

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



DIEGO MOISÉS FUENTES GARCÍA

GUATEMALA, ABRIL DE 2022

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

**DISCREPANCIA DE OPINIONES RESPECTO A LA DEFENSA TÉCNICA, POR
PARTE DE PROFESIONALES DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA
PENAL, CUANDO EL SINDICADO ES CONFESO Y CAPTURADO EN
FLAGRANCIA**



Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2022

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

DECANO:	MSc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 04 de octubre de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, MYNOR PENSAMIENTO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
DIEGO MOISÉS FUENTES GARCÍA, con carné 201212274,
 intitulado DISCREPANCIA DE OPINIONES RESPECTO A LA DEFENSA TÉCNICA, POR PARTE DE
PROFESIONALES DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL, CUANDO EL SINDICADO ES CONFESO Y
CAPTURADO EN FLAGRANCIA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

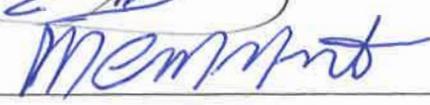
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 15 / 10 / 2020

f) 

Asesor(a)
 (Firma y Sello) **Lic. Mynor Pensamiento**
 ABOGADO Y NOTARIO





Lic. Mynor Pensamiento
Abogado y Notario
6ª Av. 0-60 zona 4, Torre Profesional I, Of. 311
3er. Nivel del Gran Centro Comercial de la zona 4

Guatemala, 20 de febrero de 2020

Licenciado:

Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Licenciado Orellana:

Atentamente me dirijo a usted para darle cumplimiento al nombramiento de fecha 04 de octubre de 2019, por medio del cual fui nombrado ASESOR de Tesis del bachiller **Diego Moisés Fuentes García** titulada: **“DISCREPANCIA DE OPINIONES RESPECTO A LA DEFENSA TÉCNICA, POR PARTE DE PROFESIONALES DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL, CUANDO EL SINDICADO ES CONFESO Y CAPTURADO EN FLAGRANCIA”**.

En cumplimiento de esta designación, he brindado la orientación requerida y se ha asesorado el tema con la debida acuciosidad, dando como resultado que: el desarrollo del trabajo de tesis, denota una investigación y estudios completos, su contenido científico y técnico de tesis, cumple con los requisitos del método científico de las ciencias sociales; a través de éste, se hacen observaciones; en cuanto a las técnicas empleadas, éstas tienen como objetivo exponer propuestas que se realizaron para llegar a resolver el problema a través de los pasos establecidos previamente, utilizando la recolección de datos, tales como: libros, diccionarios, la exposición de doctrina en páginas Web y ejerciendo el cronograma de actividades planteado en el plan de investigación.

La metodología y las técnicas de investigación que se han utilizado, se desarrollaron a través de un análisis crítico y descriptivo del contenido de la presente tesis y la realización de síntesis y deducciones para generar la conclusión discursiva; de manera que se utilizó el análisis de diversas leyes, doctrinas y la información de páginas de internet, que se relacionan con el tema investigado; todo ello, con el fin de llegar a la conclusión discursiva de que se deben buscar soluciones al problema señalado.

La redacción utilizada por el estudiante, es la correcta; apeguándose a los requisitos de las normas mínimas establecidas en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del Examen General Público.



La contribución científica de las ciencias sociales, son las normas, principios, fuentes y doctrinas; en donde el bachiller hace sus propias aportaciones, para comprobar y llegar a cumplir con los objetivos planteados. La conclusión discursiva, resume los resultados obtenidos y sugerencias; en la cual se da la importancia del estudio sobre algo tan valioso como lo es la solución al problema; dándole la consideración que amerita al ser estudiada, haciendo notar la necesidad de que se controle el problema señalado. La bibliografía consultada se extrajo de fuentes de autores nacionales e internacionales, así como páginas de internet.

En síntesis, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a las exigencias científicas y técnicas que se deben cumplir, de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, la conclusión discursiva, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación.

Indico que, no me une parentesco alguno con el bachiller **Diego Moisés Fuentes García**. En tal virtud emito **DICTAMEN FAVORABLE** al referido trabajo de tesis, a efecto de que continúe con el trámite respectivo, ya que el estudio desarrollado cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis y de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,


Lic. Mynor Pensamiento
Colegiado No. 6042
Lic. Mynor Pensamiento
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 11 de marzo de 2021



Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

De manera atenta le informo que fui consejero de estilo de la tesis titulada: DISCREPANCIA DE OPINIONES RESPECTO A LA DEFENSA TÉCNICA, POR PARTE DE PROFESIONALES DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL, CUANDO EL SINDICADO ES CONFESO Y CAPTURADO EN FLAGRANCIA, realizada por el bachiller: DIEGO MOISÉS FUENTES GARCÍA, para obtener el grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

El alumno cumplió con todas las observaciones, de manera virtual, que le hiciera, por lo que dictamino de manera FAVORABLE, por lo que el trámite de orden de impresión puede continuar.

ID Y ENSEÑAD A TODOS



Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Consejero de Comisión de Estilo



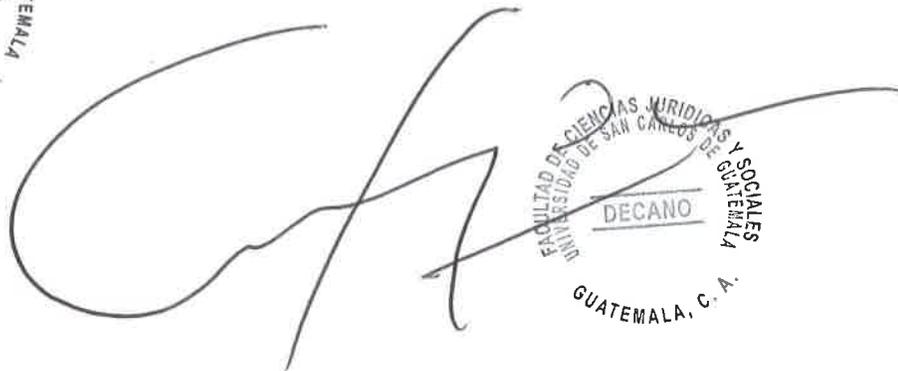
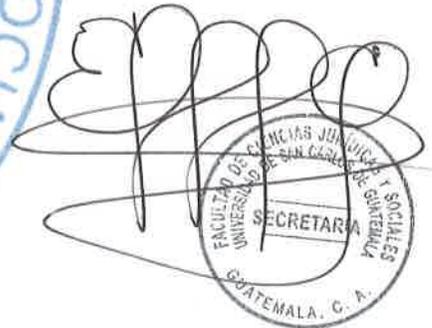
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, siete de marzo de dos mil veintidos.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DIEGO MOISÉS FUENTES GARCÍA, titulado DISCREPANCIA DE OPINIONES RESPECTO A LA DEFENSA TÉCNICA, POR PARTE DE PROFESIONALES DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL, CUANDO EL SINDICADO ES CONFESO Y CAPTURADO EN FLAGRANCIA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/JPTR.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi luz y mi fuerza en todo momento.
- A MIS PADRES:** Por su esfuerzo incansable de trabajo y sacrificios hechos para mi superación, que con paciencia, esfuerzo y educación son forjadores de lo que hoy soy, gracias por su amor incondicional; esto también es por y para ustedes.
- A MIS HERMANOS:** Por brindarme cariño y apoyo en todo momento.
- A MIS AMIGOS:** Los Powas por haber sido parte importante en esta etapa de mi vida, motivándome cada día a poder culminar juntos esta meta en común
- A:** Todas las personas que en una u otra forma contribuyeron en mi formación profesional.
- A:** La facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala: por haberme formado como profesional



PRESENTACIÓN

Con esta tesis se da una perspectiva de lo que engloba el espectro de las discrepancias de los profesionales del Instituto de la Defensa Pública Penal. Esto, con base en los principios del derecho. De la misma manera, se evidenció la necesidad del apego a las normas que regulan la forma de aplicación de la utilización de las aprehensiones; para con esto, unificar los criterios de los profesionales de la institución en mención. Asimismo, corroborar procesos para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, con respecto a las ya mencionadas capturas.

Esta investigación corresponde a las ramas de los derechos: penal, procesal penal y constitucional. El período en que se desarrolla la investigación es de marzo de 2021 a octubre de 2021. Es de tipo cualitativo. El sujeto de estudio son las aprehensiones de capturados en flagrancia; y, el objeto, la discrepancia de opiniones respecto a la defensa técnica, por parte de profesionales del Instituto de la Defensa Pública Penal, cuando el sindicado es confeso y capturado en flagrancia.

Como aporte científico de este trabajo se estableció, de forma legal y doctrinaria, cuáles son los factores que generan que, dentro el Instituto de la Defensa Pública Penal, se den discrepancias en cuanto a los criterios de los profesionales, debido a las ocasiones en que se es confeso un sindicado que es capturado en flagrancia.

HIPÓTESIS



Dentro del Instituto de la Defensa Pública Penal, existen discrepancias entre los profesionales del derecho, en cuanto a los casos en que los sindicados son confesos y capturados en flagrancia, debido a la forma en que debe llevarse a cabo la defensa técnica. Esto, derivado de las diferentes aristas que muestra el derecho penal en cuanto a la flagrancia ,principalmente; así como al desarrollo de los procesos penales, con respecto a los casos ya mencionados. Sin embargo, en Guatemala aun se tienen como base, los principios generales del derecho, que rigen gran parte de los procesos, incluyendo el proceso penal; existen diversos escenarios en los cuales la defensa técnica pasa a ser más o menos complicada, por las acciones o elementos que la acompañan, como lo es, la parte policial; que es un elemento critico dentro de los procesos en los cuales el sindicado es capturado en flagrancia; lo cual visibiliza la necesidad que existe dentro de la normativa guatemalteca, de la aplicación de elementos más objetivos y normas positivas, que busquen la implementación de procesos necesarios para la unificación de criterios.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Durante la elaboración del trabajo de tesis se comprobaron factores que generan la problemática abordada. Se inicia por los elementos ambiguos que surgen de la defensa pública en la doctrina, como en la aplicación de la misma dentro de los procesos penales. Por otra parte, la institución en cuestión muestra una línea clara que permite que el criterio y razonamiento de los profesionales que laboran para esta, se vea sesgado por una línea de pensamiento específica. Y, por otra parte, la falta de normas claras, nuevas y normas adecuadas a la realidad de la sociedad en las aprehensiones en flagrancia.

Entre los métodos que se emplearon para la validación de la hipótesis formulada, están: el analítico, el deductivo e inductivo y el dialéctico para la elaboración de razonamientos que sustentaron los aspectos científicos y jurídicos. Con lo que se pudo ampliar el conocimiento y perspectiva del tema en estudio. Asimismo, fueron de gran ayuda las técnicas de investigación bibliográfica, documental y de campo



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Principios generales del Derecho.....	1
1.1 Definición de principio.....	2
1.2 Naturaleza de los principios generales del Derecho.....	9
1.3 Historia	12

CAPÍTULO II

2. El Derecho Penal	19
2.1 Definición	20
2.2 Naturaleza.....	25
2.3 Secciones	26
2.4 Subsecciones	28
2.5 Finalidad	31
2.6. Características	31

CAPÍTULO III

3. Instituto de la Defensa Pública Penal.....	35
3.1 Definición	36
3.2 Naturaleza.....	37



3.3	Antecedentes de la Defensa Pública	37
3.4	Creación.....	40
3.5	Funcionamiento	43
3.6	Finalidad y misión	46
3.7	Visión	47
3.8	Rol de la defensa pública en el sistema de justicia	48

CAPÍTULO IV

4.	Discrepancia de opiniones respecto a la defensa técnica, por parte de profesionales del instituto de la defensa pública penal, cuando el sindicado es confeso y capturado en flagrancia	51
4.1	Valoración.....	59
	CONCLUSIÓN DISCURSIVA	65
	BIBLIOGRAFÍA	67

INTRODUCCIÓN



En esta tesis, se realizó un estudio acerca de las discrepancias con respecto a las opiniones acerca la defensa técnica por parte de los profesionales del Instituto de la Defensa Pública Penal, cuando el sindicado es confeso y capturado en flagrancia. Sin dejar de lado que, existe la necesidad de mantener la finalidad de las garantías constitucionales, y la objetividad de los derechos humanos. Se tiene claro que, éstos regulan claramente las circunstancias por las cuales, se deben utilizar normas claras que no den lugar a la ambigüedad.

El Instituto de la Defensa Pública Penal está dedicado a la protección y cumplimiento del ejercicio del derecho de defensa, el cual se encuentra constitucionalmente reconocido en Guatemala, se puede agregar que se establece con el fin de proveer defensa técnica a aquéllas personas que no tienen los recursos económicos suficientes para agenciarse de un abogado defensor que haga valer ante los órganos jurisdiccionales competentes su derecho a un debido proceso y el respeto de sus derechos humanos.

Como objetivo general de este informe final se tiene: evidenciar la necesidad de la utilización de métodos objetivos, en los cuales los procedimientos y acciones del Estado y las autoridades encargadas, permitan que se creen normas claras que brinden seguridad al regular y aplicar lo necesario para el cumplimiento de los derechos de los guatemaltecos. Y, como específico, analizar la vulneración que tiene lugar en casos como los mencionados, de la protección de las garantías de los guatemaltecos, al ser estrictamente de cumplimiento objetivo y positivo, de acuerdo con la realidad social.



guatemaltecos, al ser estrictamente de cumplimiento objetivo y positivo, de acuerdo con la realidad social.

En cuanto al contenido del trabajo, se encuentra dividido en cuatro capítulos: en el primero se estudiaron los principios generales del derecho, su definición, naturaleza e historia, respectivamente; en el segundo se detalló el derecho penal, tomándose en cuenta desde su definición, naturaleza, así como la comprensión de su división en secciones y subsecciones, para llegar a la finalidad y sus características específicas; en el tercero se trató el tema, Instituto de la Defensa Pública Penal, su naturaleza y antecedentes, se parte desde su creación y funcionamiento, sin dejar de lado su finalidad y como punto importante, el rol de la defensa pública en el Sistema de Justicia actual; y, por último, en el cuarto capítulo se desarrolló la explicación de los elementos, características y conceptos ambiguos de la flagrancia, se entiende que esto causa discrepancia en la opinión de los profesionales del Instituto de la Defensa Pública Penal, así como la valoración de la flagrancia.

Para alcanzar el objetivo trazado para esta investigación, fue necesaria la aplicación de los métodos: sintético, analítico, deductivo e inductivo y de campo; así como de las técnicas de investigación documental, bibliográfica y la observación.

Al finalizar la investigación se podrán tener conceptos claros, respecto a lo que engloba el concepto de flagrancia y de esta manera apuntalar la creación de las normas específicas que ayuden a unificar los criterios de los profesionales del Instituto de la Defensa Pública Penal.



CAPÍTULO I

1. Principios generales del derecho

En el transcurso de la investigación fue necesario entender tanto los procesos penales como la institucionalidad de los miembros de la entidad en cuestión, se entiende que previo a esto es necesario conocer cuáles son los principios generales del derecho, los cuales son los que nos llevan a tener un juicio sobre determinada situación. La idea de principio ya implica, por sí misma, una notable dosis de abstracción, pero al adjetivarlo con el calificativo de general no se está duplicando una misma idea, sino que se vigoriza su ya inicial significado de universalidad.

Jiménez Cano señala que la yuxtaposición, en la expresión principio general, se trata de un pleonismo (en el sentido gramatical de vocablo innecesario que da vigor a la expresión). Y cuando esta expresión la que se conecta al término derecho, se está delimita el ámbito objetivo de referencia: “Se trata de expresar aquellas proposiciones más abstractas que dan razón, o prestan base y fundamento al derecho”¹, más cómo dan base o fundamento al derecho o, mejor, de dónde surge esa base o fundamento.

Se da la denominación de principios generales del derecho a aquellos postulados del derecho natural que son los soportes sobre los que se rige la legislación positiva o a los ideales jurídicos de la comunidad.

¹ Arce y Florez-Valdés, Joaquín, **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**, pág. 63



1.1. Definición de principio

Tal y como pudimos observar en el apartado anterior, existen ciertos principios de derecho natural, que sin haber sido incorporados al derecho positivo sirven para integrar o complementar dicho derecho; ejemplo: Los principios de justicia social que deben inspirar al derecho de trabajo; los que limitan el enriquecimiento sin causa o la usura. También se consideran como principios generales del derecho aquellos sobre los cuales se ha creado el derecho positivo; es decir, los que le han servido de base para organizar política, social y económicamente al Estado.

Por consiguiente, se estima que los principios generales del derecho contienen una múltiple función, ya que por una parte constituyen el fundamento del derecho positivo y por otra vienen a ser una fuente formal del derecho.

En ellos deberá sostenerse el juez para resolver el caso concreto cuando falte una norma expresa que implique la solución al mismo; es decir, los principios generales del derecho no implican la norma jurídica (no son fuentes directas); pero contribuyen a crearla (son fuentes indirectas). Los considerandos de las leyes y códigos consagran, generalmente, los principios propios de la rama del derecho que se regula dentro de ellos.

Así, por ejemplo, en los considerandos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, se consagran los principios democráticos, de justicia, libertad y seguridad que han de regir al Estado de Guatemala. El Código de trabajo, por su parte, consagra dentro de sus considerandos los principios de tutelaridad, justicia social, conciliación entre el capital y el trabajo, etc., que deben inspirar la legislación laboral.



En relación el origen de los principios generales del derecho pronto se admitieron dos posturas enfrentadas, cosa que se reitera en tantos aspectos de la Filosofía jurídica y que Rodríguez Paniagua José Maria, ha tipificado como la historicista y la filosófica. Así, Legaz y Lacambra hace referencia a la dualidad doctrinal que escinde a los científicos del derecho en dos campos, en relación con esta materia: El de los que consideran que los principios generales del derecho son “sencillamente aquellos que informan un ordenamiento jurídico dado y el de los que, por el contrario, piensan que se trata de principios filosóficos *a priori*, o sea, de una normatividad *iusnaturalista*”.²

Ahora, es admisible contemplar que para la concepción historicista afirma que, si los principios generales del derecho fueran principios de derecho natural, la generalidad de estos causaría el arbitrio judicial y, en consecuencia, se crearía una falta de seguridad y certeza jurídicas.

Por consiguiente, que para los positivistas los principios generales del derecho son principios inferidos del ordenamiento jurídico por analogía (analogía iuris). Las lagunas se evitan y se cierra completamente el sistema si, en defecto de ley y costumbre aplicables al caso, se comparece a la analogía.

De esta forma, la concepción *iusnaturalista* resalta la carencia del ordenamiento jurídico positivo y la obligación de acudir a los principios del derecho natural, pero para limitar la arbitrariedad judicial al mínimo, los principios generales del derecho sólo han de ser adaptados en defecto de la ley y con respeto a los expresados en el ordenamiento jurídico. Señalan Díez-Picazo y Antonio Gullón que la posición filosófica o deontológica

² Legaz y Lacambra, Luis, **Los principios generales del derecho**, pág. 58



tiene tres variantes, la que desde planteamientos kantianos entienden que los principios son razón pura, los *iusnaturalistas* estrictos que piensan que son principios de un derecho natural inmutable (*iusnaturalismo* clásico) o cambiante, de contenido variable (Stammler) o contenido progresivo (Renard) y, por último, los que apoyan los principios generales del derecho en la equidad o en ciertos valores como la justicia, la libertad, la igualdad y la dignidad humana, principios enunciados en la Constitución española.

Conforme estos mismos autores que el criterio historicista tiene asimismo tres vertientes, la que entiende que son principios del derecho romano, la que aboga por su creación por parte de la doctrina científica y los que piensan que son adquiridos por inducción legislativa. Asimismo, han surgido posturas más extensas y eclécticas, que recogen elementos de las anteriores doctrinas y los juristas que según del Vecchio representan tal eclecticismo son Legaz y Lacambra desde la Filosofía jurídica y, desde el derecho civil, Albaladejo, Bonet, De Buen, De Castro, Clemente De Diego y Puig Peña.

De igual forma, cabe mencionar numerosos conceptos en la doctrina. Por ejemplo, los principios generales del derecho son “las ideas principales de la organización jurídica de la Nación”.³

Joaquín Arce y Flórez-Valdés, los determina como las ideas primordiales acerca de la estructura jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que ejecutan funciones fundadora, interpretativa y complementaria respecto de su total ordenamiento jurídico.

³ De Castro y Bravo, Federico, **derecho civil de España. Parte general**, pág. 420



De acuerdo con Larenz Karl, los principios jurídicos son los razonamientos directores de una regulación jurídica real o probable y los principios ético-jurídicos son patrones orientadores de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar decisiones jurídicas.

Aun así, Nicola Coviello los especifica como los postulados naturales precisos de las diferentes normativas legislativas, de las cuales en vigor de la conceptualización deben únicamente deducirse.

Raymundo Salvat, citado por Rodolfo Vigo, los entiende como las reglas fundamentales que alientan la legislación de un país y le sirven de base. Es por ello que, los principios generales del derecho pueden ser definidos como los elementos de integración e interpretación de las normas jurídicas.

Es trascendental evidenciar que el alcance del análisis de los principios, deviene que son éstos una de las fuentes del derecho en orden racional en consecuencia, habría que discernir cuáles han sido estas y en qué lugar la doctrina ha ubicado con relación a las demás fuentes del derecho.

En la actualidad, es posible percatarnos que la doctrina no es una fuente formal directa del derecho, pues por muy grande que sea el prestigio de los autores, sus opiniones no van a ser consideradas, en ningún caso, como normas generales de cumplimiento obligatorio.



Sin embargo, si se puede conceptualizarla como fuente formal indirecta, ya que puede influir en los legisladores y en los jueces cuando emiten las normas de carácter individualizado, según el caso.

Ahora bien, las fuentes del derecho comprendiéndolas en el sentido gramatical son justamente de donde emana el derecho y por ende las normas que lo constituyen. Por ello no hay que mezclar este concepto con las normas que las contienen. De esta manera puede definirse a las fuentes del derecho “como todo aquello que da origen al orden jurídico vigente.”⁴ Doctrinalmente han sido aprobadas y clasificadas en tres grandes rubros: históricas, reales o materiales y formales, que las primeras se refieren a los textos de naturaleza legal que formaron normas jurídicas vigentes en el pasado, así como la doctrina del pasado.

El tratadista Peniche Bolio indica que cuando expresamos que los diez mandamientos, que las siete partidas del derecho Romano, el Código de Hammurabi... son derecho, desde luego en presencia de registros históricos que produjeron para la humanidad antecedentes jurídicos de irrefutable valor.

Eso nos demuestran cómo los antiguos registros... produjeron derecho. Las fuentes históricas, tal como han sido estimadas por diversos tratadistas, tendrían la perspicacia especial de transponer las fronteras y las épocas se influye generaciones enteras de sistemas jurídicos en diversos pueblos.

⁴ Acosta Romero, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca, **derecho jurisprudencial mexicano**, pág. 77



Ahora bien, se halla el resultado que el derecho romano ha dejado a las instituciones del derecho de las civilizaciones occidentales. Las fuentes reales o materiales han sido definidas como el “conjunto de circunstancias y necesidades sociales, económicas, políticas, etcétera, que en un momento y lugar determinados provocan la creación de normas de derecho, se condiciona primordialmente a su contenido.”⁵

Por lo tanto, se puede decir que las fuentes reales, tienen como atributo principal que condicionan el contenido valorativo de las normas de derecho, se atiende a las razones fácticas que les dan origen.

Así verbigracia, se encuentra que el contenido de la fracción IV del Artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que obliga a todos los mexicanos a pagar impuestos se fundó en la necesidad de coadyuvar en los gastos del gobierno, con las características que el mismo precepto establece para que realice las funciones que le han sido encomendadas se procura el bien común.

Para concluir, como se conoce como fuentes formales a los procesos por los cuales se crea el orden jurídico. En términos de García Máynez, se ha dicho que las formales son procesos de manifestación de normas jurídicas. Ahora bien: La idea de proceso implica la de una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos.

⁵ Alfonso Pérez Fonseca **Op. Cit.** Pág. 78



Por consiguiente, se puede entender que las fuentes formales del derecho son los sucesos o actos que dan a una regla el carácter del derecho positivo, pues ya lo decía

Julián Bonnecase la regla del derecho es un precepto de conducta exterior, efectivamente impuesto o susceptible, social y racionalmente de imponerse al hombre, bajo la presión de una coerción igualmente exterior, proveniente de una autoridad constituida, con vista a la realización de la armonía social, por medio de la conciliación del respeto y de la protección de la personalidad de los individuos, con la salvaguardia y las exigencias positivas de los intereses de la colectividad, considerada en sus diversas agrupaciones.

Por tanto, es que se ha clasificado a las fuentes formales de la siguiente manera: Legislación, decreto ley, decreto delegado, reglamentos, circulares, doctrina, costumbre, tratados internacionales, jurisprudencia y principios generales del derecho.

Ahora bien, se toma en consideración la pirámide kelseniana de la jerarquía de las leyes, los principios generales del derecho se localizan en la base, ya que éstos son utilizados cuando las demás fuentes formales del derecho no aportan una respuesta al problema específico que se plantea en una situación determinada. Se toma en cuenta todo lo anterior, se puede decir que los principios generales del derecho: “Son las ideas rectoras o principios generales sobre los que se basa el ordenamiento jurídico.”⁶

⁶ Di Silvestre, Andrea Verónica, Mónica Gabriela Maíz y Claudio Daniel Soto, **Instituciones de derecho procesal civil para peritos**, pág. 18

1.2. Naturaleza de los principios generales del derecho

Como bien se ha podido entender en los apartados anteriores, los principios generales del derecho están basados en un ordenamiento y compuestos de elementos específicos, por lo que se nos hace necesario entender también la naturaleza de los mismos. La cuestión sobre la naturaleza de los principios generales del derecho versa sobre si estos se incardinan o no dentro de las normas jurídicas. Los principios generales del derecho, son normas jurídicas o son otra cosa. Para la mayor parte de la doctrina son normas jurídicas, si bien unos entienden que son normas más generales que las demás, otros que: “Son normas base o normas directivas o normas indefinidas o normas indirectas”.⁷

Ahora bien, algunos niegan el carácter de normas, son: “Criterios directivos o pautas orientadoras de normación.”⁸ Aunque Prieto Sanchis señala que parecía sugerir, no que no fuesen normas, sino que no eran jurídicamente obligatorias o tan obligatorias como el resto de las normas, Larenz kart indica que esta posición se explica por una muy restrictiva idea de norma como conexión entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

Si se acepta una idea más amplia de norma como proposición sobre lo que debe ser no hay ninguna dificultad en incluir los principios en el concepto de norma. Por otro lado, se ha discutido también si los principios generales del derecho son la misma cosa que las *regulae iuris* del derecho romano, más estas son explicaciones breves, formulaciones aclaratorias, de una determinada decisión jurídica sin valor de principios o normas

⁷ Cabanillas Gallas, Pío, **Consideraciones sobre los principios generales del derecho**, pág. 27

⁸ Betti, E. **La interpretación de la ley y de los actos jurídicos, Teoría general y dogmática**, pág. 73



generales, aunque: “Con frecuencia los principios generales del derecho se formulan como máximas, como *regulae iuris* o como aforismos jurídicos”.⁹

Para el especialista Martínez Muñoz, desde una óptica *iusnaturalista* de la cuestión y apoyándose en mucho en Dworkin, propugna la tesis de que los principios son irreductibles a normas y entre ellos existen numerosas desigualdades, de las cuales cabe señalar sucintamente las más importantes a juicio del autor citado:

a) Discrepancia estructural: Los principios tienen una organización más compleja, como fundamentos ontológicos del derecho son fundamento originario del mismo y no consideran nada jurídico, al contrario que las normas; como componentes cognoscitivos, son independientes y no se derivan unos de otros, al contrario que ocurre con las normas.

Por último, en la realización del derecho los principios son los determinantes de la actuación jurídica correcta mientras que las normas son el criterio valorativo de las mismas, ofrece soluciones equitativas cuando la aplicación de normas a casos singulares supone la casación de injusticia.

b) Discrepancia funcional: Las normas funcionan como medida (nomos) de lo justo, como expresión de mandatos o imperativos y como ordenadoras u organizadoras de las relaciones sociales, son instrumentales, los principios determinan la existencia de lo justo y el deber de hacer algo.

⁹ Albaladejo García, Manuel, **derecho civil**, pág. 125



c) Discrepancia genéticas: Las normas proceden de la organización estatal o social y necesitan que una autoridad determine su contenido, los principios tienen su origen en la propia naturaleza del derecho y obtienen su contenido de la misma naturaleza de las relaciones humanas en la que el derecho aparece.

d) Discrepancia aplicativas: Mientras que las normas se aplican o no se aplican las normas son aplicables a la manera de disyuntivas y si se aplican se puede hacer de forma inmediata los principios pueden aplicarse o no aplicarse en parte y precisan concretarse a un caso concreto.

e) Discrepancia intuitiva en cuanto a su vinculación: Mientras que las normas obligan para garantizar situaciones económicas, políticas o sociales, los principios obligan en cuanto son imperativos de justicia, para garantizar esta.

Se llamó principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

f) Discrepancia de validez: Un principio no pierde su validez por la contradicción con una norma, lo que sí ocurre en caso de antinomias, donde una norma desplaza a otra.

g) Discrepancia justificativa: Porque las normas siempre necesitan de una justificación, los principios no.

h) Discrepancia: Los principios pueden actuar como criterios interpretativos de las normas, pero las normas no.



1.3. Historia

Es necesario tomar en cuenta los hechos históricos que precedieron la conformación tanto del derecho, como de los principios generales del derecho. Conforme Nicolás Coviello indica que en Roma los principios generales del derecho no estuvieron, pero los jurisconsultos apoyaron sus resoluciones a casos no previstos en la *ratio iuris*, en la *natura rerum*, incluso en la *pietas* y en la *humanitas*, principios que podrán estar o no contenidos en una legislación.

Pero cuya presencia es manifiesta, de esta manera se encuentra como fuente supletoria de la ley, la ley trece en su párrafo siete, del título I, libro veintisiete del digesto aceptaba que a falta de la ley expresa podrá resolverse de acuerdo con la *naturalli iustitia*.

De este modo manifiesta Coviello que para el criterio de la Edad Media la ley y la norma no formulada derivan de un mismo principio u origen que es el derecho natural, así para Santo Tomás la ley humana desciende de la natural de la que se deriva como conclusión del principio o por modo de determinación particular. Para los canónicos la primacía se encuentra en el derecho natural señala que: “La razón natural es el escudo mejor de la ley, ya el juez no debe decidirse menos por la máxima natural o dictamen de la razón que por la ley escrita, porque preguntar por la ley cuando tiene la razón natural es debilidad del intelecto, enfermedad de la inteligencia”.¹⁰

¹⁰ Coviello, *Op. Cit.* pág. 27



Ahora bien, tal y como se puede ver la referencia a principios de derecho aparece en Francia y su aparición no corresponde a un precepto dotado de la fuerza legal, la referencia más antigua a principios de derecho data del proyecto del Código de Napoleón.

De Castro y Bravo refiere que, al codificarse el derecho francés, desde un punto de vista teórico y práctico se planteó el problema de la insuficiencia de la ley y de la necesidad de dar al juez la posibilidad de recurrir a una fuente que supliera las deficiencias de aquélla.

De este modo al formularse el título preliminar del Código se vio la conveniencia de que uno de sus Artículos determinara la ley que se debía aplicar como supletoria en caso de insuficiencia, y se propuso como fuente supletoria de la ley a los principios generales.

Y es en este preciso momento en donde aparecen los principios generales con una tendencia a convertirse en fuente consagrada por el derecho positivo para dar solución a casos no previstos expresamente por la Ley.

Finalmente, en el proyecto del título preliminar del Código de Napoleón, el Artículo 11, quedó redactado de esta manera: En las materias civiles, el juez, a falta de ley precisa, es un ministro de la equidad. La equidad es la vuelta a la ley natural y a los usos aceptados en el silencio de la ley positiva.

El tratadista Peniche Bolio expresa que posteriormente en la elaboración del proyecto del Código Civil de los Estados Sardos o Código Albertino de 1834 se habló del principio general del diritto naturale, luego, de razón natural como forma más adecuada para suplir las deficiencias de la ley.



En la discusión el senado Piamonte prefería la fórmula derecho común o la de principios de razón; por su parte el senado de Saboya la de principios de equidad. Señala el autor citado que el Artículo 15 del citado proyecto quedó redactado así.

Si una cuestión no puede ser resuelta ni por el texto ni por el espíritu de la ley, se tendrán en consideración los casos semejantes que las leyes hayan previsto especialmente y los fundamentos de otras leyes análogas, si a pesar de ello la cuestión es todavía dudosa, deberá decidirse según los principios generales del derecho, se toma en consideración todas las circunstancias del caso.

Ahora bien, como se puede ver en los párrafos anteriores la expresión principios generales del derecho que aparece en el precepto transcrito es la primera que se encuentra consagrada en un texto legal. “Es hasta 1889 cuando aparece consagrada en España los principios generales del derecho, a lo largo de la historia del derecho español resulta evidente la referencia a instituciones que en una corriente *iusnaturalista* podrían entenderse como principios generales del derecho”.¹¹

La fórmula fue encontrada hasta la aparición del Código Civil Español de 1889 en el Artículo sexto segunda parte: Cuando no haya ley exactamente aplicable al principio controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del derecho.

¹¹ Yanome, **Op. Cit.** Pág. 69



De este modo, el autor Mauricio Yanome señala que entre los antecedentes de los principios generales del derecho en México se puede tener la aclaración tercera al acta de Casamata de fecha primero de febrero de 1823, que dice: Los ciudadanos gozarán de sus respectivos derechos conforme a peculiar Constitución, fundada en los principios de igualdad, propiedad y libertad, conforme a leyes, que los explicarán en su extensión, respetándose sobre todo sus personas y propiedades que son las que corren más peligro en tiempo de convulsiones políticas. Ciertamente no se encuentra una referencia directa o textual a principios, sin embargo, los mencionados son los que se consideran como principios de derecho.

Se entiende lo anterior, se puede definir que, en Guatemala, el antecedente más concreto y antiguo, se encuentra en el Decreto número 76 del catorce de diciembre de 1839, que en su escueto preámbulo hace referencia a la necesidad de "...establecer las bases inalterables de la justicia, sobre las cuales debe fundarse el gobierno, y que estas sean conocidas y respetadas por los pueblos como el fundamento de su bienestar...".¹²

De acuerdo con esto, puede afirmarse que las legislaciones de pueblos modernos tienen en su base, aproximadamente los mismos principios generales del derecho. Es decir, se trata de verdades jurídico morales y religioso-teleológicas propias de la civilización cristiana que con el tiempo se va concretando de acuerdo con las diversas circunstancias y es en esta forma como no se encuentra ante la evolución o desarrollo de los principios generales.

¹² Digesto constitucional, **Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala**, pág. 149



El tiempo puede transformar los principios, pero no cambiarlos totalmente. Esta lucha por una actualización o adaptación del derecho a la época en cada momento de la historia, aparece ser el distintivo que singulariza a cada uno de los movimientos, sin embargo, contemplados a la distancia del tiempo, ninguno parece original, por diversos caminos todos persiguen el mismo fin.

La evolución de los principios generales del derecho no obedece a ningún plan y con cierta frecuencia tampoco responde a necesidad alguna. Son en realidad estas fuerzas reales aún las absurdas como los prejuicios o de valor limitado quizá como la moda, los factores que contribuyen a formar un sistema social que necesariamente ha de ser regido por un derecho que se adapte a él. A mayor generalidad del principio menos es su cambio o evolución y a menor generalidad del mismo, mayor es su cambio o evolución.

Por otra parte encontramos una posición naturalista en José María Díaz Couselo, quien sostiene que “los principios generales del derecho, tienen su origen en la Escuela Clásica del derecho natural de los siglos XVII y XVIII, la cual sostuvo la validez absoluta de sus principios filosóficos, elaborando su doctrina en base a dos supuestos que fueron la validez ilimitada del conocimiento y el de considerar al hombre en el mismo plano que el de la naturaleza, afirmando que su esencia es la razón”.¹³ Como consecuencia de ello, los principios generales del derecho se refieren a juicios de valor inherentes a la naturaleza del hombre. Pero dentro de la posición iusnaturalista, hay que distinguir distintas escuelas por medio de las diferentes épocas, debiendo destacarse dos corrientes fundamentales: el iusnaturalismo tradicional y el de la Escuela Clásica. Lo

¹³ J. M. Díaz Couselo, Op. Cit., Pág. 75



anterior significa que los principios generales del derecho tienen su origen en el Derecho Natural escolástico y el Derecho Natural racional. Los principios generales del derecho se originan de las posiciones que a lo largo de la historia ha asumido el propio estudio del derecho, es decir, derecho natural y derecho positivo. De allí la importancia de referirse a ambas posiciones y visualizar a lo largo de la historia el pensamiento filosófico que han tenido ambas. “En la Grecia antigua (siglo V) no se utilizaba la frase derecho natural en el sentido en el que actualmente se le da, podemos encontrar en sus pensadores concepciones que en la actualidad giran en torno de esta noción, entre ellas la llamada teoría biológica, sostenida principalmente por Calicles, Trasímaco y Carneades, la teoría teológica, sostenida por Sócrates, Hipías y Sófocles y la Teoría de Platón, Aristóteles y los estoicos”.¹⁴ Hipías en relación a su postura jurídica, indicaba: “Se hecha de ver el distinguo sofista entre la naturaleza y la ley con la adición de que en el campo de la naturaleza todos los hombres somos iguales y de similar condición. Este derecho natural se opone al dominio violento del derecho positivo y de la costumbre.”¹⁵ En los recuerdos socráticos de Jenofonte, se corrobora el carácter iusnaturalista del sofista de Elis, cuando afirma precisamente, la existencia de leyes no escritas, que rigen en todos los países de un mismo modo, impresas en la naturaleza del hombre. Tales leyes de naturaleza se pueden concretar en ejemplos, así: La ley que manda honrar a los padres, la que prohíbe el ayuntamiento entre padres e hijos, la que ordena respetar la vida. Ciertamente una concepción de este estilo, producida en un esquema social y político donde no existía la igualdad, tenía que implicar una posición revolucionaria y

¹⁴ L.A. Dorantes, Filosofía del derecho, segunda edición, Oxford University México, 2000. Pág. 100

¹⁵ M. Reyes Posada, el pensamiento político de los sofistas, Editorial Kelly, Pontificia Universidad Javeriana, República de Colombia, Colombia. Pág. 1973.



avanzada, hacia la reivindicación de la libertad original en el mundo de la naturaleza. En cuanto a las leyes positivas, Hippias las concibe como aquellas normas establecidas por el acuerdo de los ciudadanos sobre lo que hay que hacer y no hacer. Este elemento de acuerdo, implica un consenso político que venía a servir de base, de igual modo a los teóricos contractualistas y en especial a John Locke que afirmó, lo siguiente: el Estado como el producto del consentimiento popular por medio de un contrato social, donde el hombre trasciende a la mejor organización de la convivencia. La ley positiva en cuanto tal es también relativa, variable, sujeta a los antojos de la civilización y se puede cambiar cuando se desee, bien por su inutilidad, bien por las alteraciones frecuentes y normales en las escalas de los valores sociales. Solamente la ley natural ofrece seguridad y estabilidad, toda vez que no está sujeta al azar de las modificaciones, así como también realiza la idea de la justicia, que se debe aplicar a todos los hombres por igual. Esta concepción del Derecho Natural no le era extraña a Hippias, sin embargo al hombre griego del siglo V, si, basta citar las palabras de Antígona, en la tragedia de Sófocles, a Creonte: “No creí que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas, de manera que un mortal pudiese quebrantarlas. Pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron”.¹⁶

¹⁶ Ibidem. Pág. 120

CAPÍTULO II



2. El derecho penal

Después de hacer una breve reseña de los principios generales del derecho, es necesario que hace énfasis en la rama del derecho en donde recae tanto la institución en cuestión, como los principios violentados de acuerdo con la investigación.

Se encuentra dentro de la historia del derecho penal que esta disciplina ha recibido distintas denominaciones. Antiguamente, *Peinliches Recht*, en Alemania, posteriormente se llamaron *Kriminalrcht*.

En Italia se empleó la expresión *Diritto Penale*, aunque los positivistas prefirieron llamarle *Diritto Criminale*, para desterrar la palabra pena, que como es sabido, reemplazan por la de sanción; en Francia, se le llamó *Drot Pénal* y *Droit Criminal*, en tanto que en España y los países del continente americano se le denomina finalmente como derecho penal, con el cual es conocido hasta estos días.



2.1. Definición

Entonces, de acuerdo con lo que la doctrina nos muestra existen distintas definiciones para el derecho penal, sin embargo, para los fines que esta investigación nos es necesario hacer énfasis y detenernos a analizar definiciones que algunos autores nos dan para esta rama del derecho.

Por ejemplo, “Toda definición es un silogismo que, si bien plantea correctamente los problemas, los resuelve luego tautológicamente. Las definiciones que se han dado respecto a esta disciplina son diversas, de carácter subjetivo, unas, y de índole objetiva, las otras.

Pertencen al primer grupo las que ofrecen los siguientes autores, que son tomadas en cuenta por Luis Jiménez de Asúa en su libro sobre la ley y el delito, nos menciona a Berner y Brusa: “para quienes la consideran como la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado”. Las de carácter objetivo, indica este autor que son las que proporcionan: Renazzi, Tancredo Canonico, Holtzendorff, etc: “para quienes el derecho penal es un conjunto de normas que regulan el derecho punitivo”.

En esta clase pueden ser incluidas también las más recientes de Franz von Liszt, Prins, Garuad, etc: “quienes aceptan que es el conjunto de normas que asocian, al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia”.¹⁷

¹⁷ Jiménez de Asúa, Luis. **La ley y el delito. Principios de derecho penal.** Pág. 18



De esta manera, continúa Jiménez de Asúa, que el estudio del delincuente y de las medidas asegurativas amplió el concepto de esta rama jurídica, inicio a su vez que Alimena menciona aquél y Mayer habla de estas últimas, se incluye en su definición los otros medios de lucha contra el crimen. Igual hace Mezger, que pone una coletilla a la definición del derecho penal, en que sólo habla de pena, para comprender otras medidas que tienen por fin prevenir los delitos.

Así mismo se encuentran definiciones como la siguiente: "Derecho penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, se establece el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y se asocia a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".¹⁸

Por lo tanto, tomándolo desde el punto de vista subjetivo, *ius puniendi*, es frecuente leer en tratados de derecho que este se divide en subjetivo y objetivo. El primero consiste en la facultad de hacer o no hacer una cosa; el segundo es ley, regla o norma que manda, que permite o que prohíbe.

Así como en el derecho penal objetivo, el centro de la preocupación académica gira en torno a la sistematización de las normas jurídico-penales, en el caso del derecho penal subjetivo es la potestad punitiva del Estado.

¹⁸ **Ibid.** Pág. 15



Se puede hablar del derecho penal objetivo es el *ius poenale*, el derecho penal subjetivo es la potestad punitiva del Estado. Para algunos, el *ius poenale* es una emanación del *ius puniendi*, para otros ha sido todo lo contrario. Negar la existencia de un derecho subjetivo de castigar del Estado es cerrarse el camino para entender los fundamentos de todo el sistema del derecho penal.

Ciertamente durante mucho tiempo y quizá por efecto del gran desarrollo de la teoría del delito se produjo una gran despreocupación por este tema, lo que llevó a decir que constituía un recuerdo histórico, pero pasado el entusiasmo por la teoría del delito, o bien porque reducido el análisis sólo a ella había límites y contradicciones insalvables.

Los juristas han vuelto a colocar su atención en la pena y en la potestad del Estado de carácter punitivo. En suma, el derecho penal subjetivo o *ius puniendi* se puede definir como: “la potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad”.¹⁹

De esta forma, la expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima. La violencia penal no es sino un aspecto de aquélla. Ahora bien, de por sí implica un orden jurídico positivo, esto es, que el Estado es una organización surgida de los hombres y para los hombres; por tanto, cuando se plantea el problema del derecho natural, aunque haya autores que así lo hagan o períodos de la historia en que esto fue lo preponderante.

¹⁹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**. Pág. 39



Es derecho penal subjetivo el *ius puniendi*, que resulta limitado por las propias leyes que los Estados dictan. Esto es así en garantía de la libertad, ya que las actividades estatales han quedado, por lo mismo, concretadas a lo que la ley establece.

Originalmente, el poder punitivo del Estado, era considerado como un poder derivado de la soberanía del Estado. En virtud de este poder, el Estado dicta leyes penales, organiza el sistema judicial, condena y ejecuta las sanciones.

El *ius puniendi* aparece, por tanto, como la fuente del derecho penal objetivo. De acuerdo con el liberalismo político y del positivismo jurídico, esta concepción fue, por tanto, abandonada. El poder del Estado se consideró como fundado en las normas legales, las mismas que justifican su pretensión para reprimir a las personas.

El derecho a castigar sería un derecho subjetivo basado en la relación existente entre el Estado y el delincuente. Este criterio, que recuerda a la noción de derechos subjetivos del derecho privado, no es satisfactorio, ya que el poder punitivo del Estado no puede ser explicado como una prerrogativa derivada del conjunto de las disposiciones penales que el mismo Estado dicta. La noción de derecho penal subjetivo, entendida de esta manera, resulta incorrecta e inútil.

No se trata de un derecho subjetivo del Estado para castigar. Poder que está limitado por sus fundamentos mismos y por la Constitución de la República, sobre todo en las disposiciones referentes a la organización del Estado y a los derechos fundamentales. La explicación y fundamentación se encuentra en el estudio de las concepciones sobre el origen de la soberanía y de las teorías sobre la pena.



Ahora bien, desde el punto de vista objetivo, *ius poenale*, el derecho penal puede considerarse desde un punto de vista objetivo, es decir, como sistema normativo, o bien, subjetivo, como potestad del Estado.

El derecho penal objetivo se puede definir: “como aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho una pena y/o medidas de seguridad”.²⁰

El derecho penal objetivo tiene pues una finalidad de carácter sistemático, es decir, dar un desarrollo y explicación coherentes y racionales, con pretensión de validez universal, a las reglas jurídicas referidas al delito, al sujeto responsable y a las penas y medidas de seguridad.

De ahí que uno de los aspectos básicos del derecho penal sea el referido a su estructura normativa, esto es, a la naturaleza y carácter de las reglas jurídicas que lo componen.

En un sentido objetivo, se puede decir que, “el derecho penal es un conjunto de normas jurídicas, estatuidas por el órgano constitucionalmente competente; en las que se prevén, de un lado los comportamientos incriminados como delictuosos y, de otro, las sanciones en tanto consecuencias jurídicas de dichas acciones”.²¹

²⁰ Bustos, Juan, **Op. Cit.** Pág. 5

²¹ Hurtado Pozo, José. **Nociones básicas de derecho penal.** Pág. 1



De esta manera, “El derecho penal objetivo puede definirse como el conjunto de normas estatales referente a los delitos, las penas y otras medidas preventivas o preparatorias que son su consecuencia. Las normas jurídicas penales son siempre una respuesta a la cuestión ya indicada anteriormente, de la convivencia de los seres humanos y su consecuencia cuando esta convivencia genera actitudes u omisiones lesivas de los bienes jurídicos”.²²

2.2. Naturaleza

Del derecho penal nos es necesario entender tanto sus elementos, características, principios, como también es muy importante entender su naturaleza. Y no está de más decir que el derecho penal debe entenderse como conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.

Así, lo que caracteriza al derecho penal, es ser un conjunto dentro de las ciencias jurídicas en general, que estudia y define las normas penales, así como los elementos integrantes de las mismas, como también, los conceptos científicos sobre tales normas, la sanción, la responsabilidad y conceptos específicos como el delito, el delincuente y la pena. Se integra así la Ciencia del derecho penal.

²² De León Velasco, Héctor Aníbal, **Resúmenes de derecho penal**. Pág. 9



Es claro que el derecho penal como ciencia estudia la Teoría del Delito, la Teoría de la Ley Penal y la Teoría de la Pena y de las medidas de seguridad. Como ordenamiento jurídico, es decir como ley, contiene aquellas teorías hechas normas y plasmadas en ley en una parte general, descriptiva de aspectos generales a que se refiere la ley penal, y finalmente contiene una parte especial en donde se definen las conductas delictivas, los tipos penales y la punibilidad que ha de asociarse a ellos.

Ahora bien, al tocar el tema de la naturaleza jurídica del derecho penal, hay que referirse a sus características, las cuales únicamente se enumeran toda vez que serán tratadas en apartado especial y son las que definen la misma, como lo son: a) El derecho penal tiene carácter positivo; b) Es una rama jurídica que pertenece al derecho público; c) Es de esencia valorativa y finalista; y d) Es fundamentalmente sancionador.

2.3. Secciones

Cuando se habla del derecho penal, normalmente no se toma en cuenta sus secciones, sin embargo, de acuerdo con lo que previamente nos ha mostrado la investigación, no es necesario conocer las secciones que el derecho penal nos muestra, se entiende que según la manera cómo se estructuran los códigos penales modernos, se distingue el derecho penal general del derecho penal especial.

El primero está limitado a los ámbitos de la aplicación de la ley penal, define los elementos esenciales del delito y determina los límites y el tipo de las sanciones penales.



No está de más decir que el derecho penal especial describe los actos delictuosos e indica la pena que debe imponerse al responsable. El estudio de la parte general está muy desarrollado y la teoría del delito constituye un ejemplo del refinamiento dogmático alcanzado.

En cuanto al derecho penal especial es de lamentar la falta de análisis sistemáticos orientados a integrar o completar los tipos legales mediante la elaboración de principios o de criterios generales.

Es muy claro que razones esencialmente prácticas y de técnica legislativa se justifica esta distinción, es de señalar que las disposiciones de la parte general y de la parte especial de los códigos penales modernos se encuentran estrechamente relacionadas, tanto en el plano teórico como en su aplicación concreta.

Este vínculo puede ser mostrado citando los Artículos 11 y 12 del Código Penal, Decreto 17- 73 del Congreso de la República, en los que se definen los delitos dolosos y culposos, respectivamente.

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



Ahora bien, para realizar un estudio correcto del derecho penal se debe dividirlo en dos partes: Iniciando por hacerlo en su parte general, en donde se encuentran:

- a) teoría de ley penal;
- b) teoría del delito (con inclusión del estudio del delincuente);
- c) teoría de la pena y las medidas de seguridad.

De la misma manera, se puede encontrar por su parte especial dividida de la siguiente manera:

- a) los delitos en particular;
- b) Penas y medidas de seguridad aplicables a los casos concretos;
- c) Las faltas.

2.4. Subsecciones

En el apartado anterior se tomaron en cuenta las secciones en las cuales el derecho penal se divide, sin embargo, existen subsecciones que debe tener en cuenta para la investigación. Y es de esta manera que se debe enmarcar que el derecho penal, así como tiene distintas acepciones, también se divide en varias subsecciones o ramas del derecho penal como se le ha denominado.



De acuerdo con lo anterior, se nos hace necesario entender que: "El derecho penal sustantivo es el derecho penal strictu sensu, llamado también, derecho penal material.

Pero este derecho fundamental precisa de un conjunto de normas jurídicas que disciplinan su aplicación en la práctica, y este nuevo organismo ha recibido el nombre de derecho penal procesal que vive en el cuadro general de las normas para que el otro pueda tener perfecta y exacta cristalización.

La técnica moderna tiende a la perfecta delimitación de ambas ramas jurídicas y hacerlas regir por principios diferentes. Esta exacta delimitación, sin embargo, no es posible en muchos aspectos lograrla, ello singularmente debido a la gran etapa histórica en que ambos derechos permanecieron unidos. Sabido es, en efecto, que los grandes cuerpos legales históricos disciplinaron conjuntamente ambas ramas jurídicas.

Esta etapa larga de vida común ha hecho que, aunque en los tiempos modernos se tienda a lograr una perfecta separación, todavía aparezcan en una rama preceptos legales que propiamente pertenecen a la otra."²³

De acuerdo con estas afirmaciones, se puede definir que dentro de las subsecciones del derecho penal se encuentran las siguientes:

a) El derecho penal disciplinario: Se hace necesario en este caso, distinguir el propio derecho penal del llamado derecho penal disciplinario, sobre el que tanto se teoriza en los tiempos modernos, los autores han tratado de perfilar bien las diferencias existentes entre uno y otro.

²³ Puig Peña, Federico. **derecho penal**. pág.13



Se inicia, en efecto, del diverso fin que mueve a uno y a otro, pues mientras que en el derecho penal común se tiende al restablecimiento del orden jurídico de carácter general, en el derecho disciplinario única y exclusivamente se tiende, como su nombre lo indica, a mantener la disciplina, la observancia de las normas específicas que afectan a un determinado sector de personas o instituciones.

Luego se fueron añaden otras notas de mayor alcance, como es la diferente naturaleza de que se componen unas y otras normas, pues mientras las normas del derecho penal común describen tipos delictivos o figuras específicas de conductas delictivas, las normas del derecho penal disciplinario tienen sólo en cuenta preceptos de carácter general que dejan, amplio campo para la resolución del asunto.

Por lo tanto, es posible definir el derecho penal disciplinario como la actividad del Estado cuando aplica penas no criminales. Es el derecho disciplinario por excelencia y su distinta naturaleza del derecho penal común.

En la actividad de determinados organismos cuando sancionan hechos que afectan a su constitución y funcionamiento. Un ejemplo típico de este derecho penal disciplinario son las sanciones académicas para el mantenimiento de la disciplina universitaria.

b) El derecho penal corporativo, encaminado a reprimir la infracción de los deberes que tiene una persona con la corporación a que pertenece en el trato directo con esta o con sus compañeros. Aquí se podría incluir la traición del abogado, la inmoralidad del médico o la brutalidad del deportista, etc.



Por lo tanto, en su sentido amplísimo cabe hablar también de un derecho penal disciplinario en esferas aún más íntimas, como ocurre por ejemplo con la familia, en donde podría comprenderse el llamado derecho de corrección paterna.

Así mismo, se puede decir del c) derecho penal administrativo es controvertido la delimitación entre el derecho penal propiamente dicho y del derecho penal administrativo, integrado por el conjunto de disposiciones que sancionan aquellos hechos que violan las disposiciones dictadas por la administración.

En unos casos resulta clarísima esta distinción; pero en cambio, en otros la línea que lo separa no aparece tan perfilada. Entonces se formulan por los tratadistas diversas teorías de diferentes alcances para distinguir el injusto penal del injusto de policía.

También se discute si este derecho penal administrativo o de policía debe seguir la vía de la savia que proporciona el derecho penal general o, por el contrario, debe integrar una rama jurídica de naturaleza totalmente distinta regida por sus propios principios.

2.5. Finalidad

Es sumamente indispensable que, dentro del marco de la investigación, y para determinar lo estipulado como el centro de la misma, se analice y describa cual es la finalidad o cuales son los fines del derecho penal. Ya que dentro de los fines del derecho penal se puede mencionar que este es eminentemente sancionador.



Al derecho penal le corresponde castigar los actos delictivos que lesionan o ponen en peligro intereses individuales, sociales y colectivos; Así mismo es preventivo y rehabilitador: Incluye dentro de sus fines la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente para devolverlo a la sociedad como un ente útil a ella.

Por lo tanto, esto claramente nos indica que, dentro de los fines del derecho penal, una de las fases más importantes por ser el objetivo del mismo, es la re inserción de la persona dentro de sociedad, y con esto culminar el proceso del derecho penal.

2.6. Características

Así como se ha mencionado en los apartados anteriores, las características del derecho penal son fundamentales para el desarrollo del conocimiento del mismo, por lo que para finalizar con el capítulo es necesario que se comprende que las características del derecho penal se encuentran relacionadas con su naturaleza jurídica.

Por lo que es necesario que se entienda cuáles son, se tiene en cuenta que son las siguientes:

a) El derecho penal tiene carácter positivo ya que es fundamentalmente jurídico, en el sentido de que el derecho penal vigente es sólo aquel que el Estado legalmente ha promulgado con el carácter de tal. Sobre el derecho penal positivo, se constituye el derecho penal y sólo conectando los problemas con esta positividad es cuando se hace verdadero derecho penal.



Esto no obsta para reconocer la enorme influencia del derecho natural y la conveniencia de encuadrar las normas penales en el trasfondo filosófico-cultural del período histórico en que el jurista está llamado a operar.

b) Es una rama jurídica que pertenece al derecho público debido a que los intereses que tutela, se concentran en la defensa de la colectividad; es sólo el cuidado y protección de la misma, lo que guía en la determinación de los delitos y en el señalamiento y aplicación de las penas, pues aun cuando en su ejercicio pueda depender en alguna ocasión de una manifestación de voluntad de los particulares, la acción dirigida a la represión es siempre pública y pertenece al Estado.

c) Es de esencia valorativo y finalista, ya que es fundamentalmente imperativo; pero esta imperatividad está subordinada a un orden valorativo, y a que califica los hechos de los hombres con arreglo a una evaluación de ellos y se tiene en cuenta el fin perseguido.

d) Es fundamentalmente sancionador, por lo que se ha discutido mucho la naturaleza sancionadora del derecho penal en razón de que, es soberano en la descripción de los tipos delictivos, debía considerársele de naturaleza constitutiva.

La investigación, claramente es sostenida por bastantes tratadistas, pero el más firme sector de la doctrina, tanto extranjera como española, sostiene, por el contrario, que el derecho penal, si bien en algunos aspectos tiene configuración autónoma, sin embargo, en su punto principal del castigo tiene una naturaleza sancionadora. Por lo tanto, nos es necesario admitir la unidad sustancial de la antijuridicidad valorada por el ordenamiento jurídico en general; representando, el derecho penal como una misión de mayor castigo y sanción a la conducta humana contraria a la ley.



CAPÍTULO III



3. Instituto de la Defensa Pública Penal

Dentro de la investigación es imperativo conocer de mejor manera el Instituto de la Defensa Pública Penal, por lo que se debe entender primero que es la defensa pública, por lo que se dará inicio al capítulo con algunos extractos de autores que han definido lo que es la defensa pública penal.

Para el tratadista, la Defensa Pública Penal “constituye el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le atribuye la comisión de un delito, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano”.²⁴

Rafael de Pina Vara, indica: “es la actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso penal realizado por un abogado, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que permitan la intervención de personas no tituladas en esta función) por el propio interesado”.²⁵

²⁴ Gimeno Sendra, Vicente, **Constitución y doctrina**. Pág. 25

²⁵ De Pina Vara, Rafael, **Institución de del proceso penal**. Pág. 20



En su trabajo de tesis, propone la siguiente definición: “La Defensa de Gestión Estatal y gratuita prestada a personas de escasos recursos por los profesionales al servicio del Instituto Público de Defensa Penal”.²⁶

3.1. Definición

Se entiende lo que anteriormente se menciona acerca de la defensa pública penal, ahora se debe definir lo que es el “Instituto de la Defensa”, para lo que se puede encontrar que según el Artículo 1 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal: El Instituto de la Defensa es el organismo administrador del servicio público de defensa penal, para asistir gratuitamente a personas de escasos recursos económicos.

Ahora bien, se puede tomar en cuenta también lo que en otros ordenamientos jurídicos significa la defensa pública, por lo que se puede ver que para el Estado de Colima, la Defensa Pública es: “una institución de orden público, obligatoria y gratuita, que tiene por objeto proporcionar la defensa necesaria en materia penal a las personas que carezcan de defensor particular; y el asesoramiento en asuntos civiles, administrativos, mercantiles y de amparo a quienes así lo soliciten y demuestren no estar en condiciones de retribuir los servicios de un abogado postulante”.²⁷

²⁶ Castro Orellana, Carlos, **Necesidad de hacer efectiva la presencia del defensor público en la fase intermedia**, Tesis de Graduación. Pág. 27

²⁷ Decreto No. 157.- Ley de la Defensoría de Oficio, <http://www.lexpenal.com.mx/archivos/leyes2292htm> (27 de julio de 2004)

Se puede decir que es la institución pública dedicada a la protección y cumplimiento del ejercicio del Derecho de Defensa, el cual se encuentra constitucionalmente reconocido en Guatemala, se puede agregar que se establece con el fin de proveer Defensa Técnica a aquéllas personas que no tienen los recursos económicos suficientes para agenciarse de un abogado defensor que haga valer ante los órganos jurisdiccionales competentes su derecho a un debido proceso y el respeto de sus derechos humanos.



3.2. Naturaleza

Es claro que se necesita entender cuál es la naturaleza jurídica o sea su procedencia, la cual es claro y muy atinado decir que deviene en carácter público, ya que procede de un ente estatal y es la entidad encargada de velar porque las personas de escasos recursos económicos, tengan asistencia profesional gratuita, que además sea un servicio eficiente prestado por abogados con una visión y misión humanitaria.

3.3. Antecedentes de la defensa pública

Pare entender de mejor manera la defensa pública, nos es necesario entender que en la regulación penal y procesal penal anterior a la vigente actualmente, se regulaba en el derogado Código Procesal Penal los aspectos fundamentales que tenían relación con la defensa pública penal.



Sin embargo; estos coartaban la autonomía funcional y estructural del Servicio Público de Defensa Penal, ya que, entre otras cosas, se facultaba a la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la organización del Servicio Público de Defensa Penal.

Ahora bien, no está de más mencionar, que durante el tiempo que estuvo en vigencia tal normativa, por las razones de falta de recursos económicos y humanos, la Corte Suprema de Justicia en materia del servicio que debiera prestar la Defensa Pública, carecía no sólo de los recursos materiales sino humanos indispensables.

Se puede ver que dentro de las atribuciones de la Corte también existía que la facultad de contratar abogados mediante una remuneración fija, los cuales debieran ser escogidos en una lista que el Colegio de Abogados y Notarios proporcionaría anualmente para ese efecto.

El Artículo 533 del Código Procesal Penal, derogado por la creación del Decreto 129-97 del Congreso de la República, establecía una lista de voluntarios y el mismo indicaba: “Los casos de distribución, en principio entre los integrantes de una lista de voluntarios que, a tal fin, confeccionará el Colegio de Abogados y que comunicará periódicamente a la Corte Suprema de Justicia. El Colegio podrá supeditar el ingreso a la lista de voluntarios, o la permanencia en ella, a la asistencia y aprobación de los cursos que programe o indique. Los Abogados que no reúnan los requisitos establecidos se podrán inscribir en una lista de auxiliares dispuesta en el Colegio, para colaborar en la defensa con el defensor principal. Actuarán siempre bajo su dirección, no podrán intervenir autónomamente en el juicio”.



Así mismo, de otra norma importante era el Artículo 534 que expresaba: “En defecto de la lista o cuando, en razón de la eficiencia del servicio, no se pueda encomendar el caso a algún integrante de la lista de voluntarios, se designará a un integrante del padrón de abogados activos inscritos en el Colegio, residentes en la sede del Tribunal. En su defecto, la Dirección General del Servicio Público de Defensa Penal proveerá el nombramiento de un defensor específico”.

Por lo tanto, se puede ver que la normativa que existió en el caso de que un abogado se rehusare a comparecer o prestar su servicio como defensor, en cuanto a sustitución, toda vez no se encontrare en los casos específicamente señalados como: estar impedido física e insuperablemente, ser mayor de cincuenta años de edad, y tener interés contrapuesto o incompatibilidad absoluta con su asistido.

Para el caso de la sustitución, era necesario que la persona sustituida fundamentará tal situación en cuanto a tener una manifiesta falta de idoneidad para atender el caso, en los casos de grave negligencia, descuido o ignorancia supina, en la prestación del servicio e interés contrapuesto o incompatibilidad absoluta con el defensor designado.

Así mismo, es importante mencionar que, en el procedimiento penal derogado, el juez debía nombrarle un defensor de oficio al imputado que no podía agenciarse de los servicios de un abogado por falta de recursos económicos.

La ley determinaba que dicha función podía ejercerla un abogado de oficio o un estudiante de derecho; esto último se convirtió en el uso general y constituía una vulneración legal del principio de defensa, ya que no se ejercía la defensa en las mismas condiciones, porque mientras el Ministerio Público, ente encargado de la persecución

penal estaba integrada por profesionales doctos en la materia, por el otro lado, la del
sindicado, tenía una defensa sin experiencia suficiente para realizar una buena defensa.



De esta manera, se encuentra otro antecedente fundamental del Servicio de defensa pública penal en Guatemala, es la firma de los Acuerdos de Paz, específicamente el Acuerdo sobre fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática y en su función del desarrollo del estado de derecho, que contempla la creación del Instituto de Defensa Pública Penal.

3.4. Creación

Tal y como lo se ha podido verificar en los apartados anteriores del capítulo, la Institución de Defensa Pública Penal, ha sufrido cambios y de muchas maneras se ha visto en riesgo su continuidad. Sin embargo, es necesario que se debe entender claramente el nacimiento de esta institución y su funcionamiento propio, por lo que se puede iniciar por su creación.

Y de acuerdo con el análisis anterior, era evidente la necesidad de contar con un servicio público de defensa, autónomo que permitiera respetar el principio de igualdad de las partes procesales y que tuviera como fundamento lo que establece el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece el principio de la Defensa.



Derivado de esto, el nuevo Código Procesal Penal, ha eliminado la posibilidad de que sean estudiantes de derecho quienes ejerzan la defensa de un sindicato, al disponer que en todos los casos el defensor deba ser abogado, y se ha creado, para tal fin, el Servicio Público de Defensa Penal.

Por lo tanto, se puede decir que el Instituto de la Defensa Pública Penal, tiene su origen en las recomendaciones que Naciones Unidas hiciera a Guatemala en 1997, acerca de la necesidad de cambio en la legislación penal, principalmente en lo que respecta al proceso penal. Tomando en consideración las referidas recomendaciones, el Decreto 51-92 del Congreso de la República, fue elaborado por los Juristas argentinos contratados para ello; Julio Maier y Alberto Binder.

Se entiende que el proceso penal, en su contenido en el Decreto 51-92, tiene su fundamento en las Garantías Constitucionales, respecto a los derechos individuales los cuales deben respetarse y cumplirse principalmente en el Juicio Oral, la defensa realizada por los pasantes hasta el treinta de junio de 1994, ya no podía continuar así.

En vista de que, en el actual proceso penal, el defensor del imputado o procesado, debe tener el suficiente adiestramiento y experiencia para ser capaz de desenvolverse en debate oral y público, en defensa de su ordenamiento procesal penal y poder de esta forma, la defensa del patrocinado cumplir con lo que señala el Artículo 12 de la Constitución Política de la República, el derecho de defensa.



“La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante Juez o tribunal competente y preestablecido”.

Derivado de lo anterior, se debe entender que era necesaria la creación de una Institución encargada de la defensa de las personas de escasos recursos económicos a quienes se sigue proceso penal. De manera que esas garantías que sustentan este nuevo proceso penal, se desarrollen tal y como ordena la ley.

Históricamente, se encuentra que la creación del Instituto se dio en sus inicios con el nombre de servicio público de defensa penal, y esto vino a colocar al imputado en una situación de igualdad, frente al acusador, ya que esta institución, vino a evitar que nadie se quede en un estado de indefensión.

Es decir, para el derecho de defensa de la persona penalmente procesada, no solo constitucionalmente, sino a nivel universal, como está regulado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que en su Artículo 11 indica que:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

A través de la Ley de Servicio Público de la Defensa Penal, se crea el Instituto de la Defensa Pública Penal, el cual es el organismo administrador del servicio público de defensa penal, para asistir gratuitamente a personas de escasos recursos económicos.



También tendrá a su cargo las funciones de gestión, administración y control de los abogados en ejercicio profesional privado cuando realicen funciones de defensa pública.

El Instituto gozará de autonomía funcional y total independencia técnica para el cumplimiento de su función.

3.5. Funcionamiento

Ahora bien, ya que se entiende la creación de la institución, se debe tener en cuenta como esta funciona, para lo cual se puede determinar que esta lo hace por medio de un cuerpo de abogados especializados en derecho penal y derecho procesal penal que cuentan con un grupo de auxiliares constituidos por los estudiantes de los últimos grados de la carrera de Abogacía, realizando todas las funciones inherentes a la defensa, asiste a personas de escasos recursos económicos.

Esto significa una tendencia que, a través de defensores pagados por el Estado, preste asistencia judicial a personas que carecen de medios económicos para pagar un abogado defensor de su confianza. Durante los primeros años de funcionamiento la Institución prestaba el servicio únicamente a adultos, a partir de junio de 1997, este servicio se amplió a la defensa Menores.

Ahora bien, la importancia de la creación del Instituto de la Defensa Pública Penal, radica en que con ello se fortalece un Estado de derecho y democrático, toda vez que hace valer lo que en los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos se ha establecido.



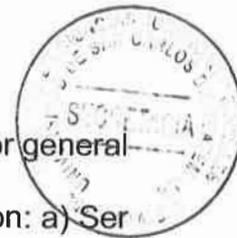
Así como en la Constitución Política de la República de Guatemala, y los principios fundamentales de legalidad, de defensa, del debido proceso, y otros que son de vital importancia en el proceso penal acusatorio.

Por lo tanto, se puede ver que el Instituto está integrado de la siguiente forma: a) La Dirección General; b) Los defensores públicos que, a su vez, se dividen en defensores de planta y de oficio; y c) Personal técnico conformado por investigadores y cualquier otro personal necesario para cumplir las funciones de la defensa pública.

De esta forma, de acuerdo a su organización, se entiende que la dirección general es ejercida por un director general, quien será el representante legal del Instituto de la Defensa Pública Penal, que dura cinco años en sus funciones, se puede ser reelecto por un período más, así lo estipula el Artículo 9 de la Ley del Servicio Público.

El mismo cuerpo legal en el Artículo 10, no indica que el director general es elegido por el pleno del Congreso de la República de una terna propuesta por el Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal. En caso de muerte, renuncia o vacancia del cargo, se procederá de la misma forma.

Ahora bien, en la última elección de la directora del Instituto, las organizaciones civiles que trabajan el tema justicia, jugaron un papel importante en cuanto velar por la transparencia de la elección, así como de las personas propuestas para que estas fueran las más idóneas para el cargo.



Por lo que es necesario conocer que los requisitos para optar al cargo de director general del Instituto de la Defensa Pública, según el Artículo 11 de la ley en mención son: a) Ser abogado colegiado activo, con un mínimo de 5 años de colegiatura; b) Acreditar amplia experiencia en materia penal; y c) Haber ejercido como defensor público de oficio, en funciones judiciales o de la carrera del Ministerio Público, que requieran el título de abogado, durante un tiempo mínimo de cinco años, pudiéndose sumar los tiempos parciales en cada uno de ellos a los efectos del cómputo exigido; o en su caso, ser Abogado en ejercicio profesional privado con experiencia penal o administración.

Así mismo, se puede ver que entre sus funciones principales se encuentra el nombrar, designar y remover a los defensores de planta y defensores de oficio, así como establecer los criterios para la asignación y distribución de casos de defensa pública y carga de trabajo, y el sistema de turnos para asegurar una cobertura íntegra y eficiente del servicio, garantizando la presencia de un defensor público para los detenidos en sede policial que lo necesitaran.

Ahora bien, es claro que esta atribución ha traído consigo el designar, remover y sustituir a los defensores, sin fundamentarlo suficientemente, y sin previa notificación al sindicato, violando el principio de continuidad de la defensa, fundamento del servicio público.



3.6. Finalidad y misión

Para entender de mejor manera la visión de los profesionales de la defensa pública penal, es necesario entender la finalidad del Instituto, y es claro decir que es otorgar defensa penal de alta calidad profesional a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de los Juzgados encargados de la administración de justicia penal en Guatemala y que carezcan de abogado.

Es esta manera, la misión de la defensoría pública penal, es proporcionar defensa penal de alta calidad profesional a las personas que carezcan de abogado por cualquier circunstancia, velando por la igualdad ante la ley, por el debido proceso y actuando con profundo respeto por la dignidad humana de los representados.

“Desde el punto de vista institucional, la misión de Instituto de la Defensa Pública Penal es: a) Garantizar que toda persona de escasos recursos económicos (mayor o menor de edad), sindicadas de un delito o falta, dentro del debido proceso, cuente con una adecuada defensa, mediante el auxilio técnico de un abogado que les asista en todo el curso del procedimiento; b) Mantener incólume los principios Constitucionales del debido proceso, derecho de defensa y presunción de inocencia; y c) Contribuir al fortalecimiento del estado de derecho y la paz social en Guatemala, mediante la prestación de los servicios gratuitos de defensa técnica penal.”²⁸

²⁸ Instituto de la Defensa Pública Penal, **Memoria de labores 1999-2000**. Pág. 2



Así mismo, es facilitar a toda la población el acceso a la justicia. En este sentido, las funciones del Servicio Público de Defensa se mueven en dos campos: la organización del servicio y su control.

De esta manera, se encuentra que, el Artículo 530 del Código Procesal Penal prescribe, como las atribuciones de la Dirección General, las siguientes: a) Organizar, inspeccionar e incluso intervenir las oficinas de defensa. Denunciar faltas al servicio; b) Distribuir, a los juzgados, las listas de los abogados disponibles para actuar como defensores; c) Resolver consultas, elaborar criterios generales obligatorios para la prestación del servicio y coordinar el trabajo de las distintas secciones. Proponer la apertura de estas donde se necesite; d) Elaborar memorias de labores; y e) Recibir notificaciones.

Así mismo, se puede decir que son atribuciones de las secciones: a) Informar, a los tribunales a los que les corresponda, de los abogados disponibles para prestar el servicio de defensa; b) Atender asuntos urgentes hasta que se nombren defensores, y colaborar con estos; c) Denunciar faltas y elaborar memorias de labores; y d) Recibir notificaciones.

3.7. Visión

Se encuentra en que su visión es ser un Organismo autónomo, fortalecido institucionalmente y administrativamente capaz de brindar un servicio efectivo y eficaz de defensa penal a la población especialmente a la de escasos recursos económicos, que garantice el derecho al debido proceso y se transforme en un agente de cambio dentro de una sociedad libre y democrática, se hace real el pleno derecho a la justicia.



Aunado a esto, contribuir al fortalecimiento del estado pluricultural y multilingüe de Derecho y al afianzamiento del Proceso de Paz de Guatemala, mejorando las condiciones de acceso a la justicia para los pueblos indígenas.

3.8. Rol de la defensa pública en el sistema de justicia

Es necesario entender que tomando en cuenta que la sociedad guatemalteca es una sociedad eminentemente pobre, que no cuenta con los recursos necesarios para costearse a un abogado privado, cuando se encuentra en una situación de conflicto con la ley se hace necesario que el rol de la defensa pública penal sea de garante de un debido proceso.

Esto para aquellas personas que se encuentran en una situación de desventaja frente al poder represivo del Estado. Por lo tanto, es importante que exista una mayor cobertura en las sedes policiales, principales lugares donde existe violación de los derechos humanos de las personas. Para ello es importante que emprenda dos tareas fundamentales: a) Organizar y repartir internamente la carga de trabajo de una manera más eficiente, y b) Estructurar un plan organizado con la participación de las demás instituciones del sistema de justicia.

Por lo tanto, es de suma importancia, ya que lo que sucede actualmente es que el Defensor Público entra a actuar hasta en el momento en que un juzgado solicita sus servicios, se ha pasado ya varios días en el que el detenido no ha tenido acceso a un defensor.

Otro punto que la Defensa no ha tomado en cuenta, son las plazas para intérpretes, estos necesarios por la diversidad lingüística existente en país. Los defensores han manifestado que enfrentan problemas para comunicarse con sus patrocinados y las formas poco profesionales en las que resuelven la falta de intérprete.



Así pues, se puede afirmar entonces, que, al resolver los aspectos antes mencionados, se tendrá una Defensa Pública que podrá contribuir al fortalecimiento del sistema de Justicia en Guatemala, ya que tendrá un rol de garante del cumplimiento de los principios constitucionales de derecho de defensa y del debido proceso, importante para construir un verdadero estado de derecho.

Expresa el Artículo 4 de la ley del servicio público de defensa penal, que la función del Instituto tiene competencia para: a) Intervenir en la representación de las personas de escasos recursos económicos sometidos a proceso penal, a partir de cualquier sindicación que las señale como posibles autores de un hecho punible o de participar en él, incluso, ante las autoridades de la persecución penal; b) Asistir a cualquier persona de escasos recursos que solicite asesoría jurídica cuando esta considere que pudiere estar sindicada en un procedimiento penal; y c) Intervenir, a través de los defensores de oficio, cuando la persona no tuviere o, no nombrare defensor de confianza, en las formas que establece la ley.



CAPÍTULO IV



4. Discrepancia de opiniones respecto a la defensa técnica, por parte de profesionales del Instituto de la Defensa Pública Penal, cuando el sindicado es confeso y capturado en flagrancia

En el transcurso de la investigación, con el entendido tanto los principios del derecho en general, como los elementos, características y secciones del derecho penal, para llegar a la comprensión de la necesidad del Instituto de la Defensa Pública Penal y sus criterios.

Esto para comprender de mejor manera el razonamiento de los profesionales de dicha institución, quienes discrepan cuando el sindicado es confeso y capturado en flagrancia. Para lo cual, aún nos es necesario comprender la importancia de tener en cuenta conceptos y definiciones claras con respecto a la detención legal y principalmente la flagrancia, y en este caso lo que se hará bajo el actuar de los agentes ante la inminencia del hecho ilícito.

De esta manera, sentados los conceptos de los tres principios de la doctrina americana se acerca al estudio del art. doscientos cincuenta y siete del Código Procesal Penal guatemalteco. El Estado a los fines de evitar la transgresión al orden normativo, requiere del otorgamiento de una facultad legal, que establezca para el deber jurídico de su actuar, una protección en el campo penal y es justamente el principio de legalidad, el que exige la vigencia de una norma que a nivel del tipo o de la justificación, autorice la obligatoria intervención del Estado en el cumplimiento de sus funciones esenciales.



Por lo que, la acción libre del funcionario público, mientras permanezca legítima, es adecuada a derecho. "Por ello sostiene Maurach "que, no actúa antijurídicamente quien ejecuta una acción en si misma típica, por encargo del poder estatal en el marco de su competencia y dentro de los márgenes señalados por la ley. " ²⁹

Mientras que la ilicitud para Roxin presupone una norma de intervención que opera como causa de justificación.

De modo contrario, se encuentra el razonamiento del quien sostiene que tratándose de un deber para el funcionario y no de una mera potestad, resulta errónea la caracterización de la coerción oficial como el ejercicio de un derecho del funcionario tesis que solo puede derivarse de la previa afirmación de un pretendido y nunca explicado *ius puniendi*.

Así mismo, de la confusión entre pena y coerción directa y culmina se sostiene que si bien acepta que buena parte de la doctrina considere que la coerción estatal ejercida del modo señalado constituya un caso especial de justificación, se separa de esta concepción se sostiene que difícilmente pueda asumirse que la administración cuente con un **privilegio** tal como para cancelar un injusto penal ya que una autorización oficial no puede volver lo injusto en lícito.

Con respecto a esto, el tratadista Donna dice que: "se debe reconocer una causa legítima en el actuar del funcionario público, por una parte, y por la otra, que el acto sea ejecutado dentro de los límites prescritos por las leyes y reglamentos o los impuestos por la necesidad" y "para que un funcionario actúe jurídicamente su acción debe contener el

²⁹ Maurach, Reinhart – Gossel, Karl Heinz - Zipf, Heinz: derecho penal. Parte General. Tomo 2 Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Pág. 58



requisito de imparcialidad; ser competente para actuar conforme a derecho y previo examen de los títulos que lo habiliten a actuar".³⁰

Ahora bien, se tiene que saber que es necesario analizar la **presunción** que se genera en las acciones estatales, por el valor funcional que representa la legitimidad de sus actos, debiéndose mantener el principio que el poder público se ejerce conforme a derecho.

A la vez por el principio de la discrecionalidad debida como elemento subjetivo de justificación, decisiva para la acción estatal y lícita en tanto se respete el marco de la discrecionalidad y no un abuso.

De este modo, sentado en forma genérica este precedente, en principio habría que analizar, de qué manera se legitimaría la presunción del acto a los fines que funcione como causa de justificación o atipicidad del actuar del funcionario y, paralelamente, como encuadraría la coexistencia del elemento subjetivo de justificación llamado por la doctrina alemana "discrecionalidad debida".³¹ no actúa antijurídicamente quien ejecuta una acción, en sí misma típica, por encargo del poder estatal, en el marco de su competencia y dentro de los márgenes señalados por la ley, justificándose la acción estatal, si cumple ciertas exigencias del respectivo ámbito jurídico.

Sin embargo, el tratamiento del tema en estudio, se vincula directamente con el elemento subjetivo de justificación, que es la llamada discrecionalidad debida, ya que, ante la

³⁰ Donna, Edgardo A. **Teoría del Delito y de la Pena**. Pág. 45

³¹ **Ibíd Pág. 45**



sospecha de haberse cometido o estar por cometerse un hecho delictivo, es el funcionario quien actúa solo motivado por su facultad discrecional, dejando al margen el elemento necesario y excluyente para dar paso a la coerción estatal, tal como lo son, las disposiciones acerca de la forma del acto o el examen de los títulos que lo habilitan a actuar (conforme la postura de Donna “se sirve de ejemplo para esta hipótesis la falta de la orden de detención emanada de juez competente”).³² entiende que la discrecionalidad debida subsana, incluso, un error del funcionario. Se sigue en esta línea de pensamiento, Maurach sostiene que no es importante que el funcionario se incline por aquellas medidas que, según una consideración *ex post*, se presentan como las correctas, si lo es, en cambio, que por una debida consideración *ex ante* la medida haya parecido correcta. Sobre esta base es posible que decisiones fácticas erróneas se transformen en actos oficiales lícitos. Al contrario, si la discrecionalidad debida no ha sido respetada, la antijuricidad del hecho persiste.

Con respecto a esto, se puede ver lo que opina el tratadista Roxin “es que, los errores sobre la concurrencia de los requisitos fácticos de una facultad de intervención no cambian para nada la conformidad a derecho de la actividad estatal si el funcionario ha llegado a efectuar un juicio equivocado pese a un examen conforme al deber de situación”.³³

Además, agrega que, inclusive, en algunas ocasiones se acepta que solo la culpa grave del funcionario excluiría la conformidad a derecho de su acción ya que tampoco debe dar

³² Jellinek, Georg. **Teoría General del Estado**. Pág. 267

³³ Roxin, Claus. **derecho procesal penal**. Pág. 211



lugar a la antijuricidad en todos los casos la ejecución de decisiones basadas en concepciones jurídicas erróneas.

Así mismo, el doctor Zaffaroni “destaca que, no pueden confundirse los casos de error en cuanto al deber con los deberes de obrar frente a indicios”.³⁴ En que la equivocación es irrelevante porque su margen está abarcado por el deber funcional. Si se realiza una apreciación razonable previa a detener a una persona, aunque ese juicio en el futuro se evidencie equivocado, el comportamiento mantendrá su condición de lícito ya que el funcionario tiene el deber de detener por indicios de culpabilidad.

Ahora bien, es necesario entender que el término indicios es utilizado a manera previa para la conformación del estado de sospecha, toda vez que, de no existir indicios, no existiría la sospecha. Además, en lo transcrito en el párrafo anterior, el autor utiliza dicha denominación, de manera genérica y no específica, como lo sería, por ejemplo: “indicios vehementes, sospecha razonable, entre otros. legítimo ejercicio de las funciones no constituiría entonces una circunstancia del hecho sino una causal de justificación”.³⁵

Es posible deducir que ello se debe a que el contenido material del injusto no consiste en la mera resistencia a la autoridad, sino en la medida en que el funcionario ejerza legítimamente sus funciones. El permiso de la autoridad, que se le confiere a los funcionarios públicos para acometer justificadamente contra los bienes jurídicos de los particulares, no elimina la puesta en peligro de los bienes jurídicos de los particulares, sino que suprime por determinadas razones la antijuricidad de esa puesta en peligro.

³⁴ Zaffaroni **Op. Cit.** Pág. 220

³⁵ Welzel, Hans. **Derecho penal Alemán.** Pág. 258



Ahora bien, es justo mencionar que la opinión del doctor Zaffaroni es totalmente contraria, ya que para este autor la autorización oficial no es causa especial de justificación por concesión de un permiso, pues difícilmente pueda aceptarse que la administración cuente con un privilegio para cancelar un injusto penal: una autorización oficial no puede volver lo injusto en lícito. Por lo antedicho, la coacción directa sobre las personas o los bienes para hacer cumplir las normas jurídicas es atípica, toda vez que, se basa en requerimientos objetivos de ley, ya que se trata del cumplimiento de un deber jurídico que excluye la imputación.

De esta manera, como consecuencia de lo anunciado, la libertad ambulatoria solo puede ser restringida, en los casos en que proceda la coacción directa administrativa. Cuando el derecho a la libertad ambulatoria se cancela fuera de estos casos, el acto del funcionario debe reputarse como agresión ilegítima que justifica una salvaguarda de ese derecho, en los límites de la defensa legítima.

Dicho derecho a la libertad ambulatoria, no puede colisionar con el deber que impone al funcionario policial la obligación de detener (sin orden judicial) a un sospechoso, para evitar la comisión o consumación de un delito, pues solo pueden darse dos variables: o bien no existe el deber.

Y en consecuencia se verifica una agresión ilegítima por parte del funcionario, o existe un deber del funcionario y por lo tanto la defensa del ciudadano no está justificada, o solo lo podría estar en los límites de un estado de necesidad.



Por lo tanto, se puede entender que un funcionario no puede detener con fines de identificación personal cuando no hay razones serias para sospechar la comisión de un delito, por ende, la privación del derecho a la libertad ambulatoria so pretexto de mera identificación, constituye una agresión ilegítima, pues de lo contrario ello significaría la supresión de la orden judicial requerida por la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 6.

Aquí es donde, a criterio del suscrito se encuentra el principal escollo por el cual colisionan los principios de causa probable y el de sospecha razonable. Si el funcionario, en el ejercicio legítimo de sus funciones no puede detener con el fin de identificación personal, cuando no hay razones serias para sospechar la comisión de un delito, va de suyo que, para efectivizar tal identificación, solo podrá valerse de los presupuestos objetivos relevantes para justificar dicho hecho, dejando lisa y llanamente de lado los presupuestos subjetivos, pregonados por la doctrina alemana como lo es la llamada discrecionalidad debida.

Entonces, llegado a este punto de inflexión peligraría la presunción de legitimidad que se genera a favor de las acciones estatales. Por lo tanto, se estaría llegando a la hipótesis que el principio de legitimidad es abarcativo de la presunción de legitimidad del acto, y de la facultad discrecional del agente para llevar adelante dicho acto como deber impuesto por el Estado, en el ejercicio legítimo de sus funciones.

Pero se torna necesario analizar a los fines de fundar este desarrollo el término sospechas ciertas. El estado de sospecha determina, a mi criterio, el elemento subjetivo del actuar del funcionario público, el cual es asimilable a la discrecionalidad debida en lo



que a su actuar se refiere. La sospecha es eminentemente subjetiva, y se internaliza en cada individuo de manera diferente. Por lo expuesto, el término sospechas ciertas es altamente confuso, dado que o hay sospechas o no hay estado de sospecha, pero no se podría rotular de cierta ni de incierta dicha sospecha, por lo pronto, sí de razonable.

Es imperativo analizar los postulados de la doctrina, que prescribe la detención sin orden judicial previa de quien intentare un delito de acción pública, reprimido con pena privativa de la libertad, en el momento de disponerse a cometerlo.

Así mismo, cuando sea sorprendido en flagrancia, en la comisión de un delito de acción pública, reprimido con pena privativa de la libertad supuesto que también autoriza la detención de un particular; y la detención sin orden judicial, excepcionalmente de la persona contra la cual hubiese indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación.

De acuerdo con lo estipulado con legislación procesal penal se establece que, la policía deberá aprehender a quien sorprenda en delito flagrante. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito.

Procederá igualmente la aprehensión, cuando la persona es descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo.

La policía, iniciará la persecución inmediata del delincuente que haya sido sorprendido en flagrancia, cuando no haya sido posible su aprehensión en el mismo lugar del hecho.



Para que proceda la aprehensión en este caso, es necesario que exista continuidad, entre la comisión del hecho y la persecución.

Así mismo, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores. Deberá entregar inmediatamente al aprehendido, juntamente con las cosas recogidas, al Ministerio Público, a la policía o a la autoridad judicial más próxima.

Ahora bien, el Ministerio Público podrá solicitar la aprehensión del sindicado al juez o tribunal cuando estime que concurren los requisitos de ley y que resulta necesario su encarcelamiento, en cuyo caso, lo pondrá a disposición del juez que controla la investigación.

4.1. Valoración

El juez podrá ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella, caso en el cual liberará al sindicado. Por lo tanto, lo que esta ley dispone, sobre la materia en análisis es, por una parte, una facultad que ya surge implícita del Código Procesal Penal, si de lo que se trata es de razones objetivas que hagan presumir que se ha cometido o se está por cometer un delito. Por lo tanto, la regla es que, toda detención debe estar precedida por una orden judicial, a excepción que se generen supuestos en donde existan datos objetivos, que indiquen de modo razonable, que la medida restrictiva de la libertad ambulatoria debe llevarse a cabo.



Estas pautas de valoración de los hechos y la necesidad del presupuesto objetivo, para proceder al acto de la detención, explicarían con meridiana claridad que, más allá que la jurisprudencia haya adoptado estos principios de causa probable y sospecha razonable.

Aquí examinados para fundamentar diversos fallos, la virtual exclusión legal al principio de discrecionalidad que detenta el funcionario público y la inclusión de un sinnúmero de pautas objetivas, para proceder a efectivizar la coerción estatal, derivan en una laguna dogmática con consecuencias inmediatas, con respecto a los actos de coerción que debe llevar adelante el funcionario público, generando subjetivamente dudas al momento de ejercitar su deber de actuar en la faz prevencional.

Ahora bien, una vez dado esto, se produce un antagonismo inmediato, por un lado, en otorgar entidad al elemento subjetivo de valoración (discrecionalidad debida) y, a la vez, el aplicar los principios de la doctrina americana al fundamentar diversos fallos y, por el otro cercenar el límite de aplicación de dicha discrecionalidad al punto de ser necesario contar con sospechas ciertas o circunstancias debidamente fundadas.

Síntesis: con el elemento objetivo siempre exteriorizado de modo previo al actuar, se excluye la discrecionalidad como elemento subjetivo del obrar. Y esto se evidenció en el caso Heredia, en donde se detiene a un individuo para proceder a identificarlo y, en el acto de la identificación se palpó en su cuerpo encontrando un elemento metálico cortante, se procede luego a su detención.

Ahora bien, es necesario mencionar que entre los argumentos que fundaron el fallo, por el cual se declara la nulidad de la detención del individuo, el Tribunal manifestó que: Dicha medida fue llevada a cabo, sin la verificación de ninguno de los requisitos objetivos

establecidos por la ley procesal, como condición previa de realización; esto es, la existencia de motivos suficientes para presumir que ocultaba en su cuerpo, cosas relacionadas con un delito – requisito ineludible para que la requisita ordenada por un funcionario – y razones de urgencia – exigencia adicional para prescindir de la orden de un juez. Además, se va a sostener que tan ilegal como la detención y exigencia de exhibición de documentos de identidad que debió soportar el acusado, fue también el registro que sobre su cuerpo llevó a cabo el personal policial actuante.

Sin embargo, se puede ver que el voto en disidencia del Dr. Albano, se funda de la siguiente manera: Si existieren circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiere cometido o pudiera cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido por la fuerza pública a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad.

Sobre esto el doctor explica que: "El funcionario es funcionario de la ley de la Constitución y siempre que actúe dentro del marco de sus facultades o en cumplimiento de sus deberes, su conducta no puede ser antijurídica, no se puede constituir una agresión ilegítima. Las afectaciones de derechos que eventualmente sufren los particulares se encuentran dentro del marco de las restricciones al ejercicio de derechos que el orden jurídico establece y que emergen de las leyes que reglamentan su ejercicio. Así si un policía detiene a un sospechoso, su conducta no será antijurídica, a condición que se





trate de un sospechoso. Si no hay razón para considerarlo tal, su conducta será un ejercicio arbitrario de la función pública y por ende antijurídica".³⁶

Sin embargo, el tratadista sostiene que, existe una presunción de juridicidad de los actos del Estado y que solo mientras que la actividad del Estado permita presumir la juridicidad del acto será este obligatorio. Por lo tanto, "solo el poder legítimo puede fundamentar la presunción de juridicidad y el deber de obediencia".³⁷ A los efectos de llegar a la conclusión que se arribará en el punto siguiente, es necesario detenernos a analizar en el fallo emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en la causa Fernández Prieto y, en esta, los fundamentos del voto en disidencia del Dr. Enrique Petracchi que en su punto 8 va a sostener: que la necesidad de una fundamentación como presupuesto para posibilitar el control judicial también fue puesta de manifiesto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América.

A todo esto Así en *Terry vs. Ohio* (392,U.S., 1- 1967) y los numerosos precedentes en el mismo sentido que en él se citan, al admitir la facultad policial de arresto y registro personal *stop and frisk* sin necesidad que se cumpliera con el requisito de causa probable solo limitada para los casos de riesgo para la integridad física del policía o de terceros se elaboró la denominada exigencia de la especificidad de la infracción para justificar la injerencia sobre el particular, el oficial de policía debe poder puntualizar los hechos específicos y articulables que, tomados conjuntamente con inferencias racionales a partir de esos hechos , autoricen la intromisión.

³⁶ Stratenwerth **Op. Cit.** Pág. 202

³⁷ Stratenwerth, Günther. **Derecho penal. Parte general I. El hecho punible.** Pág. 379



Continúa fundamentando de la siguiente manera, El esquema de la Cuarta enmienda solo adquiere significación si se asegura que en algún punto la conducta de aquellos a quienes se imputa violar la ley puede ser sujeta al escrutinio neutral de un juez que debe evaluar la razonabilidad de una búsqueda o registro personal a la luz de las circunstancias particulares.

Y sigue en esta línea de argumentación agrega que: Para determinar si el oficial actuó razonablemente en tales circunstancias, se debe otorgar el peso debido no a su sospecha inicial y no particularizada, o a su corazonada, sino a las inferencias razonables y específicas que debe describir a partir de los hechos y a la luz de la experiencia.

Por lo tanto, si ello no ocurre, resulta aplicable la regla de la exclusión, en tanto no puede ser introducida prueba obtenida por medio de una requisita y búsqueda, que no fue razonablemente relatada en relación con la justificación de su iniciación. Por lo expuesto, el funcionario policial no está autorizado a detener y revisar a toda persona que ve en la calle, o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en búsqueda de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados, para actuar de ese modo.

Así mismo, a su vez el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el Artículo 5, párrafo 1, inciso C del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha acentuado que, no es suficiente que la autoridad que realiza el arresto actúe de buena fe y que tenga la convicción sincera para sospechar del afectado. Por cierto, este es un presupuesto básico, pero, además, su decisión debe

apoyarse en los hechos concretos que alcancen para convencer a un observador objetivo, sin prevaricar, de que el sospechoso podría haber cometido el delito en cuestión.



Como se puede ver, sigue este criterio el Primer Senado del Tribunal Constitucional Alemán al expedirse sobre la validez de la reforma legislativa que facultaba al Servicio Federal de Informaciones a vigilar las telecomunicaciones sin sospechas concretas, a fin de evitar el peligro de preparación o de comisión de ciertos delitos, resolvió la aplicación provisional de la norma con la restricción de que ello solo podía ser autorizado en tanto existieran puntos de apoyo fácticos que sustentaran la sospecha.

De tal modo, es claro que el presupuesto básico debe apoyarse en hechos concretos al realizarse una aprehensión, es necesario que esta cuente con los elementos en los cuales los tratadistas hacen énfasis, y por los cuales surgen tantas discrepancias entre los profesionales del Instituto de la Defensa Pública Penal.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

A pesar de la existencia de las normas ambiguas, que regulan los procesos penales y algunos otros, como las detenciones en flagrancia; es necesario el respeto a los principios generales del derecho, así como a las garantías que el ordenamiento jurídico, otorga a todos sus ciudadanos; siendo un punto de partida para la unificación de criterios, en cuanto a los casos en que los sindicados son confesos y aprehendidos en flagrancia.

Es necesario proteger los derechos que, tanto la Constitución Política de la República como las normas especiales y específicas, en materia respectiva; asimismo, se deben formalizar procedimientos objetivos y positivos, para regular la aplicación de las capturas en flagrancia, a cargo de las autoridades correspondientes. También se encuentra una clara falta de objetividad en los procesos administrativos; en los cuales, dentro del sistema judicial, se evidencia que no se realizan los procesos necesarios para la obtención de recursos para las necesidades de las instituciones encargadas de la administración de justicia.

Por tanto, aun cuando existe una normativa ordinaria que regula el tema en cuestión; es necesario formular procesos y normas específicas que, no sólo permitan la aplicación del derecho, de manera objetiva; sino que, permita la unificación de criterios por parte de los profesionales del Instituto de la Defensa Pública Penal; en cuanto a la defensa técnica, cuando el sindicado confeso es capturado en flagrancia.



BIBLIOGRAFÍA



ACOSTA ROMERO, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca. **Derecho jurisprudencial mexicano**. México; Ed. Porrúa, 2000.

ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Barcelona; Ed. Bosch, 1987.

CABANILLAS GALLAS, Pío. **Consideraciones sobre los principios generales del derecho**. Buenos Aires, Argentina; Ed. Heliasta, 1985.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Ed. Chockmen. Reimpresión Décimo Segunda ed. Guatemala. 2000.

DE PINA VARA, Rafael. **Institución del proceso penal, (s.l.i.)**. Ed. Labor, S.A. 1960.

DONNA, Edgardo A. **Teoría del delito y de la pena**. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1995.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Constitución y doctrina**. Ed. Teclos. Madrid, España. 1988.

HURTADO POZO, José. **Nociones básicas de derecho penal**. Ed. Dili. Lima, Perú. 1987.

Instituto de la Defensa Pública Penal, **Memoria de labores 1999-2000**. Guatemala, 2000.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Ed. BDF. Bogotá, 1998.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito. Principios de derecho penal**. Ed. Hermes. 3ª. ed. corregida y actualizada. Buenos Aires. 1959.



LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Los principios generales del derecho**. Madrid, España; Ed. Instituto de Derecho Comparado, 1962.

MAURACH, Reinhart – GOSSEL, Karl Heinz - ZIPF, Heinz: **Derecho penal. parte General. tomo 2**. Traducción de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2003.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal. parte general**. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2005.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Ed. Jurídica. Santiago, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general. Tomo I**. EDIAR. Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. Ed. De Palma. Buenos Aires. 1989.

Legislación

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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



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

Ley de Migración y su reglamento. Decreto 95-98 del Congreso de la República de
Guatemala. 1998.

Ley contra la Narcoactividad. Decreto 48-92 del Congreso de la República de
Guatemala. 1992.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.
1989.