una vez que los mismos existen como tales. Pues, en el ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales, en su calidad de normas del máximo rango, prescriben al legislativo la articulación del régimen de garantías requerido para evitar que su proclamación pueda resultar frustrada en la práctica.

Es por lo que, con sobrada razón, el propio Ferrajoli ha escrito que “allí donde falta la garantía lo que concurre no es una suerte de no-derecho, o de derechos de papel, como a veces se ha dicho, sino un incumplimiento por parte del legislador, una laguna, que debe ser denunciada como tal”⁸⁵. Este punto de vista es el que mejor se ajusta a la naturaleza de los derechos fundamentales, e incluso del poder constituyente, cuyas determinaciones tienen ya en sí mismas el papel de

⁸⁴ P. A. Ibañez. *Proceso penal y actuación de oficio de los jueces*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 1995. Pág. 165.

⁸⁵ L. Ferrajoli. Op. Cit. Pág. 63.



verdadero estatuto normativo y, en consecuencia, aptitud para preservar un núcleo no disponible por el legislador ordinario.

La garantía, o derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho fundamental por derivación, en tanto que resulta necesaria para dar efectividad a los derechos fundamentales en sentido propio, cuando fracasa la garantía primaria de estos (la obligación jurídica de respeto al imperativo que encarnan). Y, a su vez, las garantías procesales, o garantías frente al poder del juez en el proceso, gozan de idéntico estatuto debido a que constituyen otros tantos límites destinados a circunscribir el alcance de las intervenciones de aquel, por su particular incidencia en los bienes más sensibles.

Para lo primero está previsto el acceso a la jurisdicción como tal, es decir, la posibilidad de acudir al juez en demanda de tutela frente a otros sujetos, públicos o privados. La segunda dimensión de la garantía entra en juego durante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y, en particular, cuando se trata de la justicia penal, precisamente para evitar que pueda experimentar desviaciones en su ejercicio.

“El derecho a la jurisdicción, en esta perspectiva, integra el derecho a la existencia de una determinada forma de organización y a que la actuación de ésta se desarrolle conforme a ciertos procedimientos legalmente preestablecidos”⁸⁶.

⁸⁶ R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993. Pág. 454.



4. 3. La tutela judicial de la presunción de inocencia

Una visión honesta a la realidad de la investigación criminal, y del proceso penal en general, debe partir de una clásica constatación de Carnelutti: “en ellos *no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes*”⁸⁷.

Se trata de una aporía que ha acompañado a la experiencia procesal penal a lo largo de toda su historia y que ha tenido y tiene dos efectos. Uno es que vierte sobre ella una inevitable carga de ilegitimidad, por razón de la injusticia implícita en ese dato. El otro es que, precisamente por eso, el proceso penal ha ejercido siempre una suerte de atracción fatal sobre el poder, una persuasiva invitación a usos instrumentales del mismo con fines de penalización inmediata. Estos siempre presentes en mayor o menor medida.

La valencia, al menos potencialmente contradictoria del proceso criminal ha sido expresada con notable plasticidad por Ferrajoli, al decir que “en él conviven las dos dimensiones de *saber* y de *poder*, de *conocimiento* y de *decisión*”⁸⁸. Con la particularidad de que, generalmente, ha prevalecido la segunda en perjuicio de la primera; es este un planteamiento que debería invertirse en un proceso de inspiración constitucional y garantista.

Este punto de vista tiene una clara anticipación en Beccaria, con su denuncia del proceso penal del antiguo régimen como *un proceso ofensivo*, porque en él “el

⁸⁷ F. Carnelutti. *Las miserias del proceso penal*. Buenos Aires. Editorial EJE. 1959. Pág. 75.

⁸⁸ L. Ferrajoli. *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta. 2001. Pág. 45.



*juez se hace formativo, eficazmente orientado a la indagación indiferente de hecho*⁸⁹. Y tiene también una clara expresión en el modo de denotar al imputado como reo (*reus*, en latín) término que indudablemente remite a *res*, (cosa en la misma lengua). Este tratamiento semántico es adecuado para un modelo procesal en el que, según Cordero, aquél era “el depositario de una verdad de expresar”⁹⁰, en el contexto de lo que se conducía como una más de las vicisitudes de una lucha, en el fondo religiosa, contra el mal.

Sin atender a la presencia de esa tensión entre los dos factores indicados, no se entendería nada de lo sucedido con el proceso penal en la historia, y muy en particular, con su fase de investigación y con la relación entre esta y la del juicio propiamente dicho.

En esta tensión, entre las dimensiones de saber-poder está presente de forma clara una cuestión de ética; acerca del tratamiento del imputado. A pesar de ello no es la única dimensión implícita en el proceso penal a la que es preciso hacer referencia, puesto que en el mismo conviven también, además de la propiamente jurídica, connotaciones de carácter político y epistemológico, todas en estrecha relación de implicación.

La vertiente política ha gozado siempre de notable visibilidad, pues los usos del proceso con fines de represión de las diversas formas de disidencia se han dado en la historia de la humanidad, y no la abandonan.

⁸⁹ C. Beccaria. Op. Cit. Pág. 59.

⁹⁰ F. Cordero. *Procedimiento penal*. Madrid. Editorial Pirámide. 1992. Pág. 19.



Frente a ese modo de operar, también de antiguo se ha registrado un permanente esfuerzo por someter a reglas de derechos esa área de la intervención estatal. Se da, incluso, la paradoja de que hasta la tortura, aceptada como un medio procesal de investigación, estuvo reglada para evitar eventuales abusos. “Al punto de que, al precio evidente de una cierta perversión del lenguaje, en la historia del proceso europeo cabe hablar de formas de tortura con mayores y menores garantías para el imputado, en el transito del medievo al absolutismo”⁹¹.

Lo cierto es que, al ser la procesal-penal una actividad tan incisiva y de tantas consecuencias para los afectados, ha interpelado fuertemente a la filosofía moral, alentando una fundada preocupación por los usos instrumentados del ser humano concreto que, con tanta frecuencia, han tenido y tiene a aquél por escenario.

También desde antiguo, en la medida en que el fin institucional confesado y legitimador del proceso es obtener conocimiento válido sobre hechos punibles, se ha suscitado en torno a él un interés de método, dirigido a establecer las reglas precisas para dotarle de la mayor idoneidad en esa perspectiva. “Aquí se inscribe todo lo relacionado con las garantías estatutarias del juez, dirigidas, en último término, a asegurar su imparcialidad, como presupuesto de la tendencial objetividad del juicio, a la que miran más en concreto las garantías procesales propiamente dichas”⁹².

Suele decirse que en el proceso ha predominado históricamente la tendencia a hacer prevalecer el fin de averiguación de la verdad, por encima de cualquier

⁹¹ G. Amato. *Individuo y autoridad en la disciplina de la libertad personal*. Barcelona. Editorial Ariel. 1976. Pág. 91.

⁹² L. A. Muratori. *Defectos de la jurisprudencia*. Madrid. Editorial Cátedra. 1974. Pág. 119.



consideración. Pero esto no es del todo cierto en términos objetivos, porque es algo comprobado que el proceso penal inquisitivo, con la tortura como instrumento regular de investigación y, prácticamente, sin limitaciones en el desarrollo de ésta, no producía una verdad procesal de calidad, sino todo lo contrario. “El reo bajo tortura se confesaba autor no sólo delitos no cometidos, sino incluso de acciones de imposible realización”⁹³.

Es por ello que resulta necesario aclarar un error, desde luego, nada inocente, profundamente inscrito en el sentido común de la gente: las garantías en la intervención policial y en el proceso no solo aseguran un trato humano a las personas afectadas, sino también mayor probabilidad de acierto en la investigación. Así, pues, no se dan solo en beneficio del justiciable, como con frecuencia se afirma.

Las tres dimensiones aludidas están claramente presentadas en el curso de las vicisitudes que llevan hasta la actual disciplina constitucional del proceso penal, con la incorporación de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y regla de juicio. Y, en esa calidad, principio general necesariamente informador de un proceso de inspiración liberal-democrática.

Este sitúa a la presunción de inocencia en el punto inicial de su desarrollo por dos razones de valor bien acreditadas: que el proceso penal trata no solo con culpables, y que únicamente partiendo de una posición de neutralidad, es decir, de ausencia de prejuicios, es posible juzgar de manera imparcial.

⁹³ A. Manzoni. *Historia de la columna infame*. Madrid. Alianza Editorial. 1987. Pág. 106.



Por tanto, como regla de tratamiento del imputado, el principio de presunción de inocencia proscribire cualquier forma de anticipación de la pena; y obliga plantearse la cuestión de la legitimidad de la prisión provisional. Como regla de juicio, impone la asunción de las pautas operativas propias de la adquisición racional de conocimiento y de la argumentación nacional, por parte del investigador policial y procesal y del juez. Y, asimismo, exigencias precisas en materia de estatuto profesional de todos estos operadores.

En definitiva, lo expuesto hace ver cómo el principio de presunción de inocencia tiene para el proceso penal de inspiración constitucional una significación realmente central, de tal manera que muy bien podría decirse que el adecuado tratamiento de este último reclama un correcto desarrollo y articulación institucional de todas las implicaciones del primero. Por eso, un buen diseño del proceso penal pasa por una adecuada organización de la presunción de inocencia, la cual, a título de modelo sugerido podría fundamentarse en los siguientes requisitos:

4.3.1 La imparcialidad del juez y del Ministerio Público

El principio de presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio busca situar a quienes tienen la responsabilidad de establecer una verdad de hecho en materia penal en un posición inicial de neutralidad, que es la idónea, tanto para quien debe conducir una investigación de manera objetiva como para el encargado de valorar, en un momento posterior, la calidad explicativa de las hipótesis que puedan resultar de la misma.



Es de común aceptación que para la averiguación de verdades, de hecho, el método más acreditado es el dialéctico, controversial o dialógico, cuyo paradigma rector tiene una consagración en la popular afirmación de que *de la discusión sale la luz*.

Este principio de experiencia cristaliza en la feliz expresión: “la verdad es como la luz, que brota de la colisión de dos cuerpos, al ser golpeados uno contra el otro”⁹⁴.

En una y otra forma formulación, aparecen condensados el fundamento y el modo de articulación del proceso contradictorio que, para ser tal, precisa partir de una afirmación inicial, un primer intento de explicación, (la imputación, en este caso), que el afectado tendrá derecho a discutir, desde el inicio, ante un sujeto imparcial.

Lo anterior, dicho en términos procesales, supone que quien afirma (en este caso, algo contra alguien) debe probarlo; que el ofendido por esa afirmación comprometedora tiene derecho a defenderse; y que la decisión correspondiente debe pronunciarse desde la imparcialidad.

La efectividad de estas exigencias reclama la concurrencia de otras complementarias que pueden, a su vez, concretarse en el requerimiento de que el correspondiente debate se haga en posiciones parciales de igualdad y en un marco dotado de visibilidad o transparencia, que deberá proyectarse y brillar, asimismo, en la decisión.

⁹⁴ A. Nobili. *La lógica de probabilidades aplicada al proceso penal*. Barcelona. Editorial Paidós. 1986. Pág. 29.



La independencia judicial como valor ha sido, por lo general, objeto de una consideración casi exclusivamente política o político-constitucional. Es decir, tratada bajo el prisma de la relación de la magistratura o del juez con las otras instancias estatales de poder. Pero lo cierto es que puede decirse que, desde antiguo, nunca ha faltado conciencia de que el principio está cargado de implicaciones epistémicas. Algo que se expresa muy bien en la toma de posición de Beccaria, antes citada; y asimismo en la bien expresiva de Muratori, al referirse también a “la *indiferencia* como un atributo necesario del juez ante el caso sometido a su consideración”⁹⁵.

Por tanto, en esta aproximación, el fundamental principio organizativo de independencia es además un presupuesto de los requisitos de método que, desde el ámbito externo al proceso, y dirigido a todos los sujetos institucionales responsables de su gestión, vierte en él, bajo forma de imperativo de imparcialidad o desinterés por todo lo que no sea la determinación de lo efectivamente sucedido en la realidad objeto de examen, a fin de verificar después, si responde o no al supuesto de hecho de un precepto del Código Penal.

En el asunto concurre, pues, junto a la dimensión formal-estatutaria la propiamente procesal y, también otra de naturaleza cultural.

La dimensión procesal remite a los derechos de las partes, cuyo reconocimiento efectivo es lo que hace posible una correcta distribución del espacio escénico entre los actores del proceso, cada uno de los cuales debe hallarse en

⁹⁵ L. Muratori. Op. Cit. Pág.. 119.



condiciones reales de ocupar en plenitud su propio campo, como garantía de que los otros no desborden el que, también a su vez, les corresponde como propio.

Al respecto, hay que decir que la posibilidad de contradecir es una exigencia que, aunque en general ha estado solo asociada al momento del juicio verdadero y propio, es también necesaria como garantía de calidad en la fase de investigación, en el que la imparcialidad (capacidad de neutralidad) del juez o del órgano encargado de la misma es igualmente imprescindible. Claro es que, según está comúnmente aceptado, la vigencia del principio de contradicción en esta fase puede admitir derogaciones ocasionales (en particular, cuando se trata de ciertas clases de delincuencia de singular gravedad); pero que han de ser tratadas siempre como tales, con el carácter limitado que corresponde a todo lo que entraña una excepción a la regla general.

Cuando la investigación se encuentre atribuida al Fiscal, la necesidad de que este goce de una posición asimilable idealmente a la del juez es bien obvia, puesto que la finalidad institucional de su actuación es la misma. Se ha especulado con la conveniencia de que el Ministerio Público actúe bajo la dependencia del poder ejecutivo, como forma parte de garantizar la unidad de su actuación y de dar organicidad a la política criminal que se manifiesta a través de esta. El asunto lleva un poco lejos del preciso objeto de esta intervención, a cuyos efectos hay que decir que, en la perspectiva del caso y de los derechos fundamentales que en él están siempre en juego, es de rechazar cualquier dependencia que pueda representar un diafragma entre el órgano de la investigación y la ley y, por tanto, incidir negativamente en ese principio de neutralidad en el punto de partida al que se ha hecho mención.



A las fuertes razones de principio y de método que vienen siendo aludidas, cabe añadir otra bien abandonada por la experiencia y es que la dependencia política del fiscal ha servido de manera preferente o exclusiva para desactivar su capacidad de iniciativa o neutralizar los resultados de la misma, en procesos seguidos por posibles ilegalidades de sujetos públicos.

Por tanto, si se trata de hacer efectivo el principio de contradicción como fundamento del proceso penal de inspiración constitucional, es preciso dotarlo de un órgano investigador con la aptitud necesaria para responder de forma lineal a sus exigencias inderogables. En este punto no existe alternativa. El legislador tiene ante sí un abanico de opciones, pero no está a su alcance conferir estatuto de jurisdiccional a aquellas formas de persecución de la delincuencia que no respondan a las exigencias constitucionales y de principio a que se ha venido haciendo mención.

Con la dimensión cultural se quiere aludir a que la eficacia real del modelo reclama de sus actores un fuerte compromiso con los principios que se trata de aplicar y una conciencia clara de todas sus implicaciones. Pues resulta evidente que existen rutinas heredadas, opuestas a ellos y profundamente arraigadas en el tejido institucional y en la lógica del funcionamiento de los órganos del Estado, a la que solo es posible sustraerse haciendo uso de una despierta conciencia crítica, debidamente informada por la necesaria sensibilidad a la naturaleza de los bienes y valores en juego.



4.3.2 La imputación y el estado jurídico del imputado

Imputar, en sentido técnico, es la acción de un sujeto institucional consistente en señalar a alguien como posible autor de una acción delictiva, poniendo, en principio, está a su cargo. Se trata de un tipo de intervención que, obviamente, no puede ser arbitraria, ni responder a meras sensaciones o golpes de intuición, sino que ha de contar necesariamente con un soporte de datos o indicios, dotados de la objetividad precisa para que resulten comunicables a terceros y susceptibles de comprobación en un proceso penal. Pues toda imputación está pre ordenada a la apertura de un trámite de esta clase.

En ese sentido, para el caso de Guatemala, es el Ministerio Público, en principio, quien posee la de capacidad legal imputar, para constituir un cierto *status*, que conlleva una variación relevante en la situación precedente de la persona a quien imputa.

La imputación del Ministerio Público coloca al afectado por ella en la situación de investigado, que impone determinados gravámenes y, eventualmente puede conllevar la privación cautelar de libertad, bajo la forma de detención a disposición judicial. Normalmente, la sujeción a proceso *stricto sensu* requiere una decisión judicial, que puede no ser autónoma y precisar del previo ejercicio de la acción penal por otro sujeto, cuando el juez no está facultado para proceder de oficio.

De este modo, la imputación, en sentido estricto, implica una afirmación de hecho (ha pasado algo penalmente relevante); un juicio (provisional) de correspondencia de cierta acción con un tipo de delito; la atribución (asimismo en principio) de su



autoría a un sujeto; y la decisión de iniciar contra este una actividad de persecución de la cual y dentro de la cual tiene derecho a defenderse. La imputación judicial, por razón de su mayor trascendencia y porque, dados los presupuestos, deberá estar dotada de mayor grado de elaboración, implica también un mayor componente decisonal.

Que la imputación no puede ser arbitraria quiere decir, como explica Cordero: “que ha de suscitar reflexivamente un tema de decisión sobre el que alguien tendrá que pronunciarse. Este versará sobre un hecho que debe ser descrito, ya desde el inicio, con un mínimo de plasticidad y precisión”⁹⁶.

La imputación tiene que ser verosímil, es decir, “lo que en ella se afirma debe conformar “una hipótesis plausible según el orden *normal* de las cosas”⁹⁷. Esa Hipótesis ha de aparecer *prima facie* como susceptible de comprobación. Con ese fin, el que imputa está obligado a fundar ya su afirmación en datos. Así, no sirve como base para imputación una sospecha imprecisa, por ejemplo, por razón de intuición, que no cuente con apoyo en una información verbalizable e intersubjetivamente valorable.

Esta exigencia es la traducción procesal del principio del hecho de materialidad de la acción, propio del derecho penal sustantivo, que condiciona la legitimidad de toda iniciativa dirigida al ejercicio del *ius puniendi* a la individualización de una conducta, a primera vista típica, es decir, descrita en un precepto del Código Penal.

⁹⁶ F. Cordero, F. Op. Cit. Pág. 77.

M. Taruffo. *La prueba de los hechos*. Madrid. Editorial Trotta. 2002. Pág. 183.



El imputado, por su *status* de sujeto afectado por el ejercicio de un poder que se presta al abuso, debe gozar de un régimen de garantías. Será informado de inmediato de los términos de la imputación y de los derechos que le asisten, en concreto, de que no está obligado a declarar. No puede ser detenido más que de conformidad con la ley, que ha de ser interpretada restrictivamente, y durante el tiempo estrictamente necesario.

Y, si lo fuera, deberá poder comunicar su situación a quien él decida y gozar de efectiva asistencia letrada y de asistencia médica. Cuando, como ocurre con la mayor frecuencia, la primera intervención no sea judicial, el afectado por ella tendrá que ser puesto tan pronto como sea posible, y, desde luego, dentro del plazo legal, a disposición judicial. En este punto es necesario salir al paso de un tópico muy extendido: la tendencia, frecuente en medios policiales, y no solo en ellos, a actuar como si existiera una suerte de derecho a disponer discrecionalmente de todo el plazo legal de detención: cuando lo cierto es que lo único que legitima el mantenimiento de la medida es la permanencia de la necesidad de realizar actuaciones que constitucional y legalmente la justifiquen en el supuesto concreto.

Producido el traslado al juez de la denuncia o de la imputación y, con ello, la apertura de un proceso verdadero y propio, el estatuto del imputado se articula en torno a garantías que constituyen otros tantos derechos:

- a. A una inicial valoración racional y conforme a la ley por parte del juez, de los datos de que disponga.



- b. A la comunicación inmediata del resultado de esta.
- c. A ser ilustrado de forma suficiente sobre el contenido de la imputación.
- d. A ser oído sobre la misma, sin obligación de declarar.
- e. A no decir la verdad.
- f. A defenderse en todas las fases del proceso.
- g. A intervenir activamente en este y a comunicarse con el juez.
- h. A que no se alteren los términos de la imputación sin que se proceda en todo caso con las garantías propias de esta.
- i. Al sobreseimiento de la causa cuando no existan méritos para mantenerla abierta.
- j. A no ser acusado sin que exista imputación previa.
- k. A que no se produzca la apertura del juicio si la acusación carece *prima facie* de viabilidad.
- l. A contestar la acusación.
- m. A proponer prueba.
- n. A la práctica de esta conforme a la ley.
- o. A pronunciarse sobre el resultado de la misma.
- p. A la última palabra.
- q. A recurrir las resoluciones que le afecten.

En el contexto de los que acaban de enumerarse, tiene particular relevancia el derecho a mentir. Y esto porque en ambos se expresa un cambio de paradigma en el modo de concebir el proceso penal. En efecto, en el proceso penal acusatorio, el impugnado deja de ser mero objeto de investigación o de enjuiciamiento, para convertirse en sujeto con derechos en el marco de la causa. En este contexto, es esencial el de no declarar contra sí mismo, que convierte el interrogatorio de aquel en un medio de defensa, que él puede administrar, y no es un medio de prueba y, menos aún en el de prueba por excelencia.



Con ello se da satisfacción a una elemental exigencia de humanidad, derivada de la calidad de instrumentos de adquisición de conocimiento de carácter *contra natura*, que caracteriza a las declaraciones autoinculpatorias, cargadas además de connotaciones religiosas de neto sabor inquisitorial. Y es, “a la vez, un modo de evitar toda forma de presión ilegítima (de tortura, al fin), dirigida a hacer hablar al imputado”⁹⁸.

Se ha hablado de derechos, ¿cabría hacerlo también de obligaciones del imputado? La respuesta es: no. Y la razón, que este tiene la condición de tal porque se halla sometido al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Así, su *status* es el resultado de una decisión y de una imposición ajena, por tanto, de sujeción, y no efecto de una opción que pudiera o no hacerse en el uso de la propia autonomía. Obviamente, tampoco es de su ámbito de responsabilidad el dar impulso a la causa, ni siquiera en propio beneficio; puesto que el órgano público encargado de la persecución, en ausencia de datos que la justifiquen, tendría que poner fin a esta por falta de presupuestos legales para mantenerla en vigor.

No obstante, como obligaciones se han señalado: la de responder a la pregunta sobre *las generales de ley*, en cualquier caso, obligación no susceptible de ejecución forzada, y carente de consecuencias. Y también la de no hacer declaraciones injuriosas ni calumniosas, que no parece que fuera una obligación específica del imputado. Sí puede decirse que sobre el imputado pesa el deber de no alterar el orden en la sala del juicio, que está conminado con la expulsión de la misma.

⁹⁸ J. Maier. *Derecho procesal penal i. fundamentos*. Buenos Aires. Ediciones del Puerto. 1996. Pág. 664.



Si cabría hablar, en cambio, de cargas procesales, en la medida en que el imputado puede hallarse en situaciones que le exijan la adopción de una determinada iniciativa conforme a la ley, si quiere obtener un cierto resultado dentro del proceso. Por ejemplo, si en un cierto momento quisiera ser oído nuevamente, tendría que solicitarlo; o estar en el proceso si tiene interés en defenderse en él; y de formalizar un recurso si quisiera beneficiarse del derecho a la doble instancia.

4.3.3 La dimensión gnoseológica de investigar para juzgar

Pertenece a la propia naturaleza y cometido institucional del proceso la distinción, dentro de él, de las fases tradicionales, impuesta por la necesidad de determinar, con carácter previo, si se dan las condiciones precisas para abrir el juicio.

La experiencia procesal penal en sentido amplio, es decir, comprendida la investigación policial cuando se da, comienza a partir de un hecho que rompe gravemente la normalidad, al punto de interesar al Derecho penal. En el origen de cualquier actuación de esa clase, para que no sea arbitraria, tiene que existir lo que aparece, *prima facie*, como resultado de una acción humana que pudiera ser criminalmente relevante. Es, pues, el criterio de la relevancia jurídica lo que, a partir de un cierto dato fáctico, desencadena el proceder institucional.

Este deber arrancar de ese resultado para remontarse racionalmente a su causa, siguiendo un procedimiento que aquí está legalmente pautado, pero que, en



esquema, es el propio de cualquier indagación sobre hechos. Se trata de *razona hacia atrás*.

En efecto, Ministerio Público y la Policía, ya en el escenario del delito, aparte de tomar eventuales medidas cautelares para limitar sus consecuencias dañosas, formularán una o varias hipótesis, es decir, un primer intento de explicación de lo sucedido, que les servirá como guía para orientar su actuación ulterior. Será una hipótesis de trabajo, probablemente elemental si, los datos no dan para más, pero sin la cual, la realidad observada sería muda para él.

La particularidad es que, tratándose del proceso penal, la hipótesis, si sugiere la intervención de un sujeto en el hecho, es ya una imputación de delito, lo que hace que junto a las implicaciones epistémicas, planteen otras de naturaleza jurídico-constitucional y procesal; puesto que el objeto de la investigación es un sujeto con derechos, cuya inocencia se presume. Estas últimas se presentan como un límite o regla de uso de las primeras.

Si la hipótesis es suficientemente explicativa y puede ser apoyada con medios de prueba susceptibles de utilización, el Ministerio Público solicitará la apertura del juicio. En otro caso, el juez debería optar por el sobreseimiento.

En el juicio, la hipótesis se presenta *sub specie* de acusación, en la que, con apoyo en el resultado que se espera obtener de los medios de prueba ofrecidos, se pone la acción delictiva a cargo de algún sujeto, aquí ya acusado, en sentido formal. Este puede disponer, a su vez, de una hipótesis alternativa, con la que tratar de explicar lo sucedido; o bien, limitarse a negar. En cualquier caso, el juicio



es un foro de debate sobre una o varias hipótesis acerca de un hecho. El Debate idealmente está regido por las reglas del discurso racional.

El modelo expuesto, bajo un prisma epistémico es, en realidad, el modelo procesal conocido como proceso acusatorio, sujeto al principio de contradicción; que se resume en la formulación de una hipótesis, en el debate sobre ella, y en la decisión motivada a cargo de un sujeto imparcial.

Para que tal debate sea efectivo y de calidad, es preciso que concurren dos grupos de garantías. Las del primero podrían llamarse *estructurales* y son: imparcialidad del juez; carga de la prueba sobre el acusador; la plenitud del derecho de defensa. Las del segundo, de carácter *instrumental y funcionales a la efectividad de las primeras*, son: conocimiento de la defensa de todas las circunstancias y medios de prueba que obren en la acusación; posibilidad efectiva de contradecir y de alegar; legalidad de las actuaciones; motivación de las decisiones.

Las leyes procesales de inspiración liberal suelen responder, al menos tendencialmente, a este esquema ideal. En efecto, en materia de investigación rige, por lo general, el paradigma indiciario: no se debe proceder en ausencia de indicios mínimamente objetivables. Y la investigación debe ajustarse a determinadas reglas: conservar y documentar adecuadamente los vestigios del delito; identificar con rigor a los implicados; indagar la autenticidad de la eventual confesión del imputado; evitar las preguntas contaminantes en los interrogatorios; dejar constancia de las fuentes de conocimiento de los datos relevantes.



4.3.4 El deber jurídico de motivar las decisiones judiciales

Existe una marcada tendencia a referir, de manera exclusiva, el tratamiento de la motivación al momento de la elaboración de la sentencia. Y, en efecto, la importancia de esta clase de resoluciones confiere al deber de justificarlas un relieve singular. Pero no son las únicas que en el ámbito procesal e incluso pre-procesal, deberían contar con semejante apoyo.

En efecto, la práctica generalidad de las decisiones, a veces incluso, también las conocidas como de mero trámite, interesan a los derechos del afectado por ellas y esta evidencia reclama seriedad y rigor en la adopción de las mismas.

Por lo general, se piensa en la motivación como un deber que proyecta su eficacia garantista hacia sujetos distintos del que resuelve. A los que este se encuentra obligado a dar una explicación que justifique su modo de proceder. Pero el deber de motivar cumple también una función esencial que es previa en el orden lógico y en la economía del proceso decisional.

Es la consistente en obligar al sujeto decisor, en tanto que sujeto de poder, a verificar y controlar por sí mismo la racionalidad y el fundamento del propio discurso, haciéndolo explícito a través de la motivación. De este modo, el juez, pero también el fiscal, obligados a interrogarse seriamente acerca de los motivos, del porqué de decidir de un determinado modo, comprobarán la calidad de esas razones o su inexistencia.



Así, habrá fundamento para resolver, por ejemplo, en el sentido de la imputación de la denuncia, cuando quepa afirmar con una razón argumentable que, en principio, los rasgos del caso, suficientemente objetivados, guardan relación de correspondencia con los caracterizadores de un supuesto de hecho tipificado en el Código Penal, que cupiera atribuir a alguien en calidad de autor. En cambio, faltará aquel cuando eventuales impresiones o datos de la experiencia, no resulten verbalizables y susceptibles de someter a una valoración intersubjetiva.

Frente a consideraciones como ésta suele responderse que no es realista someter, sobre todo a los funcionarios policiales, a un deber tan constrictivo, que podría llevarles, se dice, incluso, a la parálisis en su actuación. Pero la objeción no es seria. Lo que se reclama es que, quien tiene competencia para decidir de un modo que comporta para otros la limitación de sus derechos, lo haga a partir de datos, *prima facie* ciertos, y legalmente habilitantes para operar de esa manera, que presten fundamento objetivo a la investigación. Es decir, que no opere gratuitamente, con arbitrariedad.

No sería legítimo proceder en plan prospectivo, o sea, para ver qué pasa, sino tan solo hacerlo porque en realidad se pueda decir que ha pasado o estaría a punto de pasar algo relevante. Y no se trata de imponer deberes desproporcionados para el bagaje cultural de los eventuales sujetos de la decisión. En materia de actuaciones policiales, por ejemplo, lo requerido no tendría por qué ser un elaborado discurso motivador sino una explicación sencilla, acorde con el nivel cultural del operador, pero racionalmente fundada y que se demuestre intelectualmente honesta. En definitiva, la misma que algún día el investigador policial habrá de dar a la defensa del acusado cuando le interroga en el juicio acerca del porqué de haber actuado contra aquel como lo hizo.



Por eso, aunque habitualmente la sede disciplinar de la motivación está en el ámbito del tratamiento de la sentencia, lo cierto es que en la misma cobra expresión un deber que cubre toda la secuencia de actuaciones procesales del indicado relieve, que tienen que responder necesariamente a motivos realmente existentes, identificables como tales y susceptibles de comunicación para su conocimiento y valoración por terceros.

Es cierto que se trata de un deber que compromete a todos los operadores con la línea de actuación exigente, pero es la que corresponde al rango de los bienes y valores en juego; y la única, en rigor, capaz de asegurar siempre el máximo valor probatorio a los resultados obtenidos en cada caso.

Por otra parte, ofrece a todos aquellos, indudables compensaciones en el plano de la profesionalidad. Primero, porque una actuación de calidad en materias tan sensibles para los derechos es moral y deontológicamente la única que cabe. En segundo término, “porque sólo el modo de proceder que se postula puede dotar a esas prácticas de la legitimación imprescindible ante los afectados y frente a la ciudadanía en general”⁹⁹.

Por lo demás, es obvio que la actuación policial, y la de investigación en general, no sea un fin en sí misma; y, solo podría producirse porque exista motivo fundado para considerar que se está en presencia de una acción delictiva, ya acontecida o de la que cabe pensar con fundamento que podría tener lugar.

⁹⁹ P. A. Ibañez. Op. Cit. Pág. 131.



En este sentido, toda iniciativa de esa índole deberá acometerse, necesariamente, con la conciencia de que, en algún momento, tendrá que ser justificada ante una autoridad judicial. Esto es, será preciso acreditar que, cuando se produjo, había razones argumentables para obrar como se hizo, a tenor de algún imperativo legal.

El mismo esquema es referible a las actuaciones del fiscal y del juez de instrucción, que precisan siempre de cobertura normativa, por la concurrencia de elementos fácticos coincidentes con una previsión legal.

4.3.5 La instrucción y la necesidad de autonomía del proceso

El tratamiento tradicional del proceso penal como producto de la integración de dos fases (investigación y enjuiciamiento) se ha alimentado de una ficción: bastaría con que los principios de imparcialidad del juez, carga de la prueba para la acusación y derecho de defensa estuviesen suficientemente reconocidos en el segundo de ambos momentos, para que pudieran considerarse satisfechas las exigencias de método de obtención de una verdad de calidad.

El resultado, bien conocido, es que el juicio ha sido, en general, una pantomima, mera confirmación ritual de los resultados de la instrucción; del mismo modo, que esta, con frecuencia, se ha visto degradada a pura sanción burocrática de la previa actuación policial. Tal es el problema que plantea el proceso de inspiración napoleónica, conocido como acusatorio-formal. Es decir, que, en él, la sujeción del



juicio a las reglas del contradictorio no permitiría subsanar retroactivamente el déficit de garantías de la instrucción o, lo que es lo mismo, aportar equilibrio a las posiciones de las partes, previamente desequilibradas de manera esencial e irreversible en perjuicio del imputado.

Un problema similar se plantea en el proceso propio del mundo anglosajón, en el que el investigador oficial, en una posición de preeminencia, tiene el cometido exclusivo de preparar, unilateralmente, la acusación, de la que el afectado solo tendrá conocimiento y posibilidad de defenderse una vez formulada.

En los dos modelos se hace patente, en realidad, el exclusivo interés estatal en la función de acusar, como si en la de defender no estuviera presente un interés también público y constitucional. De este planteamiento la injusticia ya fue denunciada por Bentham con toda razón, para reclamar “la creación de un ministerio de defensa”¹⁰⁰.

En efecto, si las garantías del imputado tienen algún sentido, han de cubrir todo el curso de las actuaciones en las que sus derechos puedan verse comprometidos. Y con mayor motivo aquellos momentos de las mismas dotados de mayor intensidad constrictiva y que resultan menos transparentes.

En el terreno de estas consideraciones se inscribe la polémica en curso sobre el papel y el estatuto del instructor o investigador judicial, y el cuestionamiento de

¹⁰⁰ J. Bentham. *Tratado sobre la organización judicial y la codificación*. Madrid. Alianza Editorial. 1983. Pág. 88.



que se ha hecho objeto a la figura histórica del juez de instrucción de inspiración napoleónica.

Lo fundamental de los reproches dirigida a este se cifra, de un lado,, en la acumulación de poder que implica protagonizar la indagación y estar dotado, al mismo tiempo, de competencia para decidir sobre la libertad del imputado, desde la posición inevitablemente parcial que atribuye la condición de investigador, máxime si es realizada desde una posición de poder. En efecto, disponer la prisión provisional de la persona sobre la que se está indagando es, se quiera o no, formular un juicio de condenabilidad. Y, de esa forma, emitido este, el riesgo de orientar las sucesivas actuaciones a confirmar esa hipótesis, como única forma de legitimar aquella decisión, es casi insalvable.

No en vano es hoy ya un tópico jurisprudencial que el dato de haber asumido con carácter previo la calidad de instructor inhabilita para juzgar con la necesaria imparcialidad objetiva. No, evidentemente, porque se presuma ningún propósito de perjudicar al afectado, sino porque la previa implicación en una actividad de investigación conducida de manera unilateral, es decir, sin contradicción, se habrá traducido, normalmente, en la anticipación de un criterio sobre la autoría y responsabilidad en los hechos.

Si la investigación es, como se ha dicho, una actividad dirigida a la formulación de una hipótesis acusatoria dotada de suficiente calidad explicativa, parece obvio que no sea el formulador de la misma, demasiado implicado en ella desde dentro, el encargado de su evaluación. Es por lo que, como ocurre, por ejemplo, en la comunidad científica, también aquí la acusación debe ser sometida al juicio imparcial de quienes se encuentren en condiciones estatutarias de operar con



distancia crítica y sin otro interés que el de obtener un conocimiento racional y fundamentado, de lo efectivamente sucedido en el caso a examen.

El juicio aparece, así, configurado como momento nuclear del proceso, en el que mediante la valoración de los datos probatorios aportados por la acusación y la defensa, el juzgador llevará a cabo una evaluación de las respectivas hipótesis en contraste. Es, pues, el momento y lugar de comprobación de la calidad de las explicaciones del caso ofrecidas por las partes. Explicaciones forjadas con datos obtenidos inicialmente en la fase de investigación, pero que deben ser contrastadas en la vista pública por el tribunal de instancia que, idealmente y salvo algunas excepciones, solo debería conocer en virtud de las actuaciones producidas a su presencia. Este planteamiento de fondo, cifrado en la autonomía y la centralidad del juicio, es el propio del vigente paradigma constitucional, que tiene muy en cuenta ciertas peculiaridades de la actividad investigadora, que obligan a tratar sus resultados con cautela.

La primera es que, en general, como se ha dicho, la investigación implica intensamente a quien la realiza, reduciendo su capacidad de crear distancia crítica respecto de la propia actuación que, así, resulta inevitablemente teñida de parcialidad objetiva. La otra es que la investigación policial transcurre en un marco sin transparencia, muy constrictivo para quien es objeto de ella y presunto inocente, con frecuencia, privado de libertad. Ambas circunstancias generan una marcada asimetría en las posiciones de los interesados, con el consiguiente riesgo de unilateralidad en la formulación de los resultados. De ahí el tópico jurisprudencial ya aludido.



En las dos peculiaridades apuntadas, se hace evidente que la meta separación y distinción de la actividad investigadora de la de enjuiciamiento tiene una fuerte razón de método, pues el proceso es un medio de adquisición de conocimiento; pero, también, muy en especial, otro con una marcada dimensión de garantía de derechos. Ya que el objeto de investigación es una persona, cuya dignidad debe ser respetada. Esta segunda exigencia cobra particular relieve en el ámbito de la investigación policial, que se desarrolla en un marco en el que todavía no se han activado los mecanismos constitucionales de garantía previstos para las actuaciones judiciales. Hecho de singular relevancia que no puede perderse de vista en ningún momento y que impone un claro tratamiento diferencial de las informaciones obtenidas en esa fase pre-procesal.

A tenor de lo que acaba de exponerse, es patente la necesidad de que la sentencia se elabore a partir de datos probatorios obtenidos en régimen de contradicción y de manera autónoma por un sujeto institucional ajeno a la investigación, de la que el juicio no debe ser la mera transposición mecánica que fue durante mucho tiempo.

El carácter fuertemente condicionante de las ulteriores actuaciones que distinguen a la instrucción criminal y la intensidad con que esta afecta a los intereses personales más sensibles, hace imprescindible que en su desarrollo se garantice el máximo de imparcialidad y de respeto a estos últimos. De ahí la necesidad de que en esa fase procesal, esté presente una figura dotada de estatuto judicial que desempeñe con eficacia funciones de garantía, porque durante la misma se ha de preparar no solo la acusación, sino el juicio. Lo que requiere preservar para este, tanto lo que se orienta en el sentido de la imputación, como asimismo todo lo que pueda operar en favor de la defensa. Por lo ya dicho de que si el Estado está



interesado en el ejercicio del *ius puniendi*, existe también un objetivo interés constitucional en la garantía de la presunción de inocencia.

En definitiva, en el momento de la instrucción debe darse satisfacción a las exigencias estructurales del proceso acusatorio, mediante el aseguramiento de un trato equilibrado de todos los intereses relevantes en presencia. O sea, tanto los personificados por la acusación como los que encarna la figura de la defensa.

Hay tendencia a ver en esta propuesta una actitud de fondo que sería favorecedora de la posición del imputado en el proceso, en perjuicio objetivo del desarrollo de la función investigadora. Pero no es verdad.

Lo que sí es cierto, es que ese paradigma, el de la presunción de inocencia, desplaza el centro del proceso hacía medios probatorios distintos del interrogatorio del imputado. Este, en efecto, deja de ser la prueba reina, para convertirse esencialmente en un medio de defensa de aquel, que es libre de decir, simplemente, que en el proceso de inspiración liberal-democrática se ha renunciado a la tortura como forma legítima de adquisición de conocimiento; a todas las modalidades de tortura, incluidas las blandas. Y que, por tanto, no cabe ejercer ningún tipo de constricción sobre el imputado para obligarle a aportar datos contra sí mismo; la consecuencia es que el núcleo de la actividad investigadora lo constituye ahora otra clase de actuaciones, como el núcleo de la actividad jurisdiccional debe versar sobre otra clase de pruebas.

Tal opción, que nadie discute explícitamente, pero que en la práctica encuentra muchas formas de resistencia, obliga a orientar la obtención procesal y policial de



conocimiento en otras direcciones y hacia otras fuentes, como las de carácter testimonial, documental, entre otras. Y en el caso del investigador exige actitudes más depuradas desde el punto de vista, no solo deontológico, sino técnico instrumental.

En el proceso inquisitivo, gozar de la falta de escrúpulos necesaria para hacer hablar al imputado mediante intimidación o violencia, podría ser bastante para calificarse como un investigador eficiente. En el proceso de inspiración constitucional, es obvio que ya no puede ser así, y no solo por razones de carácter ético, que ya serían suficientes, sino incluso de eficacia en la obtención de conocimiento de calidad; dicho de forma simple, entre el investigador y el verdugo hay más diferencias que la de la textura moral.

En definitiva, la necesidad de propiciar un trato adecuado a los valores y derechos fundamentales en juego, en el ámbito de la instrucción y la necesidad de hacer de esta, un espacio institucional apto para obtener una verdad de calidad, obliga a adaptar ese espacio procesal a las reglas del juicio contradictorio. Esto requiere, que tanto el investigador judicial como la defensa, puedan desempeñar adecuadamente su papel, y por eso también la presencia de un sujeto institucional en condiciones de dar satisfacción adecuada a las exigencias de garantía de los derechos en riesgo, cuyo respeto debe ser actual y no quedar aplazado al momento formal del juicio.

La calidad de investigador acarrea un déficit de imparcialidad objetiva, en el sentido de que, predispone a la anticipación del juicio definitivo. Es una consecuencia inevitable, que está asociada a la propia naturaleza del rol de que se trata y cuyos efectos negativos se neutralizan transfiriendo el enjuiciamiento a



un momento institucional distinto y ulterior, atribuyendo esta función a un órgano diferente.

Pero hay otra dimensión de la imparcialidad, la subjetiva, que debe ser asimismo asegurada. Tratándose de la instrucción, se atenta contra la misma cuando el encargado de realizarla hace propio algún interés que desvía su actuación del imperativo constitucional de persecución de un único fin: la búsqueda de la verdad; obviamente, en el respecto de las reglas.

Una quiebra de esta dimensión de la imparcialidad se produciría cuando el instructor orientase su trabajo, en el sentido de favorecer interesadamente al imputado, pero también si la desviación de poder se produjera en sentido contrario.

En definitiva, cualquier desviación de las exigencias derivadas de una determinación de los hechos tendencialmente objetiva y de una recta aplicación del derecho, comportará infracción del deber de imparcialidad.

Es lo que hace necesario que todos los sujetos que intervengan en la investigación, gocen de un estatuto profesional que les constriña a actuar como órganos del derecho, ajenos por tanto, a sugerencias interesadas, entre ellas, las que pudieran tener que ver con la oportunidad política.

Por eso, es imprescindible que exista un órgano investigador dotado de una ubicación institucional y de un estatuto que lo haga apto para operar de manera



real, conforme a las reglas constitucionales y procesales del juego y bajo la efectiva dependencia funcional de la autoridad judicial; o sea, a salvo de cualquier posible instrumentalización en función de otros intereses que no sean los del proceso.

4.3.6 La función jurisdiccional en la imposición de medidas de investigación que restrinjan derechos

Sin duda, el rasgo más relevante de la investigación de los delitos es que comporta actuaciones que pueden comprometer de manera esencial los derechos de los concernidos por ella, dicho de manera más rotunda, hay actuaciones judicialmente autorizadas y legalmente justificadas que, en sus efectos inmediatos, se asemejan extraordinariamente a modos de operar que son constitutivos de delito. Por ejemplo, la casa allanada ilegalmente presentará un aspecto tan desolador como la que lo hubiera sido con el preceptivo mandamiento judicial.

En realidad, hay modalidades de la investigación procesal, como las entradas en domicilios, las interceptaciones telefónicas, las intervenciones corporales, entre otros, que afectan de manera profunda a derechos fundamentales del máximo rango constitucional, como: la dignidad de la persona, la integridad física y moral, la libertad, la intimidad personal y familiar, entre otros.

La relevancia de los derechos en juego, generalmente fundamentales, reclama para esa clase de actuaciones la existencia de una previa habilitación constitucional, y de los necesarios desarrollos que, en el plano de la legalidad ordinaria, circunscriban de manera suficiente las formas de intervención, que



deberán ser judicialmente autorizadas y practicadas en un marco procesal, con las consiguientes garantías.

Esta última exigencia no se satisface, sin más, por la mera intervención del juez, sino que esta deberá ajustarse a determinadas exigencias de jurisdiccionalidad, que se condensan en los deberes de motivación y de control así como de vigencia efectiva del principio de contradicción, siempre que sea posible. Por la clase de valores en juego, como se ha dicho, pero también porque el resultado de tales diligencias puede llegar a gozar de notable relieve probatorio y, una vez realizadas, se hace muy difícil para el afectado una defensa *ex post* frente a los elementos de cargo que de ellas pudieran haber emergido materialmente.

Tratándose como se trata, de medidas caracterizadas por una fuerte carga de lesividad para derechos fundamentales como los aludidos, es necesario asegurar que solo serán autorizadas cuando su uso aparezca suficientemente justificado: porque resulta proporcionado, a tenor de la gravedad de los hechos, objeto de investigación y de la calidad de los derechos eventualmente lesionados; y porque no exista otro medio actual de operar que sea menos gravoso.

En este ámbito, hay cierta tendencia a describir las correspondientes situaciones como caracterizadas por la contraposición de dos órdenes de valores: uno de carácter público, representado por el ejercicio del *ius puniendi*, y otro de naturaleza privada, el constituido por el interés del particular afectado. Pero en realidad, y como ya se ha dicho antes, la confrontación se da entre dos intereses de carácter público: el primero a que acaba de eludirse, y el de la preservación de los derechos fundamentales de alguna persona, en particular, la presunción de inocencia.



En ese contexto, es claro que la intervención judicial no puede ser meramente adhesiva, esto es, no puede constituir un puro trámite colateral de la actuación policial, como, por lo demás, ocurre con demasiada frecuencia.

Las medidas de referencia deben ser de carácter estrictamente judicial y aunque la solicitud de su empleo puede provenir de la policía, la decisión sobre el particular ha de ser autónoma. Lo que significa que debe ir precedida de la apertura de un proceso y de la aportación al juez de todo el conocimiento relevante disponible en ese momento; o lo que es lo mismo, la policía debe dar traslado al juez de todos los antecedentes de la investigación, pues la entrada y registro, la interceptación telefónica, no pueden ser un momento más de la investigación policial; la autorización del juez no puede degradarse a simple validación de actuaciones ajenas, su estatuto es el propio de actos de investigación judicial, y, en tal sentido, procesales.

De esto se deriva, para el juez, una intensa exigencia de profesionalidad y de defensa de su propio ámbito, impuesta por la reserva de jurisdicción que opera en la materia; su actitud, tiene que ser la propia de un órgano de garantía y, por tanto, fuertemente crítica en relación con las actuaciones cuyo control le concierne.

Así, frente a una solicitud policial de autorización de entrada en un domicilio o de intervención de un teléfono, no será suficiente la afirmación de que se tiene conocimiento de determinados datos; las policías de todo el mundo se dirigen a los jueces en términos particularmente enfáticos, los delitos investigados son siempre gravísimos y están, también siempre, a punto de ser cometidos. Las informaciones de que se disponen son siempre de la máxima fiabilidad y



confidenciales; lo que impone un estricto deber de reserva, pretendidamente también frente al juez.

El juez no puede entrar en el juego impuesto por ese modo policial de operar, tiene que obrar con conciencia clara del deber de control, racional, antes que jurídico, que le atribuye su calidad legal de garante de los derechos fundamentales en juego.

Esto significa que ha de discernir claramente entre lo que es información y lo que no, porque son datos y no apreciaciones lo que él necesita para decidir de manera fundada; por lo tanto, no a la simple afirmación de que se va a cometer un delito, sí, en cambio, el traslado fiel de los indicios en que se funda tal estimación, y la acreditación de la forma en que los mismos han sido obtenidos.

La relevancia constitucional de los derechos afectados por las medidas a las que se han venido haciendo referencia, ha introducido en la materia el instituto de la ilicitud probatoria, muy rico en implicaciones y en consecuencias; suele concretarse en la prohibición de utilizar con ulteriores fines de prueba, los datos adquiridos con vulneración de los Derechos fundamentales. Esto sin perjuicio de las consecuencias que el correspondiente modo ilegal de actuar, pudiera tener en el plano de la responsabilidad disciplinaria o penal del operador implicado.

Esta figura jurídica de la prueba ilícita y la consiguiente declaración de nulidad e inutilizabilidad de las correspondientes adquisiciones probatorias, suscita reacciones encontradas en el ámbito de los tribunales y en el de la doctrina; y existe una fuerte tendencia, inscrita de manera profunda en la cultura de los



distintos agentes estatales, orientada en el sentido de salvar todo aquello que pueda redundar en la eficacia de la persecución de los delitos.

No obstante, este modo de razonar y de entender el proceso expresa una deficiente comprensión del sentido profundo que inserta en él la necesaria sumisión a los principios a que se ha venido haciendo referencia en lo que precede. Frente a las modalidades procesales de inspiración inquisitiva, que ignoran otro criterio de valor que el representado por el éxito de la investigación a cualquier costo, el proceso de inspiración liberal-democrática, considera únicamente valorable el resultado obtenido en el respeto de las reglas.

Es poco frecuente que esta opción sea tachada de poco realista o de ingenua, pero al hacerlo así, se olvida que las decisiones de llevar a la parte dogmática de las constituciones las normas en que se sustentan, no fueron adoptadas por juristas de gabinete perdidos en algún cielo de conceptos, sino por mayorías abrumadoras de ciudadanos en momentos de fuerte crecimiento democrático. “Al respecto, J. Habermas opina: por cierto, acontecidos normalmente, cuando estaban todavía frescas en la memoria las atrocidades producidas en marcos de intervención estatal de los que estuvieron ausentes las garantías”¹⁰¹.

4.3.7 La contradicción de la prisión preventiva provisional

El autor F. Carrara cuando se refiere a la privación de libertad en la modalidad de prisión preventiva provisional, manifiesta: “La privación de libertad dentro del

¹⁰¹ J. Habermas. *Facticidad y validez*. Madrid. Editorial Trotta. 1998. Pág. 470.



proceso plantea problemas de compatibilidad con el derecho constitucional de la presunción de inocencia”¹⁰². Carrara la consideró “una injusticia necesaria”¹⁰³. Ferrajoli entiende, con las mejores razones, “que entre aquella y ésta existe un antagonismo esencial, porque la prisión provisional no puede dejar de ser una pena anticipada impuesta a quien no ha sido condenado”¹⁰⁴. “Es significativo al respecto, lo sucedido en la Asamblea Constituyente que elaboró la vigente Constitución italiana. Ahí se optó por la fórmula: *el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva*, para dejar cierto espacio al uso de la prisión provisional, que se entendió, no cabría, en cambio, de consagrarse directamente la presunción de inocencia”¹⁰⁵.

Lo cierto es, que el uso de la privación cautelar de libertad, con algunas limitaciones (en general, bastante elásticas), está universalmente consagrado por razones esencialmente pragmáticas. Podría decirse, incluso, que en la práctica constituye el eje central de la respuesta penal a las modalidades más comunes de delincuencia, en particular, la conocida como de subsistencia, así, no importa tanto que el proceso se dilate, es más, se cuenta con ello y es una disfunción que resulta perfectamente admisible en la perspectiva estatal, una vez acreditado que la respuesta penal está ya funcionando, que un culpable está ya siendo castigado.

Ahora bien, en el vigente constitucionalismo, universalmente asumida la legitimidad de la prisión provisional, no obstante, el derecho a la libertad personal en el curso del proceso solo admite derogaciones de carácter excepcional y que deberían responder de manera exclusiva a asegurar el regular desarrollo del

¹⁰² P. A. Ibañez. *Presunción de inocencia y prisión sin condena*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 1996. Pág. 15.

¹⁰³ F. Carrara. *Programa de derecho criminal*. Bogotá. Editorial Temis. 1957. Pág. 375.

¹⁰⁴ L. Ferrajoli. *Derecho y razón*. Op. Cit. Pág. 549.

¹⁰⁵ P. A. Ibañez. *Justicia penal, derechos y garantías*. Op. Cit. Pág. 145.



proceso: conjurar el riesgo de fuga y evitar previsibles alteraciones del cuadro probatorio. Según esto, serían inaceptables como fundamento de la medida aquellos motivos que implican la asimilación del imputado culpable, como el de prevención de otros posibles delitos y la alarma social; pero lo cierto es que se trata de criterios que, en algunos casos están acogidos en la legislación sobre la materia y, en general, tienen profundo arraigo en la cultura de los operadores judiciales y, más aún, policiales. Además, están muy presentes en una amplia demanda social, fácilmente manipulable, que reclama de unos y otros un uso generoso de la medida cautelar, precisamente con esos fines, que son los institucionales de la pena.

Situados en una perspectiva interna, a partir de la aceptación constitucional de la prisión provisional, el uso de la misma deberá rodearse de garantías que implicarán para el imputado otros tantos derechos.

Así, aquel tiene derecho a que por parte del juez se lleve a cabo una valoración concreta y explícita, en resolución suficientemente motivada, por tanto, de los indicios de la comisión de un delito que pudieran existir contra él, y también del fundamento jurídico y de la proporcionalidad de la medida, a tenor de la gravedad del hecho y de la expresividad y consistencia de aquellos. Es la única forma de hacer que el interesado pueda saber a qué atenerse y discutir eficazmente la legitimidad de la decisión.

Ese derecho se prolonga también en el derecho a que el juez reconsidere periódicamente, y, en su caso justifique de la misma forma específica la necesidad y pertinencia del mantenimiento de la prisión cautelar, a tenor de la situación de la causa. Por ejemplo, si la razón de haberla acordado es evitar el riesgo de



contaminación probatoria o de obstaculización a la averiguación de la verdad, una vez agotada la investigación, carecería de sentido prolongar la vigencia de la cautela.

Lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena. El problema es si, tomada la institución en sus perfiles reales, tiene el juez alguna posibilidad de decidir de modo que eso pueda ser evitado, pues si en una consideración jurídico-formal la prisión provisional no debe ser una pena, en su dimensión empírica lo es necesariamente, en virtud de su naturaleza objetiva y de sus efectos prácticos.

Como bien señala Ferrajoli: “la prisión provisional injerta en nuestros ordenamientos un momento de insoluble contradictoriedad, al que el juez y el fiscal no pueden dejar de ser sensibles. Si en el empleo de la prisión preventiva hay un inevitable momento de ilegitimidad, el juez tendría que asumir este dato bajo la forma de mala conciencia, generadora en él de verdadero malestar moral que hiciera imposible un uso cómodo y rutinario de la misma. Una actitud de este género jugaría como una suerte de atípica y útil garantía, de orden cultural y sobreañadida”¹⁰⁶.

4.4. La posición neoinquisitiva del proceso penal

Es una constante, y pertenece a la propia naturaleza de los principios, el dato de que, en el caso de los inspiradores del proceso penal, entre estos y las prácticas

¹⁰⁶ L. Ferrajoli. *Derecho y razón*. Op. Cit. Pág. 555.



institucionales que deberían informar exista alguna distancia; cuando el desfasaje no es demasiado grande y, además, se percibe y valora como deficiencia del sistema cabría pensar en una razonable vigencia de aquellos como paradigma normativo, algo distinto ocurre si aquel es verdadero divorcio y más aún cuando se teoriza como una forma de normalidad del orden jurídico, legitimada por la necesidad de salir al paso de los desafíos que plantea a este la realidad en curso.

No es exagerado afirmar, que esta última es la situación en la que se está, debido a que la disciplina constitucional del proceso soporta cada vez más un tratamiento reductivo de su alcance práctico, no meramente jurisprudencial, sino legal, en la generalidad de los países; y al mismo tiempo, esta tendencia tiene un reflexivo soporte teórico en los planteamientos de cierta cultura jurídica de estirpe funcionalista, que parte de la entronización acrítica de las necesidades del sistema por todo paradigma.

La deriva señalada suele expresarse, en el plano del derecho penal sustantivo, mediante la anticipación de la reacción penal a momentos que pueden ser pre-ejecutivos, la proliferación de los delitos de peligro abstracto y, con esta y otras fórmulas, en la práctica derogación de aspectos significativos de la teoría del delito, para alguna clase de infracciones. El caso de la legislación antiterrorista y de la dirigida a la lucha contra el narcotráfico en la actualidad, así como del llamado *derecho penal del enemigo* son bien expresivos al respecto; y el catálogo está en curso de ampliación a las conductas desviadas (o tenidas como tales) que guardan relación con la inmigración en los países más ricos, tales formas de respuesta han generado su propio régimen procesal de excepción, formal y *de facto*, que se traduce en último término en un franco deterioro de la calidad del ejercicio de la jurisdicción, y no solo en el caso de las causas concretas



seguidas con arreglo a esas normas, sino en todas en general, por un peligro o efecto de contaminación cultural, o mejor subcultural.

El abuso del proceso penal como instrumento de gestión de graves problemas sociales se ha convertido en una constante; en vacío de otra clase de actuaciones estatales con efectos de prevención primaria en relación con muchos de estos, realmente graves, comporta el inevitable uso ampliado del instrumento punitivo. Una vez dado este paso, la difusión ilimitada de tal modo de operar con toda la clase de consecuencias negativas que se conocen, en el plano estrictamente procesal, con la consiguiente caída del estándar de calidad que conlleva el trabajo seriado.

La justificación, mejor apología, del estado de cosas llega de la mano de autores como Jakobs, con una propuesta de solución teórica al problema; el proceso penal, como el derecho penal mismo, con sus dispositivos ordinarios de garantía, tendrían que reservarse para quien se haga acreedor del *status civitatis*, a través del cumplimiento regular de los deberes que impone el orden jurídico, al que se sitúa voluntariamente al margen del ordenamiento, como bien lo señala Jakobs: “si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona”¹⁰⁷. O lo que es lo mismo: un derecho penal y procesal para ciudadanos-personas y otra cosa, para quienes, por propia decisión, son radicalmente otros, (un ministro del gobierno de Berlusconi, llevando esta idea a sus últimas consecuencias, propuso responder a cañonazos a la agresión que constituye para Italia la llegada de barcos con inmigrantes clandestinos).

¹⁰⁷ G. Jakobs. *¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege?*. Buenos Aires. Editorial Hamurabi. 2007. Pág. 46.



En el momento actual, al tradicional problema representado por la endémica crisis de vigencia de las garantías procesales, está a punto de sumarse la asunción de complejos por parte de ciertos sectores, de operadores del derecho y de la cultura jurídica de esa terrible filosofía, que, de alguna forma, siempre ha estado presente, si bien de una manera implícita. Las garantías son bienes escasos, el coste que representan pertenece a la categoría de los gastos sociales improductivos, y, en consecuencia, deben ser administradas con sentido de la economía, solo a quien las merezca y, en todo caso, con tiento.

Trasladadas estas consideraciones al terreno en el que se mueve esta intervención, no hay duda de que la opción ideal es la representada por un proceso barato, es decir, aligerado de aquellos elementos que resultan encarecedores y que contribuyen asimismo a imprimir lentitud a su desarrollo; por tanto, urge generalizar los procesos sin juicio (que es lo más costoso, en dinero y tiempo), y difundir el paradigma americano, como primera línea de actuación.

Cuando esto no sea posible, será preciso, en todo caso: “agilizar los trámites procesales, evitar la duplicidad y la reiteración inútil de actuaciones, revalorizando a los fines del enjuiciamiento las policiales y las de la instrucción”¹⁰⁸, según D. R. Pastor; sobre todo, en presencia de los delitos más graves, teniendo por tales a los que generan mayor *alarma social*, es decir, ese *sospechoso efecto*, por lo general, mediática y políticamente inducido o manipulado.

No hay que olvidar que, para este planteamiento, y como ha denunciado Zaffaroni: “tal es el terreno donde se libra la mayor batalla de un derecho penal

¹⁰⁸ D. R. Pastor. *El plazo razonable en el procesos del estado de derecho*. Buenos Aires. Fundación Konrad Adenauer. Editorial Ad Hoc. 2002. Pág. 78.



orientado a asegurar la vigencia de la norma como único valor atendible, en clave de prevención general positiva, es decir, por la producción de consenso”¹⁰⁹, que es lo que importa, cuando solo se trata de asegurar el mantenimiento del *statu quo*, previamente convertido en la única fuente legítima de irradiación normativa.

Frente a esta clase de discurso, de un eficientismo grosero, infraconstitucional y tecnocrático, que pretende clausurar al jurista y el juez en una concepción productivista del proceso, se impone la afirmación militante de la línea de principios sobre los que aquí se ha discurrido, pues, como se ha visto, de su aplicación depende no solo el carácter digno del trato a los justiciables, sino también la calidad epistémica del enjuiciamiento.

El jurista y el juez con sensibilidad constitucional, no pueden dejarse arrastrar a la aludida aproximación economicista a los números del proceso, su reflexión no puede tener como único punto de partida la estadística ministerial, sino que debe remontarse críticamente a los antecedentes de la situación que esta refleja; es decir, a la valoración de las políticas, no solo penales, que constituyen su presupuesto.

No es misión del jurista ni del juez, deflacionar el proceso, convirtiéndose en cómplices de los malos usos y abusos inconstitucionales de este; lo propio de uno y otro es aportar garantías y realizar juicios justos o contribuir eficazmente a que estos tengan lugar; y en esta materia no caben concesiones a la baja sin convertir la actividad jurisdiccional en algo distinto, en otra cosa, con el consiguiente

¹⁰⁹ E. R. Zafaroni. *Derecho penal. parte general*. México. Editorial Porrúa. 2001. Pág. 57.

envilecimiento profesional, cultural y humano de quienes de ese modo la ejercen contribuyen a prácticas de semejante perfil.





CAPÍTULO 5

El estado de inocencia en la práctica judicial de Guatemala y su confrontación con la postura del neoconstitucionalismo

5.1. Presunción de inocencia (estado de inocencia)

Antes de analizar la institución de la inocencia, es necesario diferenciar el significado de los términos *principios*, *presunción*, *garantía* y *estado*, ya que usualmente los conceptos *principio de inocencia*, *presunción de inocencia*, *garantía de inocencia* y *estado de inocencia*, por error, se han utilizado como sinónimos en el lenguaje procesal. Veamos entonces el significado de los términos mencionados:

- 1) Principio: “Por *principio* se entiende el fundamento de algo, el basamento o comienzo de algo, también se interpreta como la constitución o regla determinante de algo”¹¹⁰.
- 2) Presunción: “Algunos autores describen a la *presunción* como sinónimo de *indicio*, otros, más acertadamente, consideran a la presunción como el efecto del indicio. En el aspecto procesal, la presunción no es más que el juicio formado por el juez, valiéndose de un razonamiento inductivo o deductivo, para afirmar la existencia de hechos desconocidos, fundándose en los hechos conocidos”¹¹¹.
- 3) Garantía: “En el Derecho Constitucional puede entenderse como *protección frente a peligro o riesgo*, en el sentido de que se cumplirán y

¹¹⁰ M. Ossorio. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1981. Pag.608.

¹¹¹ Ibid. Pág. 604.



respetarán los derechos que la Constitución consagra, tanto en lo que se refiere al ejercicio de carácter privado, como a los de índole pública”¹¹².

Estas garantías están constituidas por los órganos: Juzgados, Cortes, etc.

- 4) Estado: “Este término posee varias acepciones, pero desde el punto de vista jurídico y referido a la persona humana, el *estado* es su condición respecto a sus relaciones jurídicas, o bien, el *estado* de una persona constituye su status jurídico en determinado momento, respecto de alguna relación jurídica”¹¹³.

Hecha esta diferencia podemos distinguir entre el *principio de inocencia* como fundamento o regla determinante para el tratamiento procesal de una persona acusada de la comisión de un delito o falta, este principio aparece plasmado en la Constitución como *garantía individual*, es decir que la Constitución ofrece la aplicación de dicho principio a todas las personas y lo garantiza por medio de los órganos jurisdiccionales, los que estarán obligados a observarlo y aplicarlo.

Por otro lado, la *presunción de inocencia*, es una operación pseudo-lógica o mental, que realiza el juzgador basado en el antecedente del indicio; y el *estado de inocencia*, es la condición jurídica de la cual goza el imputado durante toda la tramitación del proceso penal, hasta que dicho estado sea destruido por una sentencia condenatoria firme.

¹¹² Ibid. Pág. 332.

¹¹³ Ibid. Pág. 294.



De la exposición anterior se infiere que en materia procesal, lo correcto es hablar de *estado de inocencia*, como el estatus jurídico que se debe reconocer al imputado, hasta que una sentencia condenatoria firme cambie dicho status de inocente por el de culpable.

Montero Aroca, expresa que al hablar de presunción de inocencia: “no estamos realmente ante una presunción en sentido técnico, ya que en estricto sentido jurídico, la estructura de la presunción debe ser:

- 1) Un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado por una parte y probado después por ella, hecho que no integra el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide la parte;
- 2) Un hecho presumido, que ha de ser afirmado también por la parte, y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide por ella y;
- 3) Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la *presunción*, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del indicio (que ha de ser probado) se llega a dar por existente el hecho presumido. Entendida así la correcta estructura de la *presunción*, no sería correcto decir que el acusado es inocente mientras no se pruebe lo contrario”¹¹⁴.

El *principio de inocencia* es el principio rector de las garantías del proceso penal, este principio fundamental del Estado de Derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de libertad procesal.

¹¹⁴ J. Montero Aroca. *Principios del proceso penal. una explicación basada en la razón*. España. Editorial Tirant Lo Blanch. 1997. Págs. 151-152.



La sentencia es el único medio por medio del cual el Estado puede condenar a una persona, mientras esta no sea dictada y no esté firme, la persona que está siendo procesada, goza jurídicamente del *estado de inocencia* como consecuencia directa de la aplicación del principio de *presunción de inocencia*.

Devis Echandía nos dice respecto de la *presunción de inocencia*: “Esta presunción de inocencia tiene origen constitucional y es consecuencia de los principios ya mencionados del *in dubio pro reo* y del *favor rei*, pero su enorme importancia justifica que sea formulado también con entidad propia”¹¹⁵.

Respecto del párrafo anterior, y por lo menos en el caso de la legislación guatemalteca, el principio de *in dubio pro reo*, está taxativamente normado en el Código Procesal Penal en su Artículo 14, en cambio el principio de presunción de inocencia está normado como derecho o *garantía constitucional*, lo que le da la categoría de máxima jerarquía en el derecho interno y aún el derecho internacional pues el estar normado también en los principales tratados de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala, le asigna preeminencia sobre el derecho interno de nuestro país; por lo que, en realidad, el principio de *in dubio pro reo*, es consecuencia del principio de presunción de inocencia, por tener este una jerarquía superior al estar regulado constitucionalmente y también en materia de derecho internacional como norma *ius cogens*.

Por su parte, Vélez Mariconde se pronuncia sobre este principio de la siguiente manera: “Se viola este principio cuando se consagran en la ley penal presunciones

¹¹⁵ Devis Echandía, Hernando. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984. Pp. 55.



de responsabilidad; cuando se establece (como ha ocurrido en Colombia) un sistema de que a falta de prueba suficiente para procesar, en vez de sobreseer en forma definitiva al imputado, se le dicta un sobreseimiento temporal que lo mantiene como sospechoso de ser culpable, cuando se absuelve al procesado, pero agregando que se debe a insuficiencia de pruebas, porque equivale a desconocer que si éstas no existen, simplemente se le debe considerar inocente y que solamente cuando el juez tenga pleno convencimiento o certeza de la responsabilidad deja aquél de estar protegido por la presunción de inocencia o, como algunos dicen, cesa el estado jurídico de inocencia que toda persona tiene mientras no se le pruebe plenamente lo contrario”¹¹⁶.

Maier define al principio de inocencia, como uno de los que inspiran el proceso penal cuya esencia se traduce en; “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 culpables por sentencia firme, aun cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa”¹¹⁷.

Según Bovino, la garantía de presunción de inocencia “... opera como una metagarantía, es decir, como presupuesto de operación de las demás garantías del debido proceso”¹¹⁸.

¹¹⁶ A. Vélez Mariconde. *Estudios de derecho procesal penal*. T. II. Buenos Aires. Editorial Lerner. 1969. Pág. 26.

¹¹⁷ J. Maier. *Derecho procesal penal*. T. I. Buenos Aires. Ediciones del Puerto. S.R.L. 1996. Pág. 490.

¹¹⁸ A. Bovino. *Encarcelamiento preventivo y derechos humanos*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. 1999. Pág. 37.



Para Alberto Binder el principio de inocencia "... implica un status de inocencia o una presunción de inocencia o un derecho de ser tratado como inocente, creo que en definitiva todas estas posturas son perfectamente conciliables y no difieren en sus efectos prácticos"¹¹⁹.

Según la formulación tradicional del principio, se impone una exigencia normativa que requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme, que destruya el estado de inocencia que el ordenamiento jurídico reconoce a todos los seres humanos, por ello el imputado, a pesar de ser sometido a persecución penal, debe recibir un tratamiento distinto al de las personas condenadas.

La exigencia impide que se trate como culpable a la persona solo sospechosa de haber cometido una acción delictiva, sin importar el grado de verosimilitud de la sospecha, hasta que un tribunal competente no pronuncie una sentencia que afirme su culpabilidad e imponga una pena.

El principio de *presunción de inocencia* es un principio que tiene pretensiones de universalidad, contemplado en casi todas las constituciones del mundo civilizado, incluido en la parte dogmática de las mismas; por ello, es considerado un derecho perteneciente al grupo de los llamados Derechos Humanos de la primera generación o, según Zenteno Barillas: "... de carácter individual, ya que su destinatario es el hombre como individuo"¹²⁰.

¹¹⁹ A. Binder. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires. Editorial Ad Hoc. S.R.L. 1993. Pág. 145.

¹²⁰ J. C. Zenteno Barillas. *Derecho internacional público*. I PARTE. Guatemala. USAC. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1997. Pág. 202.



Esta situación adquiere gran relevancia en el presente, ya que por ser un derecho fundamental, tiene una categoría de máxima jerarquía en nuestra legislación. Si tomamos en cuenta que nuestra actual Constitución Política en su Artículo 46, establece el Principio Universal que en materia de Derechos Humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, lo que generó una discusión en nuestro país, pues algunos juristas eran de la opinión de que ningún tratado internacional o nacional es superior a la Constitución, mientras que otros si aceptan esa supremacía; la Corte de Constitucionalidad ha establecido jurisprudencia en el sentido de que la interpretación debe ser armónica pero que ningún tratado que contradiga la Constitución puede considerarse jurídicamente válido.

No obstante el principio o estado de inocencia que tratamos, de cierta manera escapa a esta polémica, pues su importancia es tal que ni aún los juristas más radicales ni opuestos en sus opiniones, podrían dejar de reconocer que encarcelar a una persona inocente es una incorrecta aplicación del sistema judicial penal y una violación al derecho a la libertad del individuo.

El estado de inocencia es indispensable para que exista civilización jurídica, democracia política y verdadera justicia como característica esencial del Estado de Derecho.

5.2. Origen del principio de presunción de inocencia

Hace poco más de dos siglos, las revoluciones civiles empezaron a intentar quebrantar las atroces prácticas del viejo sistema de justicia penal y fundar un



nuevo régimen de gobierno y justicia sobre conceptos más racionales y justos bajo este concepto “las mentes ilustres pergeñaron el principio de inocencia como valla frente a la arbitrariedad y a la aplicación de la pena de sospecha”¹²¹.

El objetivo era que esta valla fuera capaz de lograr que el Estado solo pudiera imponer castigo a los individuos, luego de realizar un juicio previo, frente a los ojos del público, con las debidas garantías, tendiente a asegurar que no se impondría una sanción penal a menos que se hubiera producido prueba suficiente como para demostrar con certeza la culpabilidad del acusado.

El desarrollo del principio de inocencia ha sido diferente en los distintos continentes y países, Cesare Beccaria, en su obra *De los delitos y de las penas*, nos expone como en la Europa recién salida del Feudalismo y en el incipiente Capitalismo, eran distintos los procedimientos criminales, así: “Las ordenanzas criminales, parecen en muchos puntos no haber sido dirigidas más que a la pérdida de los acusados. Esta es la sola ley que sea uniforme en todo el reino; ¿pero no debería ser ésta tan favorable para los inocentes como terrible para los culpables?”¹²².

En el siglo XVIII, en Inglaterra, un simple encierro hecho sin motivo alguno, tenía que ser reparado por el Ministro que lo había decretado, pero en Francia, el inocente que había sido sumergido en un calabozo y que había sufrido tormento, no podía esperar ningún consuelo, ni podía reclamar contra nadie, y quedaba deshonrado para siempre en la sociedad.

¹²¹ A. Bovino. Op. Cit. Pág. 1.

¹²² C. Beccaria. *De los delitos y de las penas*. España. Editorial Altaya, S. A. 1994. Pág. 153-154.



Paradójicamente, en Roma, cientos de años antes de la existencia de Beccaria en los procesos criminales se oía a los testigos en público y en presencia del acusado, que podía responderles, interrogarles él mismo u oponerles a un abogado. Hasta en este procedimiento los romanos parece que se hubieran anticipado al Derecho pues el proceso no solo respiraba la magnanimidad romana sino establecía los principios del sistema acusatorio.

Voltaire, en su comentario al libro de Beccaria, critica la secretividad del proceso penal en Francia y hace alusión a la grave equivocación de los comisarios que recopilaron la ordenanza establecida por Francisco I, por orden de Luis XIV en 1670, ya que se imaginaron al leer el Código de Testibus que las palabras *testes intrare iudicii secretum*, significaba que los testigos era interrogados en secreto, pero en Francia *secretum*, significaba *el gabinete del Juez*. Es decir, interpretaron *intrare secretum* por *expresar o hablar secretamente*, esto no sería latín, por lo que fue solecismo lo que hizo esta parte de la jurisprudencia francesa de aquella época.

En España, la situación de la justicia criminal en los inicios de la Edad Moderna y, en particular en el siglo XVIII, no difería en mucho, y en todo caso, no era mejor que la del resto de los países europeos; el caso de la legislación era semejante, la más importante de las compilaciones hasta el siglo XIX la constituirían las Partidas, a ellas se añadieron las colecciones de leyes como La Nueva Recopilación, dictadas la mayorías como fruto de las necesidades del momento.

El altísimo número de delitos era reflejo del estado de descomposición en que se encontraba la sociedad española; y de nada servía dictar leyes durísimas si no se atacaba directamente la causa que producía el mal, ejemplo de ello es la



pragmática ley dictada por Felipe V el 23 de febrero de 1734, relativa a los hurtos cometidos en la Corte y caminos que a ella conducen. En ella se ordenaba que todo persona que cumpliera diecisiete años cumplidos le fuese probado haber cometido un hurto, en Madrid o hasta cinco leguas de su rastro, de cualquier cuantía que fuere, llevado a cabo en casa o en la calle, con armas o sin ellas, causado o no heridas, se le impondría la pena capital, sin que esta pena pudiese ser permutada por otra más suave y benigna.

A pesar de esa ley inhumana, no disminuyó el número de hurtos, pues ni los robados se atrevían a denunciar a los ladrones, ni los testigos a declarar la verdad, consintiendo más bien en graduar sus conciencias quebrantando el juramento, que en ver condenado a nadie a muerte por un delito que no tenían por tan grave ni digno de semejante pena.

Maurizio Fioravanti opina: “La génesis ideológica del principio de inocencia tiene su origen, como casi todo lo relacionado con las normas fundamentales que regulan los derechos de las personas en el constitucionalismo norteamericano y en el pensamiento individualista liberal francés”¹²³.

Además indica que: “En el caso de los Estados Unidos de América, no se establece en su Constitución taxativamente el principio de presunción de inocencia, sino el de *due process of law*, entendido como *debido proceso*, contenido en la V y en la XIV enmiendas de su Constitución”¹²⁴.

¹²³ M. Fioravanti. Op. Cit. Pág. 65.

¹²⁴ Ibidem. Pág. 67.



En el caso de la vieja Europa, manifiesta que: “En Inglaterra, el antecedente más remoto lo constituye la Carta Magna de 1215, y el derecho consuetudinario que establecía que todo hombre debería ser juzgado *by the law of de land*, en cuya interpretación la frase *law of the land* (ley de la tierra) se interpretaba como una *ley preestablecida*”¹²⁵.

Debido a la influencia del movimiento político de los intelectuales en Europa y en los Estados Unidos de América, los países de América Latina adoptaron como principios fundamentales de su organización jurídica, en sus textos constitucionales, tanto la protección genérica de la libertad ambulatoria, como el principio de inocencia; en consecuencia, las constituciones plasmaron ya desde el siglo pasado, los principios esenciales del moderno estado liberal.

En el caso de Guatemala, como territorio americano de dominación española en el siglo XVII: “es la Constitución de Bayona, promulgada por José Napoleón el 6 de julio de 1808, (la cual nunca tuvo vigencia, aunque sus disposiciones marcaron un campo de conceptos que posteriormente han inspirado en alguna medida las regulaciones americanas), la que legisla sobre las garantías individuales, tales como el derecho a la publicidad del proceso legal, la inviolabilidad del domicilio, el principio de legalidad en las detenciones, la abolición del tormento y otras que pertenecen a la primera generación de derechos humanos”¹²⁶.

Posteriormente, en las siguientes constituciones, la garantía de inocencia se incluyó como salvaguarda de la libertad individual buscando contrarrestar el uso

¹²⁵ Ibidem. Pág. 70.

¹²⁶ A. Maldonado Aguirre. *Las constituciones de Guatemala*. Guatemala. Editorial Piedra Santa. 1998. Págs. 5, 6, 7.



indiscriminado como instrumento de control político que los reyes y gobernantes habían atribuido por siglos. A mediados del siglo XX, el desarrollo del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos también dedicó atención a la libertad ambulatoria y al estado jurídico de inocencia, combinando ambos principios para reforzar la necesidad de establecer el derecho de toda persona a gozar de estas garantías durante el proceso penal.

5.3. Raigambre constitucional

El principio de inocencia es un instituto de raigambre constitucional, ya que está incluido entre los derechos individuales constitucionales, como se mencionó, para el caso de Guatemala, es la Constitución de Bayona de 1808 (que no tuvo vigencia) en donde se incluye esta garantía por primera vez para nuestro país como territorio americano de dominación española.

Posteriormente, en la Constitución de Cádiz, promulgada en 1812, en su Artículo 172, la norma undécima señalaba: “No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del despacho que firme la orden, y el Juez que la ejecute, serán responsables a la Nación y castigados como reos de atentado contra la libertad individual. Sólo en caso de que el bien y la seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas, deberá hacerla entregar a disposición del Tribunal o Juez competente”.

En el año de 1822, Vicente Filísola convoca un Congreso que decretó el 1 de julio de 1823 la independencia absoluta, y que el día 2 del mismo mes y año, adoptó la



denominación de Asamblea Constituyente, la que promulgó el 22 de noviembre de 1824, la Constitución de la República Federal de Centro América, y en algunas de sus disposiciones, revelan la contemplación de estas garantías: “Artículo 163: Las personas aprehendidas por la autoridad, no podrán ser llevadas a otros lugares de prisión, detención o arresto, que a los que estén legal y públicamente destinados al efecto”. “Artículo 176: [No podrán] formar comisiones o tribunales especiales para conocer en determinados delitos o para alguna clase de ciudadanos o habitantes”. Estas disposiciones tenían el objeto especial de impedir las cárceles clandestinas y los tribunales de fuero especial.

Deshecha la Unión Centroamericana, la Asamblea Constituyente del Estado de Guatemala, emitió el 5 de diciembre de 1839, el Decreto 76 que contiene la “*Declaración de los derechos del Estado y sus habitantes*”, conocida como “Ley de Garantías”, entre las cuales, en su sección 2.15 plasmaba: “En todo proceso criminal, el acusado no podrá ser privado del derecho sagrado de ser oído por sí o su defensor, de ser informado de la naturaleza y causa de la acusación intentada contra él, de que se le presenten los testigos cara a cara; de sacar testimonio de documentos o declaraciones de testigos ausentes que pueden probar su inocencia, y de ser juzgados por el tribunal o juez establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del crimen, y observándose todos los trámites y formalidades legalmente establecidas”.

En los años posteriores el cambiante ambiente político y la lucha entre liberales y conservadores por detentar el poder, sometieron a las constituciones de Guatemala a numerosos cambios unos positivos como la reforma de 1879 en la que se establece el recurso de *habeas corpus* y otros negativos, en la mayoría se conservó la parte de las garantías individuales, con excepción de algunas épocas en que dichas garantías fueron suspendidas temporalmente a conveniencia de los



distintos dictadores que gobernaron al país, y en nuestra Constitución vigente promulgada en 1985, el principio de presunción de inocencia está contenido en el Artículo 14 del cual literalmente dice: “**Presunción de inocencia y publicidad del proceso.** Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tiene derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y forma inmediata”.

Se infiere de lo expuesto anteriormente, que la garantía de inocencia está fuertemente arraigada en la Constitución, y ello le asigna la jerarquía más alta dentro del resto de garantías contempladas en leyes ordinarias. Sin embargo, en el proceso penal guatemalteco existen grandes obstáculos para su observancia y dificultades para evitar su violación o transgresión, sobre todo si tomamos en cuenta que quien es privado de su libertad, puede ser inocente y a pesar de ello, ser encarcelado; esto puede parecer muy lejano o muy difícil que suceda pero es una realidad para las personas que son detenidas y sometidas a prisión injustamente, es decir, sin haberles probado haber cometido delito o falta; y por ende el daño material y psicológico que esta situación le causa no solo a quien es víctima de esta injusticia sino a su familia, es simplemente irreparable.

5.4. El Principio de “In dubio pro reo”

Este principio del Derecho Procesal es una consecuencia directa del principio de presunción de inocencia, su significado *strictu sensu* podría simplificarse como *la duda favorece al reo*, debido a que la declaración de culpabilidad en una sentencia



solo puede estar fundada en la certeza del Tribunal que dicta el fallo, sobre la comisión del hecho punible y la participación del imputado en el mismo, la duda de la probabilidad, excluyen la aplicación de la pena.

Devis Echandia, el ilustre procesalista colombiano nos dice respecto de este principio, que en otros procesos no penales es denominado el principio de la *carga de la prueba*: “En materias penales, este principio se sustituye, en cuanto a la decisión que debe adoptarse respecto a la suerte del sindicado o imputado, en gran parte por el de *in dubio pro reo*, puesto que si las dudas en materia de pruebas se deben resolver en favor de aquél, o sea que al imputado y procesado se le debe considerar inocente mientras no se le pruebe plenamente su responsabilidad, desde otro punto de vista significa que al Estado (a través del Ministerio Público y del juez investigador) lo mismo que el acusador particular o a la parte civil, corresponden la carga de probar la responsabilidad del reo, y si no la satisfacen, éste debe ser absuelto. Pero la carga juega un papel más amplio, porque también se refiere al riesgo que corre el reo de sufrir consecuencias desfavorables **si no aparece la prueba de los hechos que constituyan exoneración de responsabilidad o atenuaciones de ella**, y por consiguiente al interés que tiene en que esas pruebas lleguen al sumario o investigación y al juicio o proceso y, por lo tanto, de colaborar para ello. Es decir, la noción de carga de la prueba juega también importante papel en el proceso penal”¹²⁷.

De lo anterior se infiere que, en caso de incertidumbre, el imputado deberá ser absuelto *in dubio pro reo*, este principio, como dijimos anteriormente, se deriva del principio de inocencia, el cual le proporciona su justificación jurídica, pues

¹²⁷ H. Devis Echandía. Op. Cit. Págs. 48-49.



únicamente en virtud del goce de un estado de inocencia, se puede admitir que la duda, en lugar de perjudicar al procesado, lo beneficie.

La explicación de por qué la duda debe beneficiar al imputado, es porque la Constitución Política de la República le reconoce el derecho a que se le trate como inocente durante todo el tiempo que dure la sustanciación del proceso, es decir que **“es un derecho constitucional de cualquier persona, gozar de un estado jurídico de inocencia que no necesita ser construido”**, al contrario, son los órganos públicos predispuestos en las leyes, a quienes compete destruirlo y acreditar con certeza su culpabilidad, si éstos fracasan en su intento y no logran probar fehacientemente la existencia del hecho punible y la participación del imputado en su comisión, el estado de inocencia reconocido por la Constitución se mantiene, prevaleciendo sobre las pruebas aportadas en su contra, las cuales, si bien lo pusieron en duda, carecieron de certeza y no pudieron demostrar su culpabilidad.

Si no se consigue llegar a la certeza, corresponderá la absolución, no solo frente a la duda en sentido estricto, sino también cuando haya mera *probabilidad* sobre la responsabilidad penal del imputado.

Vélez Mariconde nos dice: “Para absolver no se necesita la convicción de que la acusación carece de fundamento: también tienen el mismo efecto la pura duda y la probabilidad”¹²⁸.

¹²⁸ A. Velez Mariconde. Op. Cit. Pág. 345.



Se puede decir entonces, que el principio de *in dubio pro reo* vale como criterio rector de la interpretación de la ley penal. Cafferata Nores cita el fallo de la Cámara 7^a. del Crimen, de la ciudad de Córdoba, del 12 de noviembre de 1982, referente al artículo 44 del Código Penal Argentino: "... Frente a opiniones tan contradictorias y frente a tan diversos pronunciamientos judiciales, sólo cabe concluir que existe un verdadero estado de duda sobre el real alcance del dispositivo en cuestión (el artículo 44), duda que, aún de derecho debe favorecer y no perjudicar al imputado"¹²⁹.

5. 5. Principio del “*Favor rei*” o de la favorabilidad

El principio del *favor rei* es un complemento del principio del principio de *in dubio pro reo* que a su vez sustituye parcialmente al de la carga de la prueba en cuando exige considerar inocente al imputado y al procesado, lo mismo que la absolución del segundo, cuando no se le haya probado plenamente su responsabilidad.

Devis Echandia nos dice respecto de este principio: “Pero el principio de *favor rei* o de la favorabilidad es más amplio, pues exige no solamente resolver a favor del imputado y procesado las dudas probatorias respecto a su responsabilidad, sino también las que se presenten en la interpretación y aplicación de las normas penales sustanciales y de procedimiento, y exige, además, que la ley sustancial permisiva o favorable al procesado, aún cuando sea posterior al acto ilícito, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable...”¹³⁰.

¹²⁹ J. I. Cafferata Nores. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires. Ediciones DePalma. 1998. Pág. 195.

¹³⁰ H. Devis Echandía. Op. Cit. Pág. 54.



5. 6. Distinción entre *presunción de inocencia* e *in dubio pro reo*

Existen dos diferencias básicas entre estos dos principios, la primera y más grande es el aspecto normativo escrito, ya que la *presunción de inocencia* es de carácter constitucional y está claramente establecida en la Constitución e incluso en el Código Procesal Penal; mientras que el *in dubio pro reo* únicamente aparece normado en el Código Procesal Penal por lo que es de carácter procesal. Esta diferencia normativa confirma la aseveración de que el principio del *in dubio pro reo* es consecuencia directa del principio de presunción de inocencia.

Habría que preguntarse entonces ¿cuál es la interpretación del principio de *in dubio pro reo*?, como se explicó anteriormente, si es un derecho constitucional del ciudadano el ser tratado como inocente, debe existir certeza al dictar sentencia condenatoria, si no se logra llegar a la certeza, entonces no se destruye el estado de inocencia y obviamente las condiciones imperantes al momento de dictar el fallo serían las de duda o probabilidad, lo cual no destruiría el estado de inocencia y el Tribunal tendría que fallar absolutamente, *in dubio pro reo*.

Nuestra legislación procesal penal señala que el Tribunal deberá dictar sentencia de acuerdo a las reglas de la sana crítica razonada, y aunque no señala cuáles son estas reglas, sabemos que lo contrario de la certeza es la incertidumbre, la duda, la probabilidad, etc.

La segunda diferencia es doctrinaria y afirma que la presunción de inocencia “reduce su ámbito de aplicación a los hechos y a la participación en los mismos, prevalece en situaciones calificables como de vacío probatorio; en cambio al *in*



dubio pro reo se le considera circunscrito exclusivamente al ámbito de valoración de la prueba, entra en juego cuando, habiéndose producido prueba de cargo y prueba de descargo, resulta preciso sopesar una y otra para tomar la decisión”¹³¹.

5. 7. La presunción o estado de inocencia en los tratados de derechos humanos y en la legislación guatemalteca

La importancia y jerarquía del *principio de inocencia* tiene pretensiones universales, es decir, es aplicable a los ciudadanos de casi todos los estados civilizados del mundo, además este principio está normado en los más importantes tratados internacionales de Derechos Humanos.

La “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en su sesión plenaria del 10 de diciembre de 1948, reconoce este principio en su Artículo XI, el que literalmente dice: “Artículo XI. 1- Toda persona acusada de delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional, tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

¹³¹ P. A. Ibañez. *La función de las garantías en la actividad probatoria*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. Editorial Mateu Cromo, S.A. 1993. Pág. 215.



La “Declaración de Derechos de Virginia”, aprobada por la Asamblea que reunió en mayo y junio de 1776 en la ciudad de Williamsburg, Estado de Virginia, Estados Unidos de América, señala: “Artículo VII. En todo procedimiento criminal el acusado tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de su acusación; a ser careado con los acusadores y testigos; a aducir pruebas en su favor y a ser juzgado prontamente por un jurado imparcial de doce convecinos suyos...”; asimismo en su Artículo X señala: “Son opresivos y tiránicos y no deben dictarse autos en que se ordene a un agente de policía o de justicia... Apoderarse de algunas personas que no se nombren o cuyo delito no se describa particularmente y se demuestre con pruebas”.

La “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, votada por la Convención Francesa en la sesión del 2 de octubre de 1798, reza en su Artículo IX: “Debiéndose presumir inocente a todo hombre mientras no haya sido declarado culpable, la ley debe reprimir todo rigor innecesario para apoderarse de su persona, cuando se juzgue indispensable su prisión”.

La “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, fue suscrita por el Estado de Guatemala en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 27 de abril de 1978, y en su Artículo 8 numeral 2, referente a garantías judiciales establece: “... 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho...”.

La Constitución Política de la República de Guatemala, promulga en 1985, recoge el principio de presunción de inocencia en su artículo 14 el cual literalmente dice: “**Presunción de inocencia y publicidad del proceso.** Toda persona es inocente,



mientras no se le haya declarado responsable jurídicamente, en sentencia debidamente ejecutoriada. El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata”.

El Código Procesal Penal de la República de Guatemala, Decreto 51-92 del Congreso de la República, desarrolla el principio de inocencia de su Artículo 14 el cual dice: **“Tratamiento como inocente.** El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección...”.

De la exposición anterior, se puede inferir que el principio de presunción o estado de inocencia tiene gran relevancia, no solo en la legislación nacional sino en la internacional, sobre todo, porque es un derecho fundamental, más aún si consideramos que nuestra actual Constitución Política en su Artículo 46, establece el principio general que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, lo que le asignaría una categoría jerárquica superior a este principio como garantía judicial o procesal, sobre las leyes infraconstitucionales.

5. 8. La interpretación procesal del principio de presunción o estado de inocencia

Al internarnos en el campo procesal, nos encontramos con un problema que ha estado presente siempre en dicha actividad, como lo es el problema de la



interpretación de la normatividad escrita, cuando el imputado, el defensor, el fiscal y el Tribunal, pretenden interpretar las normas procesales desde su punto de vista, siendo este muchas veces diferente.

La construcción de un modelo procesal basado en este principio, debería implicar un cambio radical en la forma de la persecución penal, bajo los siguientes presupuestos básicos:

- a- La consecuencia directa de este principio en el *in dubio pro reo*, en el cual la declaración de culpabilidad en una sentencia solo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia del hecho punible y del grado de participación del imputado; la duda o la probabilidad excluyen la aplicación de una pena.

- b- El imputado no necesita probar su inocencia, pues constituye el status jurídico que lo ampara, de tal manera que quien condena debe destruir completamente esa posición arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible y la responsabilidad del mismo. Esto significa que el imputado en el proceso penal no tiene la carga de la prueba de su inocencia y por el contrario, probar la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador o al Ministerio Público, cuando ejerza la acción penal pública. Durante el juicio el acusador tratará de desvanecer la inocencia del imputado con las pruebas que presente.

- c- Las medidas restrictivas de los derechos declarados por el ordenamiento constitucional durante el proceso, deben ser claramente definidas y no constituir una aplicación de la pena anticipadamente o una modalidad represiva con apariencia de legalidad. Para el efecto se



debe tomar en cuenta como principio rector, el significado y la diferencia entre la imposición de una pena y la aplicación de la coerción procesal.

Un punto importante es, que el principio de presunción de inocencia no ratifica que el imputado sea realmente inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste, en cambio, en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige el trato de inocente, sin importar para ello, el hecho de que sea, realmente culpable o inocente, por el hecho que se le atribuye, “Los términos *presumir inocente*”, *reputar inocente*, o *no considerar culpable*, significan lo mismo; y al mismo tiempo, estas declaraciones formales mientan el mismo principio que emerge de la exigencia de un *juicio previo* para infligir una pena a una persona”¹³².

En conclusión, son cuatro las consecuencias procesales básicas del principio de presunción o estado de inocencia:

1. La realización de un juicio penal de determinadas características, como presupuesto indispensable para obtener la sentencia condenatoria capaz de destruir el estado jurídico de inocencia del imputado.
2. La exigencia derivada del aforismo *in dubio pro reo*, que requiere que la sentencia de condena y la aplicación de una sanción penal este fundada en la certeza del Tribunal que resuelve el caso, acerca de la responsabilidad del imputado.
3. La atribución de la carga de la prueba al órgano acusador, exigencia que se denomina *onus probandi*, dado que el estado de inocencia actúa como un *escudo* que protege al imputado.

¹³² J. Maier. Op. Cit. Pág. 38.



4. La exigencia de que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del proceso. La consecuencia más importante de este derecho a ser tratado como inocente, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que, necesariamente deben ser impuestas al uso de la coerción del Estado en el marco del procedimiento penal.

5.9. Procedencia del auto de prisión preventiva (presupuestos para la imposición de la prisión preventiva)

Considerando que la prisión preventiva como medida de coerción para el imputado, en nuestro sistema procesal penal moderno, ya en su modelo acusatorio; es la excepción, ya que la regla general es la libertad, es necesario manifestar que: “doctrinariamente, tres son los presupuestos que deben concurrir a fin de disponer la prisión preventiva:

- a) El *fumus bonis iuris* o *apariencia de buen derecho*, es decir, que el hecho que se investiga tenga caracteres de delito y que el imputado sea autor participe de él.
- b) El *periculum in mora* o peligro en la demora, es decir, el peligro de que el imputado abuse de su libertad personal, pretendiendo eludir la acción de la justicia, y;
- c) Proporcionalidad entre la pena en expectativa y el lapso de privación de libertad que cumple el imputado”¹³³.

¹³³ C. E. Edwards. *Plazos de la prisión preventiva*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1995. Pág. 2.



En la legislación guatemalteca, la Constitución Política de la República, el Artículo 13 primer párrafo y el Código Procesal Penal en su Artículo 259, disponen los requisitos para la imposición de la prisión preventiva:

Constitución Política, Artículo 13: “Motivos para auto de prisión. No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito, y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él”.

Código Procesal Penal: Artículo 259. “Prisión Preventiva. Se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en él. La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso”.

De esa cuenta el autor Perfecto Andrés Ibañez, manifiesta lo siguiente: “Si bien éstos son los presupuestos necesarios para disponer la prisión preventiva, la aplicación práctica de este instituto se encuentra distante de su formulación teórica, la realidad nos demuestra que en muchos casos, quien cumple una prolongada y penosa prisión preventiva, luego es absuelto, o cumplió su condena encerrado preventivamente”¹³⁴.

¹³⁴ P. A. Ibañez. Op. Cit. Pág. 186.



En la legislación procesal penal guatemalteca, existen problemas en la aplicación e implementación del modelo jurídico de la prisión preventiva que el Código Procesal Penal nos presenta, la idea es que la forma de los actos judiciales esté referida directamente a garantías y principios que rigen un proceso penal coherente con el Estado de Derecho y que en su mayoría son derivados de la misma lógica del proceso. El procedimiento ideal para imponer a un imputado la medida de coerción personal de la prisión preventiva basado en el contenido del Código Procesal Penal debería ser el siguiente:

1. La promoción del Ministerio Público y su presencia en la audiencia en la que se debatirá sobre la imposición de las medidas de coerción, luego de que el procesado ha presentado declaración.
2. La presencia del imputado y su asesor en la audiencia, con el objeto de hacer efectivo el derecho de defensa.
3. La obvia presencia del Juez.
4. Solo podrá dictarse prisión preventiva luego de oír al sindicado, es decir, el imputado debe de haber declarado ya ante el Juez, antes de discutir sobre su situación en el proceso. Lo que se hará en el acto, de lo contrario, la detención se torna ilegal, pues el Juez tiene la obligación de decidir en forma inmediata la situación jurídica del procesado.
5. El debate sobre la imposición de la prisión preventiva debe realizarse en audiencia oral, que es la única forma en que se garantiza la presencia real de los intervinientes interesados. Privan en este acto, los mismos principios de la revisión, pues la forma de la constitución de la medida, es decir la oralidad, no debería variar, salvo la posibilidad del Juez de revisar de oficio, cuando se han modificado las circunstancias primitivas.



6. El auto en que se decida sobre la prisión preventiva debe estar debidamente fundamentado, indicado con precisión los presupuestos que motivan la medida.

Como consecuencia del contenido del numeral 6 del procedimiento descrito *ut supra*, la fundamentación del fallo que decreta la prisión preventiva, tiene que contemplar todos los presupuestos que se deducen de los Artículos 12, 13 y 14 de la Constitución, esto significa la necesaria observancia de: a) La existencia de un hecho delictivo; b) la forma de participación del sindicado y la forma en que el imputado puede afectar la realización de la ley penal (existencia de peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad).

Si en la resolución no se indican los motivos y elementos de convicción que el Juez tiene para determinar que el imputado no se presentará al proceso, entonces el fallo es insubsistente por sí mismo y por consiguiente, carente de fundamentación. Esto es importante porque constituye el primer eslabón en la construcción de los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para dictar una prisión preventiva conforme las disposiciones constitucionales.

Cuando la Constitución en su Artículo 13, se refiere a que “No podrá dictarse la prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él”, lo hace en dos sentidos:



1. En primer lugar a la necesidad de la existencia de elementos de convicción que demuestren la concurrencia de un ilícito penal; es decir, pruebas de la comisión de un delito.
2. En segundo lugar, la norma requiere además que existan elementos de convicción que establezcan la relación de imputación objetiva entre la acción del imputado y el hecho delictivo; o sea que, es preciso que existan pruebas de que la persona pudo haber sido autor o participe del hecho que le es imputado.

La fundamentación pues, no es una simple descripción de las pruebas que ha tenido el Juez a la vista, previo y al momento de decretar la prisión preventiva, sino, por el contrario, es un proceso de análisis de la información que le ha sido presentada anticipadamente. Por ello, un fallo carece de fundamentación cuando se ha omitido hacer el análisis correspondiente de la información existente o bien, se remite a pruebas que no son analizadas en el fallo, por cuanto el Juez únicamente enumera e indica que las mismas obran en autos.

Esto por otra parte hace insubsistente por sí mismo, el fallo judicial, pues para que las partes lo puedan controlar deben remitirse al expediente.

Los principales problemas en la aplicación de este modelo son: a) la parcialidad en la función jurisdiccional; b) la falta de independencia judicial; c) la inexistencia de inmediación; d) el inadecuado uso de las impugnaciones y; e) la corrupción imperante en el sistema judicial penal.



CONCLUSIÓN

La forma de concebir los derechos fundamentales del neoconstitucionalismo peca de cierta ingenuidad, podríamos calificar dicha concepción de los derechos fundamentales como *realismo ingenuo*, dadas las características lírico-semánticas de su exposición por parte de los cultivadores de dicha doctrina. La idea de la *constitucionalización del ordenamiento jurídico* (en el lenguaje de Guastini), promueve el planteamiento de problemas subyacentes a la realización de sus postulados y a la superación de obstáculos que el mismo sistema jurídico y la realidad política y social oponen.

Las propuestas del neoconstitucionalismo sobre la interpretación de los derechos fundamentales, superan en alcance a su concretización en la realidad y constituyen manifestaciones de principios sujetas a superación de grandes obstáculos en el plano de los hechos especialmente en el de su justiciabilidad y tutela efectiva.

La garantía de la presunción de inocencia exige necesariamente la solución de problemas proveídos principalmente por el sistema político y social para lograr la eficacia de su tutela judicial efectiva. El poder judicial debe ser controlador del poder político para no convertirse en su convalidador. El neoconstitucionalismo tiene un reto muy fuerte para resolver las contradicciones que su teoría no ha podido resolver, en aras de adaptarla a la realidad.

La cantidad de presos sin condena, en las cárceles de Guatemala, es alarmante dado el abuso que se ha hecho de la institución de la prisión preventiva; sin perjuicio de la lentitud del sistema judicial penal, es por ello, que, considero que la tesis del neoconstitucionalismo sobre la concepción de los derechos

fundamentales tiene un largo camino que recorrer, sobre todo en los estados latinoamericanos en los que el Estado de Derecho se vislumbra muy lejano en el horizonte y la regresión al autoritarismo se ha hecho evidente, como en Venezuela, país en que el gobierno ha solucionado recurrentemente los obstáculos a su gestión autocrática, encarcelando a los opositores políticos y clausurando los medios de comunicación que no son afines a sus decisiones y a sus políticas públicas.





BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos E. Y Bulygin, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2002.

- Alexy, Robert. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación. en: jueces y ponderación argumentativa*. México. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2006.

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Argentina. Editorial Gedisa. 2008.

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

- Amato, G. *Individuo y autoridad en la disciplina de la libertad personal*. Barcelona. Editorial Ariel. 1976.

- Aristóteles. *Ética a eudemo*. Madrid. Editorial Alianza. 2002.

- Aristóteles. *Ética a nicómaco*. Madrid. Editorial Alianza. 2002.

- Aristóteles. *Política*. Madrid. Editorial Alianza. 2002.

- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. España. Editorial Altaya, S. A. 1994.



- Bentham, J. *Tratado sobre la organización judicial y la codificación*. Madrid. Alianza Editorial. 1983.
- Berlin, Isaiah. *Conceptos y categorías*. México. Fondo de Cultura Económica. 1983.
- Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Colombia. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Colombia. 2006.
- Betegón, Jerónimo, y De Páramo, Juan Ramón. *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Barcelona. Editorial Ariel S.A. 1990.
- Bidart Campos, Germán José. *Teoría general de los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1989.
- Binder, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires. Editorial Ad Hoc. S.R.L. 1993.
- Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid. Editorial Debate. 1993.
- Bodenheimer, Edgar. *Toría del derecho*. México. Fondo de Cultura Económica. 1989.
- Borowski, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*. Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2003.



- Bovino, Alberto. *Encarcelamiento preventivo y derechos humanos*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. 1999.
- Brandt, R.B. *Teoría ética*. Madrid. Editorial Alianza. 1982.
- Buergenthal, Thomas; Grossman, Claudio; Nikken, Pedro. *Manual internacional de derechos humanos*. Caracas/San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. 1990.
- Cafferata Nores, José I. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires. Ediciones De Palma. 1998.
- Carrara, F. *Programa de derecho criminal*. Bogotá. Editorial Temis. 1957.
- Carrió, Genaro Rubén. *Sobre el concepto de deber jurídico*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. 1966.
- Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Buenos Aires. Editorial EJE. 1959.
- Cicerón. *Sobre los deberes*. Madrid. Editorial Alianza. 2002.
- Comanducci, Paolo; Ahumada, María de los Ángeles & González Lagier, Daniel. *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid-México. Editorial Fontamara. 2013.
- Comanducci, Paolo. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. México. Editorial Fontamara. 2013.



- Comanducci, Paolo. *Modelos e interpretación de la constitución*. Carbonell, Miguel. (Comp.). *Teoría de la constitución. ensayos escogidos*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Editorial Porrúa. 2000.
- Comanducci, Paolo. *Hacia una teoría analítica del derecho. ensayos escogidos*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2010.
- Cordero, F. *Procedimiento penal*. Madrid. Editorial Pirámide. 1992.
- Cortina, A. *La moral como forma deficiente de derecho*. Madrid. Revista Doxa. No. 5. 1988.
- Cruz, P. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. Madrid. Revista Española de Derecho Constitucional. No. 25. 1989.
- Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del derecho*. Barcelona. Editorial Bosch. 1980.
- Devis Echeandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires. T.I. Editorial Universidad. 1984.
- Díez Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Madrid. Editorial Ariel. 1973.
- Dworkin, R. *El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral*. México. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
- Dworkin, Ronald. *Liberalismo, constitución y democracia*. Buenos Aires. Editorial La Isla de La Luna. 2003.



- Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona. Editorial Ariel. 1999.
- Edwards, Carlos Enrique. *Plazos de la prisión preventiva*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1995.
- Fernández, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid. Editorial Debate. 1984.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. la ley del más débil*. Madrid. Editorial Trotta. 1999.
- Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid. Editorial Trotta. 2009.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta. 2001.
- Ferrater Mora, José. *Diccionario de filosofía abreviado*. Buenos Aires. Editorial Sudamericana. 2002.
- Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. 2000.
- Fioravanti, Maurizio. *Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades*. Madrid. Editorial Trotta. 2000.
- Galvis Ortiz, Ligia. *Comprensión de los derechos humanos*. Bogotá. Ediciones Aurora. 2008.



- Gros Espiell, Hector. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema americano*. San José, Costa Rica. Editorial Libro Libre. 1986.

- García Figueroa, A. *Principios y positivismo jurídico. el no positivismo principalista en las teorías de ronald dworkin y robert alexy*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998.

- García Hidobro, Joaquín. *Razón práctica y derecho natural*. Valparaíso. Editorial Edeval. 1993.

- García Maynez, Eduardo. *Ética*. México. Editorial Porrúa. 1970.

- García Maynez, Eduardo. *Filosofía del derecho*. México. Editorial Porrúa. 2002.

- García Maynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México. Editorial Porrúa. 2002.

- García Maynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México. Editorial Fontamara. 2002.

- García Morente, Manuel. *Lecciones preliminares de filosofía*. México. Editores Mexicanos Unidos, S.A. 1990.



- Geiger, Theodor. Barcelona. *Derecho y moral*. Editorial Alfa. 1982.

- Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México. Editorial Fontamara. 2013.

- Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. España. Editorial Trotta. 2008.

- Haberle, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998.

- Habermas, J. *Facticidad y validez*. Madrid. Editorial Trotta. 1998.

- Hart, H.L.A. *¿Hay derechos naturales? derecho y moral. contribuciones a su análisis*. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1962.

- Hayek, Friedrich A. *Los fundamentos de la libertad*. Madrid. Unión Editorial. 1998.

- Hierro, L. L. *Estado de derecho. Problemas actuales*. México. Editorial Fontamara. 998.



- Hobbes, Thomas. *Leviatan. la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*. Madrid. Iianza Editorial. 1999.

- Ibañez, Perfecto Andrés. *Justicia penal, derechos y garantías*. Bogotá. Editorial Temis. 2007.

- Ibañez, Perfecto Andrés. *Proceso penal y actuación de oficio de los jueces*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 1995.

- Ibañez, Perfecto Andrés. *Presunción de inocencia y prisión sin condena*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 1996.

- Ibañez, Perfecto Andrés. *La función de las garantías en la actividad probatoria*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. Editorial Mateu Cromo, S.A. 1993.

- Isaiah Berlin. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid. Alianza Editorial. 2007.

- Jakobs, G. *¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege?* Buenos Aires. Editorial Hamurabi. 2007.

- Kant, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid. Editorial Tecnos. 1989.



- Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho*. México. Editora Nacional, S.A. 1981.

- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Edición de 1960. México. Editorial Porrúa. 2013.

- Laporta, Francisco J. *Sobre el concepto de derechos humanos*. Madrid. Revista Doxa, No. 4. 1987.

- Laviña, Félix. *Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires. Editorial De Palma. 1987.

- Legaz y Lacambra, Luis. *La obligatoriedad jurídica*. Madrid. Anuario de Filosofía del Derecho Número 1. 1953.

- Levy-Bruhl, Henri. *Sociología del derecho*. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1966.

- Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid. Editorial Aguilar. 1960.



- Lucas, J. *Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos morales*. Madrid. Editorial Tecnos. 1992.

- Lucas J. & Añón, M.J. *Necesidades, razones, derechos*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1990.

- Maier, J. *Derecho procesal penal I. fundamentos*. Buenos Aires. Ediciones del Puerto. 1996.

- Maldonado Aguirre, Alejandro. *Las constituciones de Guatemala*. Guatemala. Editorial Piedra Santa. 1998.

- Malem Seña, Jorge F. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona. Editorial Ariel. Barcelona. 1988.

- Manili, Pablo Luis (Coordinador). *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires. Editorial Universidad. 2005.

- Manzoni, A. *Historia de la columna infame*. Madrid. Alianza Editorial. 1987.

- Martínez Gálvez, Arturo. *Derechos humanos y el procurador de los derechos humanos*. Guatemala. Editorial Vile. 1990.



- Melden, A.I. *Obligación jurídica y obligación moral*. México. Cuadernos de Crítica. UNAM.1977.

- Molina, Enrique. *La moral entre la convicción y la utilidad*. Ediciones Eunate. Pamplona. 1996.

- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Los derechos humanos*. Bogotá. Editorial Temis. 1980.

- Montero Aroca, Juan. *Principios del proceso penal. una explicación basada en la razón*. España. Editorial Tirant Lo Blanch. 1997.

- Moreso, J. J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.

- Muguerza, J. *La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)*. En: Peces Barba, Gregorio. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid. Editorial Debate. 1989.

- Muratori, L. A. *Defectos de la jurisprudencia*. Madrid. Editorial Cátedra. 1974.



- Nino, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*. Barcelona. Editorial Ariel 1994.

- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. un ensayo de fundamentación*. Barcelona. Editorial Ariel. 1989.

- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1993.

Nobili, Agnello. *La lógica de probabilidades aplicada al proceso penal*. Barcelona. Editorial Paidós. 1986.

- Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1981.

- Pastor, D. R. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*. Fundación Konrad Adenauer. Buenos Aires. Editorial Ad Hoc. 2002.

- Patzig, G. *Ética sin metafísica*. Buenos Aires. Editorial Alfa. 1975.

- Peces Barba, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Mezquita. 1982.



- Peces Barba, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Madrid. Universidad Complutense. 1983.

- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Teoría del derecho*. Una Concepción de la Experiencia Jurídica. Madrid. Editorial Tecnos. 1997.

- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos*. Estado de Derecho y Constitución. Madrid. Editorial Tecnos. 1984.

- Pino, Giorgio. *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima. Editorial Palestra. 2013.

- Popper, Karl. *En busca de un mundo mejor*. España. Ediciones Paidós. 1994.

- Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México. Editorial Fontamara. 1999.

-Prieto Sanchís, Luis. *Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales*. En: González Álvarez, Roberto (Coordinador). *Constitución, ley y proceso*. Perú. Ara Editores. 2013.



- Prieto Sanchís, Luis. *Derechos fundamentales*. En: Garzón Valdez, Ernesto & Laporta, Francisco J. (Coordinadores). *El derecho y la justicia*. Madrid: Editorial Trotta. 2000.

- Radbruch, Gustav. Schmidt, Eberhart. Welsel, Hans. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid. Editorial Aguilar. 1971.

- Ramírez Cardona, Alejandro. *El estado de justicia*. Colombia. Editorial Temis. 1996.

- Raz, J. *La autoridad del derecho*. México. UNAM. 1982.

- Rawls, John. *Justicia como equidad. materiales para una teoría de la justicia*. Madrid. Editorial Tecnos. 1986.

- Rawls, John. *Liberalismo político*. México. Fondo de Cultura Económica. 2003.

- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. México. Fondo de Cultura Económica. 1978.

- Recaséns Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México. Editorial Porrúa. México. 1980.



- Royer, J. *Historia de la justicia en francia*. Barcelona. Editorial Ariel. 1995.
- Rolz Bennertt, José. *El problema de la seguridad en la estimativa jurídica*. Universidad Nacional. Guatemala. 1941.
- Rousseau, Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. Madrid. Editorial Tecnos. 1987.
- Rousseau, Jacques. *El contrato social o principios de derecho político*. Madrid. Editorial Tecnos. 1988.
- Russell, Bertrand. *Historia de la filosofía occidental* Tomos I y II. España. Editorial Austral. 2007.
- Santiago Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2001.
- Singer, P. *Democracia y desobediencia*. Barcelona. Ariel. 1984.
- Stammler, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*. México. Editorial Nacional. 1974.



- Stevenson, Leslie y Haberman, David L. *Diez teorías sobre la naturaleza humana*. Madrid. Editorial Cátedra. 2001.

- Stuart Mill, John. *El utilitarismo*. Madrid. Alianza Editorial. 1984.

- Stuart Mill, John. *Principios de economía política*. México. Fondo de Cultura Económica. 1978.

- Stuart Mill, John. *Sobre la libertad*. Madrid. Alianza Editorial. 1970.

- Taruffo, M. *La prueba de los hechos*. Madrid. Editorial Trotta. 2002.

- Terán, Manuel. *Filosofía del derecho*. México. Editorial Porrúa. 1977.

- Truyol y Serra, Antonio. *Historia de la filosofía del derecho 2*. Madrid. Editorial Alianza Universidad Textos. 1995.

- Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Derecho y moral, ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona. Editorial Gedisa. 1998.

- Vélez Mariconde, Alfredo. *Estudios de derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires. Editorial Lerner. 1969.



- Vilanova, José. *Elementos de filosofía del derecho*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. 1977.

- Von Ihering, Rudolph. *La lucha por el derecho*. Buenos Aires. Valeta Ediciones S.R.L. 2004.

- Von Savigny, Friedrich Karl. *Metodología jurídica*. Buenos Aires. Valeta Ediciones S.R.L. 2004.

- Von Ihering, Rudolf. *El fin en el derecho*. Editorial Heliasta. 1978.

- Weber, Max. *Economía y sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica. 1987.

- Witker Velásquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio. *Metodología jurídica*. México. Editorial McGraw-Hill. 2002.

Wolff, R.P. PARA COMPRENDER A RAWLS. Fondo de Cultura Económica. México. 1977.

- Wright, George Henrik Von. *Norma y acción, una investigación lógica*. Madrid. Editorial Tecnos. 1979.



- Zafaroni, E. R. *Derecho penal. parte general*. México. Editorial Porrúa. 2001.

- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid. Editorial Trotta. 1999.

- Zenteno Barillas, Julio César. *Derecho internacional público. I parte*. USAC. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. 1997.

Legislación Consultada:

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Ley del Organismo Judicial.
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Convención Americana Sobre los Derechos Humanos.
- Carta Interamericana de Derechos Humanos.
- Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana Para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas.
- Convención de Belém do Pará.

- Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.
- Protocolo de San Salvador
- Otras leyes relacionadas con el problema a investigar

