

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

**VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DEFENSA REGULADO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, EN LA
APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD REGULADAS EN LA LEY PARA
PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

JOEL DAVID MORALES SALVADOR

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2009.

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

**VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DEFENSA REGULADO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, EN LA
APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD REGULADAS EN LA LEY PARA
PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOEL DAVID MORALES SALVADOR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2009.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIA-
LES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic.	César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br.	Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br.	Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic.	Rafael Morales Solares
Secretario:	Lic.	José Eduardo Cojulún Santos

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	José Alejandro Alvarado Sandoval
Vocal:	Lic.	Jorge Efraín Ramírez Higueros
Secretario:	Lic.	Saulo De León Estrada

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

Lic. Héctor David España Pinetta

Colegiado 2802
Guatemala, C. A.

BUFETE PROFESIONAL
DE ESPECIALIDADES



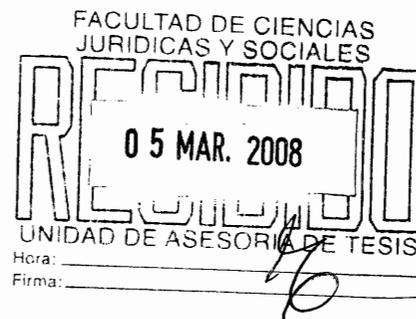
7 av. 1-20 zona 4. Edificio Torre Café. Of. 205

Tel. 23315244 - 52156733

Guatemala, 12 de Febrero del 2008

Licenciado:

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



Señor Jefe de la Unidad:

De conformidad con la designación como Asesor del trabajo de tesis del Bachiller **JOEL DAVID MORALES SALVADOR**, de fecha uno de febrero del año dos mil siete, intitulado: “**VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DEFENSA REGULADO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD REGULADAS EN LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**”. En esa virtud, a usted, manifiesto lo siguiente:

1. El trabajo presentado por el Bachiller Morales Salvador, reviste especial interés, tomando en cuenta que la violencia intrafamiliar, ha cobrado vigencia especial y es por ello que el autor manifiesta su interés porque el Gobierno en coordinación con otras entidades, emitan resoluciones y proyectos de Ley, para evitar en una forma frontal la violencia intrafamiliar, para proteger a las personas.
2. Es importante indicar a esa Unidad, que el sustentante, efectuó su trabajo en apego a lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y dentro de sus justificaciones hace mención a las leyes y reglamentos consultados, así como a los métodos científicos y legales para la elaboración de este trabajo, que a criterio del suscrito representa un aporte para los estudiosos del Derecho Constitucional y las leyes específicas tendientes a la erradicación de la violencia intrafamiliar.
3. Por lo expuesto, es criterio del suscrito, que el trabajo llena los requisitos exigidos por nuestra casa de estudios, y en tal sentido emito **DICTAMEN FAVORABLE**, por lo que el trabajo presentado, puede continuar el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me es grato suscribirme del Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, con las muestras de mi alta consideración y estima.


Héctor David España Pinetta
ABOGADO Y NOTARIO

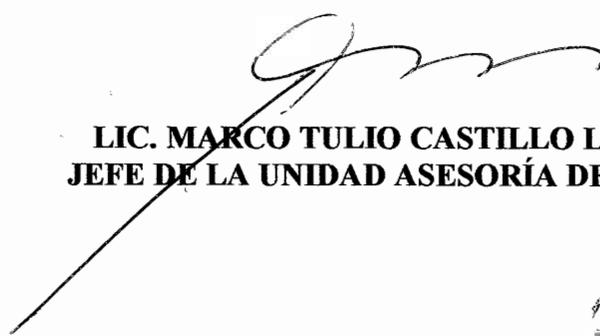
TECNICO EN FORMACION PROFESIONAL Y EMPLEO. INEM. MADRID, ESPAÑA.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, siete de marzo de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JOEL DAVID MORALES SALVADOR, Intitulado: “VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DEFENSA REGULADO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD REGULADAS EN LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR”.

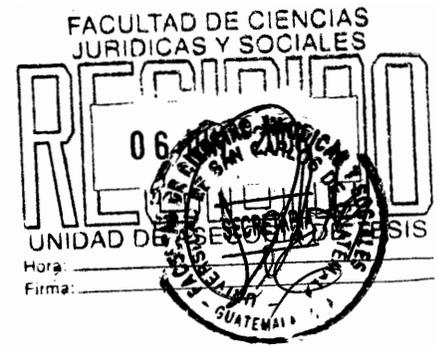
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh



OTTO RENE ARENAS HERNANDEZ
9av. 13-39, zona 1.
BUFETE POPULAR CENTRAL.
Colegiado No. 3805



Guatemala, 22 de mayo del 2008.

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

Lic. MARCO TULLIO CASTILLO LUTIN: En cumplimiento de la providencia de esa unidad, fechada el once de marzo del año dos mil ocho, en el que se me nombra como revisor del trabajo de tesis del Bachiller JOEL DAVID MORALES SALVADOR, intitulado: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DEFENSA REGULADO EN EL ARTICULO 12 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD REGULADAS EN LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

1. El trabajo desarrollado por el estudiante Joel David Morales Salvador, reviste de mucha importancia ya que en nuestra legislación no se trata de forma adecuada el problema de la violencia intrafamiliar, y de esta manera nuestras autoridades deben contemplar las leyes necesarias para atacar dicha violencia intrafamiliar.
2. Así mismo se aconsejó al autor, incorporar algunas consideraciones acerca de la violencia intrafamiliar, que realizan varios autores en donde se tratan las diferencias en cuanto a las consideraciones del trato tanto para la mujer como para el varón.
3. Dentro del trabajo, el autor recomienda establecer mecanismos adecuados por parte de las autoridades, para poder cumplir e implementar disposiciones legales que tiendan a brindar mejor protección a las mujeres y los varones, de nuestro país.
4. En esa virtud, concluyo informando a usted, que de la revisión encomendada, al tenor de lo que establece el artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público, me es grato emitir Dictamen Favorable por lo que es procedente ordenar su impresión y poder discutir el trabajo en el respectivo Exámen Público de Tesis.

Sin otro particular, me es grato suscribirme con las muestras de mi alta consideración y estima.



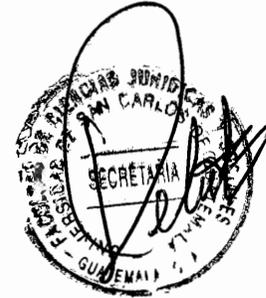
LIC. OTTO RENE ARENAS HERNANDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiuno de mayo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JOEL DAVID MORALES SALVADOR, Titulado VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DEFENSA REGULADO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD REGULADAS EN LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA



A DIOS:

Por ser el creador del universo y quien guió mi camino permitiendo que pudiera culminar una de mis metas.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala; en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: que me albergó y me concedió el gran honor de haber estado en sus aulas hasta la culminación de mi carrera; por lo que es un orgullo ser egresado de esta casa de estudio.

A:

La memoria de mi padre, quien se encuentra en los brazos de nuestro Señor Jesucristo.

A:

Mi madre por brindarme su apoyo y ayuda en todo momento de mi carrera, a mis hermanos y toda mi familia.

A:

Todos mis amigos.

ÍNDICE



Introducción..... 1

CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional.....	1
1.1 Antecedentes.....	1
1.2 Definición.....	3
1.3 Clases.....	7
1.3.1 Escritas y no escritas.....	8
1.3.2 Otorgadas (cartas), pactadas e impuestas.....	9
1.3.3 Breves (sumarias) y desarrolladas (largas).....	10
1.3.4 Rígidas y flexibles.....	10
1.3.5 Originarias y derivadas.....	13
1.3.6 Absolutamente pétreas y parcialmente pétreas.....	13
1.3.7 Codificadas y dispersas.....	14
1.3.8 Utilitarias e ideológicas.....	14
1.3.9 Normativas, nominales y semánticas (clasificación ontológica).....	14
1.3.10 Materiales y formales.....	15
1.3.11 Genéricas y analíticas.....	15
1.3.12 Definitivas y de transición.....	16
1.3.13 Clase de constitución guatemalteca.....	16
1.4 Garantías constitucionales.....	17
1.4.1 Antecedentes.....	17
1.4.2 Jurisdicción constitucional.....	19
1.4.2.1 El sistema americano o difuso.....	20
1.4.2.2 El sistema continental europeo o concentrado.....	21
1.4.3 Jurisdicción constitucional en Guatemala.....	22
1.5 Hábeas corpus.....	22
1.6 El amparo.....	24
1.7 La inconstitucionalidad de las leyes.....	24
1.7.1 Clases de acción de inconstitucionalidad.....	25



1.7.2.1 Inconstitucionalidad de leyes y disposiciones generales.....	25
1.7.2.2 Inconstitucionalidad de la Ley en caso concreto.....	28

CAPÍTULO II

2. Aspectos fundamentales del derecho penal guatemalteco.....	31
2.1 Reseña histórica del derecho penal.....	31
2.1.1 Venganza privada.....	31
2.1.2 Venganza divina.....	40
2.1.3 Venganza pública.....	40
2.1.4 Período humanitario.....	41
2.1.5 Época científica.....	42
2.1.6 Época moderna.....	42
2.2 Escuelas del derecho penal.....	42
2.2.1 Escuela clásica.....	42
2.2.2 Escuela positiva.....	47
2.2.3. Escuela ecléctica.....	49
2.3 Definiciones del derecho penal.....	50
2.3.1 Desde el punto de vista objetivo (<i>ius poenale</i>).....	53
2.3.2 Desde el punto de vista subjetivo (<i>ius puniendi</i>).....	54
2.4 Características del derecho penal.....	55
2.5 Principios del derecho penal.....	57
2.6 Derecho procesal penal.....	58
2.7 Definición de derecho procesal penal.....	59
2.8 Reseña histórica del derecho penal.....	60
2.8.1 Sistema inquisitivo.....	60
2.8.2 Sistema acusatorio.....	63
2.8.3 Sistema mixto.....	65
2.9 Características.....	68
2.9.1 Tiene carácter público.....	69



2.9.2 Es instrumental.....	70
2.9.3 Es autónomo.....	70
2.9.4 Es una disciplina jurídica particular.....	71
2.9.5 Se funda en un conocimiento metódico.....	71
2.9.6 Es de carácter oficial.....	72

CAPÍTULO III

3. Principios constitucionales relativos al tema.....	73
3.1 Principio de igualdad.....	73
3.1.1 Antecedentes históricos.....	75
3.1.2 El principio de igualdad en la ley y en la aplicación de la ley.....	78
3.2 Principio de defensa.....	79
3.2.1 Definición.....	79
3.2.2 Antecedentes históricos del principio de defensa.....	80
3.2.3 Inviolabilidad del principio de defensa.....	86

CAPÍTULO IV

4. Violación al principio de defensa regulado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en la aplicación de las medidas de seguridad reguladas en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.....	89
4.1 Aspectos preliminares.....	89
4.1.1 Definición de seguridad de personas.....	89
4.1.2 Diversas definiciones.....	90
4.1.3 Caracteres.....	91
4.1.3.1 Instrumentalidad.....	91
4.1.3.2 Provisionalidad.....	92



4.1.3.3 Temporalidad.....	92
4.1.3.4 Variabilidad.....	92
4.1.3.5 Celeridad.....	92
4.1.4 Clases según el ordenamiento penal.....	93
4.1.4.1 Medidas de seguridad propiamente dichas y medidas de prevención.....	94
4.1.4.2 Medidas de seguridad curativas, reeducativas y correccionales.....	94
4.1.4.3 Medidas de seguridad privativas de libertad, no privativas de libertad y patrimoniales.....	94
4.1.5 Clases según la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.....	95
4.1.5.1 Medidas para evitar mayores riesgos.....	95
4.1.5.2 Medidas para asegurar la sobrevivencia familiar.....	96
4.1.5.3 Medidas para reorientar la conducta agresiva.....	97
4.1.6 Trámite de la denuncia de medidas de seguridad de personas.....	97
4.1.6.1 Demanda.....	98
4.1.6.2 Emplazamiento.....	98
4.1.6.3 Actitud del demandado o denunciado.....	98
4.1.6.4 Procedimiento de los incidentes.....	99
4.1.7 Principios que inspiran el otorgamiento de las medidas.....	100
4.1.7.1 Peligro en el retardo (<i>periculum in mora</i>).....	100
4.1.7.2 Apariencia de buen derecho (<i>fumus boni iuris</i>).....	101
4.1.8 Prestación de caución.....	101
CONCLUSIONES.....	105
RECOMENDACIONES.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	109

INTRODUCCIÓN



El Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece el derecho de defensa, el cual señala que los derechos de las personas 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.

El Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, en el Artículo 7 contempla una serie de medidas de seguridad, la que discrepa en relación con el derecho de defensa, la libertad y la justicia con que debe contar todo guatemalteco, en virtud de que tergiversan los derechos establecidos en la Constitución Política de la República. Dentro de las medidas que regula la ley en mención, está el hecho de ordenar al presunto agresor que salga de la residencia común aún por la fuerza. Además de ordenar al presunto agresor, abstenerse de interferir en cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas. La ley mencionada hace referencia reiteradas veces al Artículo 7; es decir, a la expresión “presunto agresor”, con lo cual se manifiesta el principio constitucional de la presunción de inocencia; por lo tanto, previo a dictar una medida coercitiva como las establecidas en ese artículo, debería darse a las personas acusadas de violencia intrafamiliar, la oportunidad de realizar su defensa correspondiente, a fin de no vulnerar los postulados ampliamente establecidos en la ley principal del país, como es la Constitución Política de la República.

La violación al precepto constitucional de defensa, mediante la aplicación de las medidas de seguridad establecidas en el Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar, la Violencia Intrafamiliar, motiva a realizar el presente trabajo, con el cual se establece un análisis acerca de la forma en que se establece la violación a un precepto constitucional por parte del citado decreto.



La hipótesis de este análisis ha sido planteada en los siguientes términos: La aplicación de las medidas de seguridad establecidas en el Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, genera violación al derecho de defensa, consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala. Esa hipótesis fue plenamente comprobada a lo largo de la investigación. Los objetivos que se persiguen son: Demostrar que existe violación al derecho de defensa establecido en la Constitución Política, debido a la aplicación de las medidas de seguridad reguladas por el Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala.

En cuanto a las teorías, se recurrió a la doctrina establecida por importantes autores, tanto nacionales como extranjeros, quienes dieron a conocer notables opiniones al respecto. En cuanto al enfoque metodológico utilizado, fueron el inductivo, deductivo y de análisis de los elementos, apoyados por la técnica de ficha bibliográficas, que han resumido la información obtenida en libros, leyes, revistas, periódicos e internet.

El procedimiento general de la investigación inició con la recopilación de la información, para luego analizarla y sintetizarla para elaborar el informe final, que consta de cuatro capítulos: en el primero, el derecho constitucional; en el segundo, aspectos fundamentales del derecho penal guatemalteco; en el tercero, principios constitucionales relativos al tema; y en el cuarto capítulo, violación al principio de defensa regulado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en la aplicación de las medidas de seguridad reguladas en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.



CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional

1.1 Antecedentes

El derecho constitucional es muy reciente, en lo que a doctrina se refiere, las primeras consideraciones relativas a la materia se encuentran en la literatura griega donde fueron desarrolladas desde un punto de vista abstracto y filosófico. En la época romana los principios jurídicos relativos al ordenamiento del Estado se mencionan escasamente en las obras de derecho privado.

La idea de que el ejercicio de poder debía someterse a ciertas reglas y que la comunidad debía mantener una normativa en sus relaciones con ese poder, se guiaba por unas normas que obligaban a todos, incluida la autoridad, dicha idea es tan antigua como las primeras formas de organización social de los seres humanos.

En sus orígenes el Estado constitucional surge como forma limitadora del poder absoluto del monarca mediante el establecimiento de una Constitución, que regulaba la actuación del poder real como garantía de las libertades burguesas. En Francia, la división de poderes y los derechos individuales se consideraron por los revolucionarios franceses como condición indispensable para la existencia de una Constitución.

En la Edad Media este movimiento constitucionalista se desarrolló bajo un pacto entre el soberano y sus súbditos, pretendía garantizar las libertades, regular los deberes y obligaciones hacia el soberano y exigir la protección y servicio al interés general de la comunidad, por parte de los príncipes.

En el siglo XVII comenzaron a redactarse los primeros textos de derecho público universal y empezó el estudio de la Constitución inglesa, donde los jueces aplicaban la

ley común (common law) acumulando una doctrina constitucional. Antes de la finalización de ese siglo no existían constituciones, y es que en ese período generalmente los gobernantes no estaban sometidos al derecho.



Las primeras formas de manifestación de desarrollo del derecho fueron las del derecho privado y la del derecho penal, se crearon normas reguladoras de la propiedad, de los bienes, de las relaciones de familia y del resultado de los daños causados. La aparición del Derecho Público es posterior, cuando se evoluciona a un tipo de Estado más constituido dotado de órganos de poder.

En el siglo XVIII surgen las constituciones en las que se integran las declaraciones de los derechos de los ciudadanos y la organización de los poderes públicos que incluye la estructura fundamental del Estado y sus principios políticos básicos. Las revoluciones norteamericana y francesa aportan al constitucionalismo la fundamental consideración de la trascendencia de los textos constitucionales en documentos escritos y codificados.

Históricamente la expresión de Constitución se usa, por primera vez, en Inglaterra con motivo de las luchas políticas entre la Corona y el Parlamento y aparecen ideas que fundamentan el derecho constitucional de hoy, como la superioridad de la ley escrita sobre la costumbre, la aplicación del principio de la soberanía nacional y del contrato social, considerando que toda Constitución nueva era una verdadera renovación del contrato social, el convencimiento ilustrado de que las Constituciones codificadas, claras y sistemáticas servirían de catecismo político y contribuirán a la felicidad del pueblo.

De esa cuenta, la Constitución es el texto jurídico que expresa el contrato social, ya que es la fuente de todos los poderes que se ejercen en el Estado; es por ello, que los revolucionarios franceses se esforzaron en redactar documentos extensos y detallados, para que nada se escapase a su regulación, y a estas normas les otorgaron un carácter de permanencia, es decir, dificultaron su reforma.



El derecho constitucional alcanza plena autonomía en la segunda mitad del siglo XIX toda vez que el constitucionalismo no se consideraba como un logro concreto y magnífico sino que exigía que estuviese inspirado en una serie de principios que aseguraran valores cívicos de dignidad y libertad personales y de respeto para un orden jurídico general. De ahí, que un Estado no es constitucional por el mero hecho de tener una Constitución, sino que únicamente merece la calificación de tal, aquel que se rige por una Constitución orientada al propósito del amparo de la libertad individual mediante la limitación del poder público de donde resulta que la libertad constituye la finalidad esencial de la Constitución. Como podemos apreciar el derecho constitucional además de su enfoque jurídico, debe ser más un derecho de realidad.

En base a lo antes relacionado, podemos afirmar que la Constitución se concibe como un texto normativo del cual se derivan y en el que encuentran su fundamento de validez, todos los demás textos jurídicos que conforman el ordenamiento normativo de una nación. Es decir, la Constitución es el texto normativo supremo de una nación que preside todo su sistema jurídico, de ahí que por un lado, determine la organización del poder del Estado, sus organismos, su forma de integración, sus competencias y límites; y por el otro, sea reguladora de los principios de la vida social y política de la nación. Así, la Constitución matiza componentes axiológicos porque determina una serie de valores de convivencia entre los ciudadanos y el poder del Estado.

La Constitución, es entonces, la norma suprema del ordenamiento jurídico, pero además, cualitativamente distinta de las demás integrantes de ese ordenamiento y su principal distinción es que estructura e incorpora el sistema de valores esenciales que han de regir el orden de convivencia social y política de la nación.

1.2 Definición de derecho constitucional

El derecho constitucional es el conjunto de normas jurídicas que organizan el Estado, determinan los principios a los que debe ajustarse su funcionamiento y señalan las



garantías y derechos de que están asistidos todos los miembros de la comunidad política".¹

Bielsa dice que "el derecho constitucional puede definirse como la parte del derecho Público que regla el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y las declaraciones, derechos y garantías de los habitantes, como miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros del cuerpo político".²

Bernaschina González define al derecho constitucional como "el conjunto de normas jurídicas que determinan la organización y actividad del Estado y los derechos de los individuos, ya sea como gobernantes o gobernados".³

Vladimiro Naranjo dice "El derecho constitucional puede definirse como la rama del derecho público que estudia la estructura del Estado dentro del marco de la Constitución, la situación del individuo frente al poder del Estado, la organización y funcionamiento de ese poder en sus aspectos fundamentales y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal".⁴

El concepto sustancial de la Constitución solo puede obtenerse si se supera la visión formalista que la identifica con el conjunto de normas jurídicas que rigen la actividad del Estado. Esta consideración partía de que el derecho constitucional se componía de un conjunto de normas abstractas, desconociéndose el condicionamiento social. Al respecto existen escasas referencias de fondo como la contenida en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se establecían como requisitos imprescindibles de toda Constitución el reconocimiento de los derechos naturales y la división de poderes, lo que obedecía a una ideología liberal individualista

¹ Borja, Rodrigo. **Derecho político y constitucional**, Pág. 304.

² Bielsa Rafael. **Derecho Constitucional**, Pág. 43.

³ Bernaschina González citado por Rodrigo Borja. **Derecho político y constitucional**, Pág. 304.

⁴ Naranja Mesa, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas**. Pág.17

que separaba la sociedad del Estado, modo de pensar que se ha mantenido hasta nuestros días con algunas variantes. Esta corriente era representada en la línea alemana.



No se puede considerar a la Constitución como un concepto eminentemente formalista, ya que la misma no sólo es un contenido de normas que rigen al Estado, sino que se instituye sobre una serie de componentes jurídicos, sociológicos, políticos y axiológicos como hemos visto, que hacen que existan diferentes concepciones de la Constitución, según que la reduzcan a uno solo de sus componentes. Por ende, existen concepciones politicistas que limitan a la Constitución al estudio del poder en instituciones políticas. Las concepciones sociológicas caracterizan a la Constitución como constitutivo de la realidad social, condicionada por la realidad histórica. Y las concepciones axiológicas asignan a la Constitución una función de instauración de un sistema de valores.

En consecuencia, la Constitución es un conjunto de reglas fundamentales que organizan la sociedad política, estableciendo la autoridad y garantizando la libertad, es por ello que es la ley magna de la nación.

Todo Estado tiene una Constitución en el sentido amplio de la palabra, es decir, un conjunto de leyes que regulan la vida y el accionar de los gobernantes, pero en el sentido estricto exige que sea una norma especial votada por la nación y aplicada a regular el conjunto de derechos y deberes establecidos en forma general y particular para cada ciudadano.

También en la Constitución debe apreciarse un símbolo jurídico de la unidad nacional, como afirma Gregorio Badeni: "...una Constitución además de ser un instrumento jurídico fundamental y un instrumento de gobierno, es también un símbolo de la unidad nacional. En este sentido el concepto de Constitución esta integrado por un elemento que no presenta en otros ordenamientos normativos: es un símbolo de la nacionalidad que refleja el sentimiento del elemento humano de la organización política global,

interpretando en forma concreta su manera de ser y sentir.”⁵ Es decir, la Constitución refleja la realidad social del cuerpo humano como elemento y parte del Estado al que rige, pues en ella se plasman normas que representan esa sociedad, la organiza y la valora, fijando sus libertades y limitaciones, tanto al poder público como al ciudadano es pues, fiel reflejo de la realidad nacional.



Existe una pluralidad de formulaciones del concepto de Constitución, a saber:

- En sentido formal, es el conjunto de normas jurídicas fijadas por escrito en un texto documentado y en forma sistemática.
- En sentido absoluto, el Estado es la Constitución, pues el primero dejaría de existir si no existe el segundo.
- En el sentido ideal o moderno, se considera a la Constitución como una garantía de la libertad y conforme esta formulación, tendrá Constitución el Estado que en su ordenamiento fundamental consagre los postulados del Derecho, es decir, un reconocimiento de los derechos fundamentales, una división de poderes y ciertas garantías en la representación popular.
- En sentido relativo, significa la ley constitucional en particular.
- En sentido positivo, surge la Constitución mediante un acto del poder constituyente.

Atendiendo a las formulaciones antes relacionadas, existen distintos conceptos que definen qué es "Constitución". Como hemos visto, todos atienden a los aspectos que se puntualizaron anteriormente, por ejemplo, podemos decir que en un sentido formal la

⁵ Badeni, Gregorio. **Instituciones de derecho constitucional**. Pág. 90



Constitución es el orden fundamental que regula, define y limita las competencias del Estado; y, en un sentido material es el orden jurídico del Estado, en el que encuentra su realidad.

Finalmente, hay que considerar dos aspectos en la Constitución: el político, referido a la organización y funcionamiento del gobierno y a la participación de los ciudadanos en el gobierno; y el social, que abarca las libertades individuales con las correspondientes instituciones que las protegen.

Podemos afirmar entonces, que la Constitución es un conjunto de normas jurídicas que fundamentan la organización del Estado, que sirve de garantía al ordenamiento jurídico y ofrece el límite absoluto de la potestad normativa en materia constitucional, que se mantiene por encima de los cambios formales, es decir, es un documento jurídico fundamental, proveniente del poder supremo y soberano de la nación, que contiene la voluntad fundacional de una sociedad política global, su forma de organización, las reglas que regirán las relaciones del poder político y la convivencia social, el fundamento axiológico de la organización política, que proclama el conjunto de normas básicas en las cuales se basa el origen y validez de todo el ordenamiento jurídico y de la sociedad.

1.3 Clases

La constitución, sin duda alguna, es una parte fundamental del ordenamiento estatal que individualiza al Estado, distinguiéndole de otros ordenamientos, como lo es el de la Iglesia o el de la Comunidad Internacional, puesto que fija su forma política, organiza sus poderes públicos, establece las fuentes creadoras del derecho y regula la posición de sus individuos y de sus grupos sociales.

El orden jurídico fundamental del Estado puede manifestarse de diversos modos, y de hecho la historia del Derecho Constitucional nos muestra una multiplicidad de tipos de Constituciones que intentaremos aquí clasificar:



1.3.1 Escritas y no escritas

También llamadas consuetudinarias o históricas el constitucionalismo escrito arraiga en la experiencia constitucional de Norteamérica, con el intento infructuoso de Oliverio Cromwell con el Instrument of Government de 1653, y continúa, en creciente línea apriorista con el racionalismo de esa época en Francia.

La Constitución de 1787 de los Estados Unidos de Norteamérica, la más antigua del mundo, mantiene latente el tono abstracto de los documentos franceses, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y Constitución de 1791.

Con la revolución francesa y norteamericana la Constitución que hasta entonces era consuetudinaria comienza a conformarse bajo formas escritas, lo que constituye uno de los logros más importantes que el hombre a dado para la protección de la libertad, pues no constituye más que un sistema de limitación de poder.

La peculiaridad de la Constitución escrita radica en el hecho de que su nacimiento corresponde generalmente a la formación de una nueva comunidad estatal o a cambios revolucionarios producidos en el seno de una comunidad que intentan crear de nuevo el ordenamiento constitucional.

La Constitución escrita, es aquella formulada en uno o varios documentos escritos y ofrece como ventajas la estabilidad y protección contra frecuentes reformas, puesto, que se constituye como una regla inmutable y como un vínculo para la sociedad que se somete a ella. Se caracteriza porque en el documento escrito que la contiene se consigna de manera orgánica y total los principios básicos que regulan la organización y funcionamiento del gobierno, a la vez que se incluye la enunciación de los derechos humanos y de sus respectivas garantías.

Frente a este tipo de Constitución se encuentran la no escrita histórica o consuetudinaria, que no cuenta con un documento constitucional compacto, sino que



aparece repartida en diversos documentos escritos de diversas épocas muy distintas entre sí, junto con un cúmulo de costumbres y precedentes que no pueden ser olvidados, este tipo de Constitución se fundamenta en el derecho consuetudinario. En la actualidad no existen Estados con una Constitución exclusivamente consuetudinaria, solamente se pueden citar ejemplos en el derecho primitivo.

Conforme a lo antes relacionado, podemos definir a esta clase de Constitución como aquella que se constituye por una serie de leyes (no es un documento unitario ni sistematizado, que contienen las disposiciones fundamentales del Estado. Por ejemplo, la Constitución inglesa es no escrita e incluye importantes aspectos que se dan por fundamentales aunque no están formulados en forma escrita, y no incluye instituciones fundamentales del país como lo son los sindicatos, los partidos políticos, la educación pública o la libertad de culto, que se encuentran contenidas de modo formal en cualquier Constitución del mundo, por ende en Inglaterra la Constitución no es resultado de una Asamblea Constituyente.

1.3.2 Otorgadas (cartas), pactadas e impuestas

Las constituciones otorgadas o cartas consisten en un acto unilateral del rey por el que decide renunciar a su autoridad absoluta, limitándola jurídicamente. Entre ellas encontramos a las concedidas por los monarcas alemanes después del Congreso de Viena de 1815, que duraron alguna de ellas hasta el año de 1919, Constituciones de Baviera y Baden de 1818, Constitución francesa de 1814; el Estatuto Albertino en Italia de 1848; Constitución del Principado de Mónaco de 1911; y, Constitución de Etiopía de 1930. Este tipo de constituciones expresa la voluntad de la comunidad estatal de darse un ordenamiento constitucional determinado y esa voluntad es recogida y ejecutada por el rey.

Las constituciones impuestas son aquellas elaboradas por una Asamblea Constituyente como lo fue la Constitución de Cádiz de 1812 y la Constitución española de 1869.



Las constituciones pactadas suponen un momento de equilibrio en la lucha entre el monarca y la soberanía popular. Esta clasificación se refiere a Constituciones monárquicas, pues en las Republicas el principio popular no tiene limitación.

1.3.3 Breves (sumarias) y desarrolladas (largas)

Las constituciones breves o sumarias son aquellas que contienen o documentan normas o regulaciones básicas, estableciendo los derechos humanos fundamentales (libertad, igualdad, defensa) por ejemplo, la de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 con 7 artículos y 21 enmiendas. Contienen las materias constitucionales en forma concreta y reducida, y se limitan a exponer los fundamentos de la organización política del Estado.

Las constituciones desarrolladas o largas son aquellas que no solo contienen principios básicos, sino que principios de índole política, económica, social o religiosa, haciéndolas más extensas como la de la India que es la más desarrollada o la de Cádiz que contenía 384 artículos.

Se ha discutido si las constituciones deben ser breves o desarrolladas y al respecto muchos autores han coincidido que eso depende de la realidad política y social del Estado.

1.3.4 Rígidas y flexibles

Las constituciones rígidas son difícilmente reformables, como por ejemplo la de los Estados Unidos de Norteamérica. No pueden reformarse por el poder legislativo ordinario, ya que para ello ponen en movimiento un aparato especial denominado Poder Constituyente, concepto elaborado en Estados Unidos y Francia, que es el encargado de establecer o revisar las constituciones.

A este poder lo podemos definir como el ejercicio de la facultad soberana del pueblo mediante la cual se da a sí mismo una constitución o norma fundamental, sin ninguna norma jurídica previa. Así también, este poder puede ser derivado cuando consiste en la facultad de reformar total o parcialmente una Constitución ya existente.



La Constitución rígida da pie para establecer el llamado control de constitucionalidad de las leyes que tiene por misión proteger el contenido y forma de las prescripciones constitucionales de los posibles abusos del poder legislativo, lo que supone la distinción entre el poder constituyente y el poder legislativo ordinario, puesto que el poder de enmienda constitucional le corresponde a un órgano distinto al legislativo. El poder constituyente y el poder legislativo se encuentran claramente diferenciados y separados, son ejercidos por órganos distintos o bien sólo por el propio legislativo que puede realizar funciones constituyentes, pero siguiendo un procedimiento más dificultoso que el que debe observarse en la reforma de leyes ordinarias, en nuestra legislación se contemplan ambas situaciones.

Ventajas que presentan las constituciones rígidas:

- ▶ Aseguran la supremacía constitucional, ya que permiten la permanencia de las constituciones, estableciendo límites innegables al poder legislativo, que deberá tenerla en cuenta para la elaboración de legislación ordinaria.

- ▶ Evitan que mayorías políticas que sean circunstanciales en el organismo legislativo decidan cuestiones fundamentales que necesitan un consenso general o procedimiento específico.

Desventaja que presentan las constituciones rígidas:

- Pueden favorecer el surgimiento de tensiones sociales cuando la dificultad de los procedimientos previstos impidiesen una reforma exigida por los factores reales de poder o grupos de presión.



Por su parte, las constituciones flexibles pueden reformarse como cualquier ley ordinaria y por lo tanto no existe distinción formal, sólo material entre las leyes constitucionales y las leyes ordinarias, como por ejemplo la Constitución de Inglaterra. En esta clase de constituciones no existe el poder constituyente en sentido formal, por lo menos como órgano especial o extraordinario, podrá hablarse materialmente de un poder constituyente difuso en la opinión pública y mantenido por ella. El mismo órgano que dicta las leyes comunes también puede modificar la Constitución con un procedimiento más estricto.

Ventajas que presentan las constituciones flexibles:

- Permiten ir adecuando la realidad con la normatividad constitucional.
- El costo público y la lucha social es menor.

Desventaja que presentan las constituciones flexibles:

- Suponen cierto grado de inmadurez legal, especialmente en los países subdesarrollados económicos, cultural y socialmente, pues favorecen la incertidumbre jurídica.

1.3.5 Originarias y derivadas

La Constitución originaria es un documento de gobierno que contiene un principio funcional nuevo, creador y original para el proceso del poder político y para la formación del Estado, por ejemplo la Constitución de Inglaterra crea el Parlamentarismo y la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica es la primera Constitución escrita que creó un estado federal y el régimen presidencial. Es decir, contiene principios nuevos u originales para la formación del Estado.

La Constitución derivada es aquella que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales extranjeros, llevando a cada Estado una adaptación acorde a sus necesidades y realidad. No posee principios originales para la formación del Estado, sino que adopta una o varias constituciones originarias, la mayoría de las constituciones de Latinoamérica son derivadas.

1.3.6 Absolutamente pétéreas y parcialmente pétéreas

Las constituciones absolutamente pétéreas son aquellas que no pueden reformarse en ningún aspecto y bajo ninguna circunstancia.

Las constituciones parcialmente pétéreas son las que prohíben la reforma de una o varias cláusulas. El tratadista Biscaretti citado por Gregorio Badeni sostiene que: "... las cláusulas pétéreas son una forma de rigidez constitucional, su establecimiento solo obliga a agravar el procedimiento para la reforma, pues primero se tendría que suprimir la cláusula pétérea y luego establecer su nuevo contenido..."⁶ Es por ello, que las cláusulas pétéreas (también denominadas como cláusulas de intangibilidad) tienen como fin librar de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales, por lo que su desaparición depende de causas revolucionarias y no legales.

⁶ Badeni, Gregorio. **Instituciones de derecho constitucional**. Pág. 113



1.3.7 Codificadas y dispersas

La Constitución codificada es la formulada con unidad de sistema, solo a través de la ley escrita y mediante un procedimiento que permita identificarla.



La Constitución dispersa es la formulada en actos producidos sin unidad de sistema, sean legales, escritos, o consuetudinarios.

1.3.8 Utilitarias e ideológicas

La Constitución utilitaria, es neutral ideológicamente hablando, no sigue específicamente una corriente, no se caracteriza por regular derechos individuales, sino solo la organización y régimen del gobierno y del Estado, por ejemplo como nos dice Colomer (1995) la Constitución alemana de 1871 y la francesa de 1875.

La Constitución ideológica es la que tiene un programa ideológico, pues trata de establecer de antemano un sistema político determinado. Todas las constituciones del final del siglo XVIII y principios del siglo XIX están basadas en la ideología democrático-constitucional liberal. Esta influencia se manifiesta en la distribución de funciones estatales en varios detentadores del poder y en la inclusión de un catálogo de derechos constitucionales. Por ejemplo constituciones liberales como la de Estados Unidos de Norteamérica o constituciones socialistas como las rusas.

1.3.9 Normativas, nominales y semánticas (clasificación ontológica)

Esta clasificación resulta de la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso de poder. El punto de partida es la tesis de que una Constitución es la que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica.

Constitución normativa es aquella que proclama y regula la limitación del poder público y el respeto de los derechos individuales, cuando es efectivamente aplicada y



respetada, pues se adecua convenientemente a las necesidades de la realidad social que regula. Existe una total concordancia entre el deber ser y el ser.

Constitución nominal es aquella que proclama la limitación del poder público y el respeto de los derechos individuales, sin embargo ella no es cumplida en la realidad social, en este caso, la Constitución deber cumplir una función educativa para lograr que en el futuro la realidad se ajuste a ella.

La Constitución semántica es aquella que si bien es cumplida, no regula adecuadamente la limitación del poder público ni asegura el ejercicio de los derechos individuales ni la democracia, no hay periodicidad en la función pública, no hay consulta popular ni pluralismo político sino uní partidismo, como la Constitución de Cuba.

1.3.10 Materiales y formales

La constitución material es la constitución total del Estado integrada tanto por la normatividad, jurídica o extrajurídica, como por la normalidad, usos y costumbres.

La Constitución formal es aquella elaborada de acuerdo a procedimientos establecidos que permitan individualizarla.

1.3.11 Genéricas y analíticas

La constitución genérica es la que expone en forma concisa las líneas generales de la organización del Estado, delegando al legislador ordinario su regulación, lo que favorece a la durabilidad de la Constitución.

La Constitución analítica es la que contiene un gran número de disposiciones reglamentarias sobre contenidos no sólo políticos, sino económicos y sociales, lo cual, obliga a reformarla con frecuencia.



1.3.12 Definitivas y de transición

La constitución definitiva, es la que se establece en una etapa de consolidación de un proceso que puede ser de transición dentro de un Estado.

La Constitución de transición es la que se dicta en una etapa de tensiones que necesita madurar el proceso en búsqueda de síntesis.

1.3.13 Clase de constitución guatemalteca

Conforme la clasificación antes enumerada, podemos afirmar que la Constitución de la República de Guatemala es:

- ▶ Escrita, porque esta formulada en forma codificada en una unidad escrita que permite identificarla;
- ▶ Es rígida, porque solo puede reformarse por un procedimiento distinto al establecido para la reforma de leyes ordinarias;
- ▶ Es derivada, porque se conforma de varias constituciones que le han servido como modelo;
- ▶ Es parcialmente pétrea, porque entre las normas que la conforman se encuentran las cláusulas denominadas pétreas que son aquellas normas constitucionales cuya reforma esta prohibida;
- ▶ Es utilitaria e ideológica, porque contiene una parte dogmática (derechos humanos) y otra orgánica, organización del Estado;



- Es nominal, porque los preceptos constitucionales que contiene son cumplidos en nuestra realidad social;
- Es formal, porque fue creada por una Asamblea Nacional Constituyente conforme un procedimiento legal;
- Es analítica, porque sus normas regulan contenidos individuales, económicos, sociales y políticos;
- Es definitiva, porque fue creada para establecer una etapa de la consolidación social y política del país; y,
- Es impuesta, porque fue creada de acuerdo a la voluntad del poder constituyente.

1.4 Garantías constitucionales

1.4.1 Antecedentes

El racionalismo del constitucionalismo clásico y moderno se funde en la inclusión de la libertad y de los derechos del ciudadano en el texto constitucional, considerando su inscripción suficiente para que las conductas del actuar humano se circunscribieran a esos parámetros. Con el paso del tiempo se le fueron sumando a esta concepción aspectos organistas, como la separación de poderes y se incorporaron algunas garantías para afianzar los derechos, surgiendo la necesidad de establecer mecanismos para que los gobernados pudieran disponer de vías rápidas y eficaces para defenderse del exceso del poder del Estado, y esos mecanismos son denominados Garantías Constitucionales.

Durante mucho tiempo a las garantías constitucionales se les tuvo como sinónimo de derechos, equívoco que se remonta a la Declaración Francesa de Derechos del Hombre, puesto que su Artículo 16 establecía que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada no tiene constitución y como consecuencia de ello en una interpretación desacertada, y pase a los textos constitucionales denominándose con el nombre de Garantías Individuales a los derechos humanos.



También al concepto de garantía constitucional se le ha tenido como sinónimo de instituciones a las que se otorga rango constitucional para darles mayor jerarquía y protegerlas contra cambios legislativos anárquicos. Así, el término garantía sería sinónimo de defensa constitucional, refiriéndose a aquellos medios establecidos por el constituyente para preservar el ordenamiento del Estado. Actualmente, las garantías constitucionales tienen un significado meramente procesal, para Jorge Mario García Laguardia son "...medios técnicos jurídicos orientados a proteger las disposiciones constitucionales cuando éstas son infringidas reintegrando el orden jurídico violado".⁷

Podemos considerar entonces, que las Garantías Constitucionales son instrumentos jurídicos creados por la Constitución por medio de los cuales se controlan, garantizan y protegen los derechos y principios que en ella se consagran. Al conjunto de esos instrumentos llamados Garantías Constitucionales, una gran parte de los autores las designan con el término de Justicia Constitucional, por considerar que con ello se subraya el carácter axiológico de esos instrumentos y por su preciso sentido jurídico.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, a través de la historia se ha utilizado equívocamente este término, desde la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 se hablaba de Garantías de la Libertad Individual que eran derechos reconocidos en la Constitución de 1945 y se les denomina Garantías Individuales y Sociales, refiriéndose a garantías individuales, amparo, familia, trabajo, empleado público y propiedad. En la Constitución de 1965 se les llama Garantías Constitucionales, refiriéndose a garantías y derechos individuales, al Habeas Corpus y al Amparo.

⁷ García Laguardia, Jorge Mario. **La defensa de la constitución**, Pág. 24

1.4.2 Jurisdicción constitucional

Después de la Primera Guerra Mundial se inició una tendencia doctrinaria que impulsaba la necesidad del establecimiento de un sistema de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, por medio de la cual, los tribunales tendrían la facultad de examinar y declarar la conformidad o no de las normas de origen legislativo con las normas fundamentales de la Constitución. Como consecuencia surgen los instrumentos relativos al control de la constitucionalidad de las leyes, cuyo objetivo era el poder depositado en los órganos del Estado, a este sistema se le denominó Angloamericano.

En ese mismo período surgió el sistema denominado Austriaco impulsado por Hans Kelsen, que promulgaba la necesidad de establecer un tribunal constitucional especializado, el cual debía tener como principal función conocer y decidir acerca de cuestiones constitucionales.

Hans Kelsen citado por José Arturo Sierra expresa en su teoría pura del derecho que: "...la norma constitucional constituye el fundamento de validez de todas las normas de un ordenamiento jurídico, de las que es determinante de su origen y contenido. De ahí, la necesidad de un organismo estatal especializado que resolviera todas las controversias sobre la conformidad de toda norma jurídica inferior con las de mayor jerarquía que les sirven de fundamento: La Constitución." ⁸ Es por ello, que la Carta Magna como norma suprema crea sus propios controles y mecanismos que le permiten mantener su supremacía, que establece la jerarquía de las leyes dentro del ordenamiento legal estatal.

Modernamente, podemos afirmar que existen dos sistemas de Control Constitucional que son el Sistema Americano o Difuso y el Sistema Continental Europeo o Concentrado.

⁸ Sierra, José Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco**, Pág.154.



1.4.2.1 El sistema americano o difuso

Según este control cualquier Juez tiene competencia para actuar como Juez Constitucional y como tal puede desaplicar una ley por ser contraria a la Constitución. Este sistema se contempla, por ejemplo en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en las siguientes disposiciones:



- ▶ Artículo tercero, Sección Segunda que preceptúa que el poder judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan bajo esta Constitución. A este mecanismo se le conoce con el nombre de Judicial Review o del caso incidental de revisión.

- ▶ Artículo VII, Sección Segunda que preceptúa que esa Constitución será la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla. Se le denomina a este mecanismo el principio de desaplicación de norma contraria a la Constitución.

Estos son los pilares normativos de este sistema, su origen se halla en el fallo del Juez John Marshall en el caso Marbury versus Madison cuando su sentencia la fundamento en el hecho de que los jueces deben tomar en cuenta la Constitución y ésta es superior a toda ley ordinaria, por lo que tiene que regir en aquellos casos en que ambas sean aplicables.

Como vemos, el sistema difuso faculta a todos los jueces y tribunales de un determinado país para que actúen como jueces constitucionales, en razón de que todos tienen el poder-deber de desaplicar las leyes y otras normas contrarias al marco constitucional. Dicho control se extendió, como nos dice Colomer (1990) a países como Nicaragua, Colombia, Venezuela, Argentina, México, Brasil y Costa Rica.

A este modelo se le denomina difuso porque el control de constitucionalidad puede ser ejercido por cualquier juez o tribunal, siempre que conozca de un caso concreto. Se caracteriza por que es posterior, porque opera en casos concretos, ya que los jueces al dictar sentencia resuelven inaplicar la norma de rango inferior que consideran inconstitucional, es decir, no excluyen la norma del ordenamiento jurídico, sino únicamente declaran su inaplicabilidad al caso concreto. Los efectos de la declaración son ínter partes y adquiere carácter vinculante a través de los precedentes.



1.4.2.2 El sistema continental europeo o concentrado

Se le denomina también sistema austriaco o kelseniano y confiere en forma exclusiva el control de constitucionalidad a un organismo judicial determinado y especializado, al que comúnmente se le denomina Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, o puede formar parte de la Corte Suprema de Justicia como una sala constitucional.

Se estableció por primera vez en la Constitución de Austria (1920) y luego se introdujo a Italia (1948) y posteriormente en Alemania Federal, Chipre, Turquía, Guatemala (1965), Panamá, Ecuador, Chile, Uruguay y Paraguay, así lo afirma Colomer (1990).

Este modelo crea una jurisdicción o tribunal constitucional que se convierte en una especie de legislador negativo encargado de anular leyes y actos públicos que se consideran inconstitucionales y se le denomina concentrado porque el Tribunal especializado monopoliza el conocimiento y resolución de los asuntos relativos a la constitucionalidad de leyes y realiza dos tipos de controles constitucionales:

- ▶ Un control preventivo por medio de opiniones o dictámenes a cerca de disposiciones legales o proyectos de ley.

- ▶ Un control reparador, resolviendo recursos de inconstitucionalidad de normas, interpuestos por personas o entidades a quienes se les otorga legitimación para

promoverlos. Al tribunal constitucional se le asigna la potestad de ser él intérprete final de la Constitución y sus resoluciones tienen efectos erga omnes (efectos generales, es decir, con efectos generales para todos).



1.4.3 Jurisdicción constitucional en Guatemala

La constitución de 1965 fue un precedente para el establecimiento en Guatemala de un Tribunal constitucional permanente de jurisdicción privativa e independiente de los demás poderes y organismos del Estado. Esa Constitución regula un Tribunal de 12 miembros, formado cada vez que había un asunto constitucional planteado por resolver y lo integraban magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de las Cortes de Apelaciones y del Tribunal Contencioso-Administrativo.

En esa línea, la Constitución de 1985 consagra el principio de la supremacía de la Constitución sobre todas las demás leyes y reglamentos, declarando nulas ipso jure (de pleno derecho) las normas de jerarquía inferior que restrinjan, contravengan o tergiversen las disposiciones constitucionales. Crea a su vez la Corte de Constitucionalidad con carácter de permanente, asignándole la función principal de defensa del orden constitucional y de ser intérprete final de la Constitución.

Nuestra Constitución en materia de control constitucional, adopta un sistema mixto, es decir, una fusión del sistema difuso y del sistema concentrado, ya que como garantías constitucionales y defensa del orden constitucional y de eficacia de los derechos de los ciudadanos, regula la acción de inconstitucionalidad de leyes en general o en abstracto y la inconstitucionalidad de las leyes en caso concreto, el amparo y la exhibición personal. Garantías Constitucionales que se desarrollan a continuación:

1.5 Hábeas corpus

El Habeas Corpus, tráigase la persona de...para tenerlo bajo mi amparo) es también conocida como Exhibición Personal y es una garantía constitucional que es definida por

Jorge Mario García Laguardia como: “Una orden dada por escrito, expedida en el nombre del Estado por Juez o Corte de Jurisdicción competente, dirigida a cualquiera que tenga una persona en su custodia o bajo su restricción, mandándole presentar a aquella persona en cierto tiempo y lugar, y haciéndole manifestar la razón porque es tenido en custodia bajo restricción”⁹. De esa cuenta, podemos decir que esta garantía constitucional es resultado de la necesidad de proteger a las personas del abuso del poder de autoridad del Estado, y en nuestro país es consecuencia de un pasado histórico de violencia y desapariciones forzosas que lo han hecho indispensable para salvaguardar la libertad, dignidad y vida de las personas, protegiéndolas de los abusos y maltratos, del que puedan ser objeto por parte de la autoridad.



El individuo puede ser objeto de privación de libertad ya sea con derecho o sin derecho, la primera se refiere al caso de un delincuente o al presunto autor de un ilícito, y la segunda se refiere a cuando se priva de la libertad de una persona sin justa causa por autoridad competente o incompetente, es en esas situaciones que surge el Habeas Corpus como un remedio específico, rápido y eficaz para la defensa de la libertad individual.

Podemos decir que la exhibición personal, Hábeas Corpus es una garantía constitucional que consiste en una Acción Judicial de proceso rápido que ampara la libertad física, corporal, ambulatoria de la persona detenida y que puede iniciar el propio interesado o un tercero con el fin de que quien lo tenga privado de su libertad explique ante juez las razones de su detención y éste decida sobre su legitimidad y procedencia.

⁹ García Laguardia, Jorge Mario. **La defensa de la constitución**, Pág. 29.

1.6 El amparo

El amparo es la garantía constitucional dirigida a la tutela o protección de los derechos fundamentales de la persona, con excepción de la libertad individual, que sean lesionados o puestos en peligro por parte de los poderes públicos o entes de autoridad. El amparo este íntimamente ligado con el concepto del poder público y con todo lo referente al abuso de poder o arbitrariedad que proviene de éste. El poder público es un poder normado y limitado, pues se debe ejercer en la forma que lo regula la Constitución Política y las leyes ordinarias. Su límite termina donde comienzan los derechos fundamentales del individuo. De esa cuenta, el amparo es viable contra cualquier clase de violación generada por los poderes públicos en detrimento de los derechos reconocidos constitucionalmente.

En consecuencia, el Amparo es una institución jurídico procesal específicamente encargada de proteger los derechos de las personas, contenidos en la Constitución, por ende es el medio jurídico que preserva los derechos constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que los viole, es decir, es un medio jurídico de tutela directa de la Constitución.

1.7 La inconstitucionalidad de las leyes

El Estado tiene como fin supremo la realización y mantenimiento del bien común garantizando a sus habitantes su vida, libertad, seguridad y desarrollo, principios que se encuentran plasmados en la Constitución Política, partiendo de ahí y siendo que la Constitución es la norma suprema del Estado, a la cual todo el ordenamiento jurídico se encuentra supeditado, resulta claro que esa supremacía y la jerarquía de las leyes son principios básicos y fundamentales para el mantenimiento del Estado Constitucional de Derecho.

El principal instrumento para defender los principios constitucionales que garantiza la supremacía y la defensa de la Constitución lo encontramos en la acción de



inconstitucionalidad de las leyes, porque constituye un procedimiento por el que se puede mantener y desarrollar un control directo sobre las mismas.



La inconstitucionalidad de las leyes es una garantía constitucional que tiene como finalidad, la de mantener la supremacía de la Constitución ante las normas de un rango inferior que conforman el ordenamiento jurídico de una nación, lo que permite llegar a una verdadera justicia constitucional que consolide el Estado Constitucional de Derecho.

La inconstitucionalidad de las leyes le da la oportunidad al Tribunal Constitucional de garantizar la supremacía de la Constitución Política, pues permite enjuiciar la conformidad o disconformidad de las leyes frente a ella, para que se declare o no su nulidad ipso jure (de pleno derecho) en caso que efectivamente contraríe la Carta Magna.

Conforme lo antes expuesto, podemos afirmar que la Acción de Inconstitucionalidad es un medio de control constitucional que se utiliza en contra de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que adolecen o tengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad con el objeto de evitar su aplicación o cuando en un caso concreto se considere parcial o totalmente inconstitucional la aplicación de una ley. Esta inconstitucionalidad puede producirse en el proceso de formación de la norma que se impugna, cuando en este proceso se ha incurrido en alguna infracción o puede deberse a su contenido, cuando este es discordante con alguna disposición constitucional.

1.7.2 Clases de acción de inconstitucionalidad

1.7.2.1 Inconstitucionalidad de leyes y disposiciones generales

La acción directa de inconstitucionalidad procede contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, tiene como finalidad que la legislación se mantenga dentro de los



limite que la propia Constitución ha fijado, excluyendo del ordenamiento jurídico las normas que no se conforman con la misma y anulándolas con efectos generales *omnes* y *hacia el futuro (ex nunc)*.

El análisis para establecer la incompatibilidad entre la ley y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin sustituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones tomadas, las que por el principio de legitimidad democrática de la ley, gozan de presunción de constitucionalidad (como se explico en el apartado anterior), es por ello, que puede declararse la inconstitucionalidad cuando es evidente la contradicción con la Constitución y existan razones sólidas para hacerlo, cuando no haya bases suficientes se debe respetar la decisión del legislador y porque de acuerdo con el principio democrático ya citado, pues, es el único autorizado para decidir las políticas legislativas que el constituyente dejo abiertas. Tales aseveraciones las confirma Mynor Pinto Acevedo al manifestar: "La Corte debe declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con el texto constitucional es clara; en caso contrario, es conveniente aplicar el principio de conservación de los actos políticos y la regla básica en la jurisdicción constitucional,..."¹⁰

La Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, puede promoverla cualquier persona, es decir, se ha instituido la acción popular en esta materia, modalidad no admitida en varios sistemas jurídicos como el español donde la facultad de impugnación se concede a determinadas autoridades públicas como el presidente de gobierno.

La razón de tal limitación se debe al peligro que acompaña a la acción popular, ya que puede dar cabida a la multiplicación de acciones temerarias que pudieran generar problemas para la seguridad jurídica. Sin embargo, nuestra legislación constitucional instituye la facultad de promoción popular de esta acción, como una clara muestra del poder soberano del pueblo, pero se mantiene una limitación para evitar el abuso en su

¹⁰ Pinto Acevedo, **La jurisdicción constitucional en Guatemala**. Pág. 50.



uso, el cual consiste en que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad exige que la petición de inconstitucionalidad debe expresar en forma clara y razonada los motivos jurídicos en que descansa la impugnación, exigencia que si no se cumple en forma jurídico-científica hace imposible el estudio de la cuestión de fondo.

Esto significa que la acción de inconstitucionalidad procederá cuando exista una verdadera colisión entre una norma de inferior jerarquía con la Constitución, es decir, que exista un choque real frontal de fondo entre ellas, ya sea porque la norma inferior tergiverse, restrinja o disminuya derechos, principios o valores protegidos por la norma suprema, o bien, porque trastoquen la estructura organizativa del Estado y sus organismos o la distribución y ejercicio de las competencias del poder público.

Conforme al Artículo 135 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, así como el Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad, la inconstitucionalidad es una acción de carácter técnico y jurídico que obliga como requisito sine qua non (sin el cual, necesario) de su conocimiento de fondo, que el promoviente de la misma exprese en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación.

Por otra parte, la Corte de Constitucionalidad ha sustentado que también es motivo de desestimación de la inconstitucionalidad, que su promoviente pretenda que se declare la inconstitucionalidad total de la norma, no obstante que su impugnación la hace en forma parcial. Así se resolvió en la sentencia de diecisiete de julio de mil novecientos noventa y tres, dictada en el expediente ciento treinta y siete guión noventa y dos (137-92), en el que la Corte de Constitucionalidad sustenté: "La inconstitucionalidad planteada es notoriamente improcedente no sólo por lo considerado, sino también porque el postulante pretende que se declare la inconstitucionalidad total del Tratado y



de la Convención Suplementaria, no obstante que su impugnación es de carácter parcial, por lo que la acción intentada debe declararse sin lugar...."¹¹

La Corte de Constitucionalidad ha fundamentado la desestimación de inconstitucionalidades generales, que pese a que sus planteamientos tuvieron una extensa exposición de doctrinas, antecedentes y estudios, no hacen razonamientos adecuados que contengan una conclusión razonada y comparativa de la norma atacada con la Constitución, encontrándose de esa manera las limitantes a la facultad popular de su promoción.

1.7.2.2 Inconstitucionalidad de la ley en caso concreto

La Inconstitucionalidad de la Ley en caso concreto es la acción que puede hacerse valer en toda clase de proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia, incluso en casación, antes de dictarse sentencia.

Esta Inconstitucionalidad se puede plantear por cualquiera de las partes (actor-demandado) como una acción, excepción o incidente, y debe ser resuelta por el propio tribunal que conoce la controversia.

La resolución definitiva admite el recurso de apelación, conociendo en segunda instancia la Corte de Constitucionalidad.

El efecto que puede lograrse mediante esta acción, es la declaratoria de inaplicabilidad al caso concreto o particular de las normas que pretendidamente acusan vicio de inconstitucionalidad. A diferencia de la Inconstitucionalidad de leyes o disposiciones generales no se da el efecto general de erradicar del sistema normativo la ley inconstitucional, sino solo un efecto interpartes, es decir, causa efecto la inconstitucionalidad exclusivamente para las partes y la norma acusada de nula ipso

¹¹ Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial número 28. 1993, pág.25



jure (de pleno derecho), la cual se vuelve inaplicable al caso en concreto en donde se resuelve su inconstitucionalidad.

De lo anterior, se puede advertir, que siendo que esta inconstitucionalidad se promueve dentro de un proceso o como un proceso ante un juez ordinario, el control constitucional que por ella se promueve es el Difuso, cuando su trámite se encuentra en primera instancia.

La acción de inconstitucionalidad de leyes en caso concreto es denominada en la doctrina y en otras legislaciones como medio o vía de carácter incidental o prejudicial, su objeto es el de provocar un estudio de la justicia constitucional, contrastando la ley suprema con la ley ordinaria a efecto de determinar si existe colisión. Para el interponente, rige el requisito de exponer en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación y su resolución es específicamente como punto de derecho (no hay pruebas, por ser irrelevantes).

En los procesos judiciales este medio concreto o incidental puede iniciarse en cualquier momento del trámite hasta antes de dictarse sentencia, posteriormente al emitirse el auto definitivo de primer grado resolviendo la inconstitucionalidad, el proceso judicial queda en suspenso, lo cual, tiene la desventaja de que provoca la interrupción innecesaria de procedimientos judiciales, traduciéndose en obstrucción de justicia, principalmente en caso de acciones constitucionales temerarias o sin mayor fundamento.





CAPÍTULO II

2. Aspectos fundamentales del derecho penal guatemalteco

2.1 Reseña histórica del derecho penal

El estudio de la función represiva a través de la Historia muestra que el derecho penal ha revestido diversos fundamentos en los distintos tiempos, los historiadores de esta ciencia suelen afirmar que hasta el presente momento pueden señalarse cuatro periodos en su transformación:

- El de la venganza privada,
- El de la venganza divina,
- El de la venganza pública,
- El periodo humanitario.

2.1.1 Venganza privada

En una época primitiva, anterior a la organización de los pueblos en ciudades estados, estados o imperios, no se puede hablarse propiamente de la existencia de un Derecho Penal, pero sí existía la venganza, siendo ésta algo parecido a la pena y que se cumplía su función.

Varios autores coinciden en que la venganza debió ser la primera manifestación de la justicia penal, teniendo la pena un sentido individualista. La venganza también se puede visualizar, no sólo como una manifestación o equivalente de la pena, sino como una



guerra entre grupos sociales, siendo éstos organismos políticos primarios dotados un rudimentario sistema de prohibiciones y sanciones.

Pero esta venganza, ya sea individual o realizada por un grupo familiar contra otro, no puede considerarse como una auténtica forma de reacción propiamente penal, ya que ostenta un carácter puramente personal o familiar, permaneciendo el resto de la sociedad indiferente a ella. Sólo cuando la sociedad se pronuncia a favor del vengador, se pone de su parte y le ayuda, reconociendo la legitimidad de su reacción, es cuando ya se puede hablar de la venganza equivalente de la pena.

La venganza dio lugar a sangrientos enfrentamientos y al exterminio de numerosas familias. Para evitar este mal, surgió una institución, a primera vista cruel y bárbara, pero que supuso un considerable avance estableciendo límites a la venganza: El Talión.

En virtud del muy conocido principio ojo por ojo, diente por diente, o principio talional, no podía responderse a la ofensa con un mal superior al inferido a la víctima. Otra importante limitación al primitivo sistema de la venganza fue la Composición, calificada como el primer progreso en área punitiva, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y su familia el derecho de venganza mediante el pago de una cantidad. La enardecida venganza de sangre entre las tribus, se concilia, la reconciliación, basada sobre la reparación en metálico a la tribu ofendida, negociada primero, se convierte después en obligatoria. Así nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena: el sistema de composición.

Esta ley se encontraba escrita en el Código Hammurabi, 1927 a 2000 años antes de Cristo y con mayor desarrollo y perfección en algunas legislaciones antiguas, tales como la hebrea, la griega y la romana. La aplicación de ésta ley creó grandes conflictos, ya que no siempre era posible hacer cumplir al reo tal pena cual delito, en algunos delitos de lascivas, contra la propiedad o contra la honestidad, o en circunstancias especiales, como la de que el agresor le cortara un brazo a un manco o sacara un ojo a un tuerto.



La venganza privada la idea de la venganza es un movimiento natural y por mucho tiempo se consideró esta idea no sólo como natural, sino como legítima y necesaria. La Venganza privada era realizada de familia a familia, de tribu a tribu, de clan a clan, por lo que se afirma que la responsabilidad penal, antes que individual, fue social.

Este período se caracteriza por que la acción penalizadora no se ejerce como función política del Estado, sino que el ofensor es víctima de una reacción desorbitada y sin medida, sin que la sociedad como organización política intervenga para nada. Es una reacción punitiva entre el ofendido y el ofensor, o entre un grupo familiar y el ofensor.

La ley del talión al final de la primera edad de piedra, paleolítico, nace un orden fundado en principios que se concretó en la Ley del Talión, la cual, al no permitir hacerle al ofensor mayor mal que el que había causado, constituye un avance en las instituciones represivas. De esta ley se desconoce el lugar y tiempo exacto de su nacimiento.

La ley del Talión reza así alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, llaga por llaga, cardenal por cardenal” esto es, tal pena cual delito que es lo que significa la palabra Talión. Esta ley se encontraba escrita en el Código Hammurabi, 1927 a 2000 años antes de Cristo y con mayor desarrollo y perfección en algunas legislaciones antiguas, tales como la hebrea, la griega y la romana.

La aplicación de ésta ley creó grandes conflictos, ya que no siempre era posible hacer cumplir al reo tal pena cual delito, en algunos delitos de lasciva, contra la propiedad o contra la honestidad, o en circunstancias especiales, como la de que el agresor le cortara un brazo a un manco o sacara un ojo a un tuerto.

La composición nace con el fin de evitar inconvenientes surgidos por la aplicación del Talión. Mediante ésta se buscaba reparar el daño con una suma de dinero negociable, como precio de la sangre. Con esta ley el agresor estaba obligado por ley a reparar los



daños por medio de recursos monetarios y el agredido estaba en obligación de aceptar la indemnización, con el fin de renunciar a la venganza.

Esta transformación de la pena en una reparación pecuniaria y privada, fue la fuente de los delitos privados que existían en muchas legislaciones, como la romana y más tarde los pueblos germánicos.

La venganza privada desaparece poco a poco, bajo las influencias de las ideas de la Iglesia, al derecho de asilo, a la tregua de Dios y a un mayor y creciente poder público el cual brindaba mejores garantías al individuo; asegurando por medio de la defensa pública la defensa de la sociedad y se encargó de satisfacer los deseos de venganza de los ofendidos.

Período teológico-político de la venganza divina, pública y de la intimidación la autoridad pública toma para sí el encargo de sancionar las ofensas al derecho; pero ya éstas no la son solamente contra la víctima de la infracción, sino que como esa autoridad se presentaba con calidad de representante de la divinidad, se las estimaba dirigidas contra ella, es por eso que los actos menos graves eran considerados como turbadores del orden público y religioso y como tales castigados con penas rigurosas, con suplicios desatinados a apaciguar la divinidad o la autoridad ofendida. Se colmaba no sólo de dolor y sufrimiento al ofensor, sino de terror a los que en el futuro intentaran faltar al derecho.

Se castigaba con muerte por medio del fuego la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el sacrilegio; la brujería y la posesión demoníaca. La penalidad europea desde la antigüedad hasta fines del siglo XVIII se basaba en la idea de la venganza social y de la intimidación.

En este período es notoria la concepción mágica y divina de los fenómenos naturales y de la vida en general. Antiguo derecho penal francés en este derecho no existía ninguna codificación y las influencias más notables fueron sacadas del derecho penal

romano, del derecho penal germánico y del derecho penal canónico, donde perduraban la venganza pública, la arbitrariedad de las penas, así como las incunaciones de lesa majestad divina y de lesa majestad humana, siendo impersonales las penas con desigualdad en su aplicación.



Entre las penas aflictivas infamantes se encontraban:

- La muerte por descuartizamiento
- La muerte por fuego
- La muerte en la horca
- Destierro perpetuo
- Azotes públicos
- La marca
- Reclusión perpetua

Entre otras penas aflictivas no infamantes:

- Decapitación a los nobles
- Tortura con o sin reserva de pruebas
- Reclusión perpetua



- Azotes públicos

Entre otras, las penas infamantes principales:

- Admonición
- Interdicción o suspensión de un oficio público
- Abstención de presentarse en ciertos lugares
- Reparación de honor
- Privación de privilegios

Penas accesorias:

- Muerte civil
- Degradación de nobleza
- Condenación de la memoria del difunto
- Reprobación o vituperio

Estas penas trataban de intimidar y de dar ejemplo. En cuanto al procedimiento, era secreto y no contradictorio.

El derecho penal revolucionario la filosofía penal liberal nace revolucionariamente en el siglo XVIII, su acento fue primero crítico y buscaba destruir lo ya establecido. Bessgar Howard y Marat, más que edificar un derecho penal y carcelario nuevo, censuraron lo existente, procuran lo ya caduco.



La Revolución Francesa favoreció de manera decisiva el movimiento de reforma penal. La nueva Francia inspiró con *El contrato social* de Rousseau y en la Enciclopedia sus códigos penales: el de 25 de Septiembre de 1791; el de Brumario del año IV; y el de 1810, siendo este último el que inspirara la codificación penal de Europa.

El código francés de 1810 las primeras codificaciones penales que se percibieron en el mundo fueron en Europa, realizadas por grandes pensadores de la época. Existieron hechos que marcaron el cambio que daría las legislaciones, hechos que eran promovidos por personas que percibían la necesidad de un cambio como un desarrollo, que es lo que desde sus inicios busca la humanidad, tales hechos llevaron al hombre a grandes cambios necesarios en la evolución del hombre, entendiéndose por evolución a la modernización del pensamiento, algunos de estos hechos son la Revolución Francesa, las guerras napoleónicas, movimientos liberales, procesos de unificación o separación de naciones.

En el siglo XIX se promulga el código penal francés, en el año de 1810, bajo el imperio de Napoleón I, este código ejerció gran influencia puesto que fue impuesto por las armas francesas a muchas naciones europeas, muchas de esas naciones conservaron el código aun después de retirados los franceses, sirviéndole a otras como modelo a seguir. Y aunque este código ha sido modificado, por las naciones que en él se basa su propio código todavía conservan la esencia del código de 1810, solo que lo han adaptado a través del tiempo a las nuevas necesidades que van surgiendo en una sociedad.

El derecho penal dominicano antes de que los españoles llegaran, el derecho penal no era conocido ni necesitado, puesto que la mayoría de las tribus eran pacíficas y

respetuosas unas con las otras. Las pugnas entre individuos de la misma tribu no eran frecuentes no acarreaban mayores problemas.



No fue sino hasta que los españoles arribaron que se hizo oportuna la necesidad de leyes que controlaran la manera de actuar de los que en la isla habitaban, ya que el hurto, la mentira, la usura, el maltrato, y demás abusos eran hasta entonces desconocidos por los aborígenes que habitaban.

Las primeras leyes puestas en función dentro del territorio de la Española fueron las Leyes de Indias, puestas en vigor a partir de 1525, y estas eran el resultado de la Ordenanzas, que eran disposiciones de los reyes para los territorios recién descubiertos. Todas estas leyes no contemplaban a los indígenas o taínos como seres humanos, sino como cosas u objetos, consideraban que los taínos eran propiedad de los españoles, por tanto no tenían derecho alguno, según los españoles de la época. Gracias a esto los taínos eran cruelmente maltratados e impuestos a trabajos forzosos por los españoles, lo que los llevo a la extinción. Así que las leyes que operaban eran las mismas que las que estaban en vigencia en España, por tanto, cualquier litigio legal era remitido a los reyes y podía tardar años una respuesta de estos.

Hacia 1795, por el tratado de Basiela Francia obtuvo por parte de España el dominio de la colonia, y se hicieron a parte las leyes españolas entraron en vigencia las leyes francesas, y con ella la implementación de lo que más tarde sería conocido como códigos napoleónicos, aunque unos años después España recobra el control de la colonia, la influencia de las leyes francesas era algo que no dejaría la isla.

Y aunque España recuperó el control de la isla y al hacerlo instauró la Constitución de Cádiz, en 1812, y el Código Civil de Comercio español, al realizar la independencia efímera, se conservaron las leas españolas, pero en 1822 los haitianos nos invadieron, y ocuparon durante 22 años, en los cuales las leyes haitianas fueron reinstaladas en la vida jurídica de la isla, estas leyes tenían como base las leyes francesas. En 1844 efectuada ya la independencia definitiva e instaurada la nación como república,

empieza a tomar control de la existencia jurídica de la recién formada nación en 1822, el código francés quedo vigente en las legislaciones nacionales, era el código francés de 1832.



Años mas tarde, como el código que se usaba estaba en francés, se nombró una comisión para que tradujesen del francés al español el código y que a su vez, hicieran las modificaciones de lugar para que se adaptara a la situación actual del país. Esto fue por que la diferencia de lenguas la falta de entendimiento por parte de los legisladores traía inconvenientes e inestabilidad jurídica a una nación ya de por sí inestable por sí condición de nación recién formada.

Pero unas décadas mas tarde gracias a la incompetencia y falta de fe de los gobernantes, se buscó a anexión en 1861, a España, instaurando de esta forma el Código Penal español, pero el 11 de mayo de 1865 por la Guerra de la Restauración se expulsaron los españoles y se obtuvo de nuevo la soberanía de la república, trayendo con esta el Código Penal francés en nueva ocasión.

En la venganza privada como ya vimos era en la cual el hombre reacciona a la ofensa con la defensa puramente animal en un juego de fuerzas naturales donde no puede hablarse de justicia. Luego los vínculos de sangre y la convivencia social, transportan la reacción de lo individual a lo colectivo, y la venganza se convierte en un derecho que la gens le debe a cada uno de sus miembros, y cuando la reacción de la venganza intragrupal se convierte en un riesgo, surgen límites en el talión (se cobra con la misma ofensa) y en la composición (rescate del derecho de venganza por medio del pago hecho por el ofensor con animales, armas o dinero).

Después la venganza individual que consiste en que el ofendido realiza su venganza por mano propia, de manera desproporcional. La venganza familiar aparece la ley del Tali3n, su antecesor más remoto es el Código Amurabi que ya hace un esfuerzo por evitar la desproporcionalidad de la venganza del ofendido, donde el grupo familiar del afectado realiza el acto de justicia causando igual da3o al ofensor.

2.1.2 Venganza divina

En esta época se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. En la justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre (generalmente eran sacerdotes, los que representando a la voluntad divina administraban justicia), y las penas se imponían para que el delincuente expíe su delito y la divinidad deponga su cólera.



2.1.3 Venganza pública

La venganza pública es un acto de venganza, pero ejercida a través de un representante del poder público. Aquí simplemente se traslada la ejecución justiciera a alguien que represente los intereses de la comunidad, inicialmente en su manifestación más primitiva organizarse el Estado se traspasó a órganos especiales (jueces y tribunales) el arreglo imparcial de las penas arrancándolo a los ofendidos y limitando su derecho a la venganza. Se organizó todo un sistema probatorio y la pena se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba (legislador), e incluso del que la ejecutaba (autoridades administrativas).

Lo Intimidatorio; teológico y político a pesar de la institucionalización de las penas, las clases dominantes: nobleza y clero, las emplearon a someter a los dominados en una cruel represión y la máxima inhumanidad de las penas, como: la decapitación, ahorcamiento, hoguera, y torturas como: azotes, garrote, desmembramiento, otros, que en gran parte esta escritos en el "malleus maleficarum" (el martillo de los brujos). Esta es la etapa más sangrienta, donde cualquier persona podía ser denunciada de manera anónima de una conducta considerada como ilícita o sacrílega.

El humanitario esta etapa surge como reacción ala venganza intimidatorio; teológica y político, pugnado por un suavizamiento de las penas. Grandes pensadores, filósofos y

humanistas con sus obras e ideas, han influido para limitar el ejercicio del poder, el Derecho Penal y desarrollar ciencias a fines.



Sus principales exponentes son: César Beccaria y John Howard, con su valiente y enérgica manifestación de principios humanistas, trataron de devolver al hombre el respeto a su dignidad. Autores como John Howard quien fue un notorio reformista inglés fue quien se preocupó de las penas y de las cárceles, de la higiene de las mismas, de la diferenciación de la disciplina para los procesados y condenados. Así propicia en el siglo XVIII la reforma penitenciaria y Cesar Beccaria quien destaca diversos aspectos, tales como procedimientos arbitrarios e inhumanos para obtener confesiones; se refiere a la tortura y rompe con ancestrales creencias relacionadas con la eficacia de la pena, estas ideas se encuentran en su obra: *El delito y las penas*.

Estas ideas de los principales exponentes humanistas, se encuentran vigentes, al igual que los principios emanados de la revolución francesa, producto de la ilustración, con lo cual surge la contemplación y tutela de los derechos del hombre.

Posteriormente, surgen lo que son las escuelas de las cuales podemos decir que existían tres principales la positiva, la clásica y la ecléctica.

2.1.4 Período humanitario

Esta época o período se inicia con el Iluminismo, siendo su impulsor el milanés César Bonnesana; El Marqués de Beccaria con su obra *De los delitos y de las penas*, en la que se oponía al trato inhumano tanto en la aplicación de penas y las torturas para obtener confesiones; con esta obra se cierra el período antiguo, abriéndose la Edad de Oro del derecho penal, considerándose luego al Derecho Penal como ciencia que se le atribuye a Beccaria.

2.1.5 Época científica

Esta época subsiste hasta la crisis del Derecho Penal Clásico, la que consistía en considerar al derecho penal como una disciplina única, general e independiente, dedicada al estudio del delito, la pena desde un punto de vista estrictamente jurídico, debido a la labor de Francesco Carrara y otros.

La Escuela Positiva se opone a la misma, considerando al Derecho Penal como una rama de la sociología criminal, siendo su método positivista o experimental, en oposición al lógico abstracto de la escuela clásica; poniendo de manifiesto factores antropológicos, físicos y sociales, considerándose una manifestación de la personalidad, y la pena un medio de corrección social o de defensa social; su precursor fue Enrico Ferri.

El derecho penal autoritario trata de proteger al Estado, considerando los delitos políticos como infracciones de especial gravedad con castigos severos.

2.1.6 Época moderna

El derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, relacionada al delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad; y las ciencias penales o criminológicas con el mismo objeto de estudio, lo hacen desde el punto de vista antropológico o sociológico.

2.2 Escuelas del derecho penal

2.2.1 Escuela clásica

El representante de la Escuela Clásica es Francisco Carrara, éste sostiene entre otras ideas, que el derecho es connatural del hombre; que Dios lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir con sus deberes.



El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: a una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del derecho y peligroso para el mismo.



Los positivistas del siglo pasado en especial Enrique Ferri, llamaron Escuela Clásica a las doctrinas que no se adaptaban a las nuevas ideas, a los recientes sistemas. Ferri quiso significar con este título lo viejo y lo caduco.

La Escuela Clásica del Derecho Penal siguió preferentemente el método deductivo, o método lógico-abstracto, como lo llama Jiménez de Asúa, por ser la adecuada a las disciplinas relativas a la conducta humana.

A la Escuela Clásica se le censuró el empleo del método deductivo en la investigación científica, pero es que el derecho no puede apegarse a los sistemas de las ciencias naturales por no ser parte de la naturaleza y no someterse a sus leyes. En la naturaleza los fenómenos aparecen vinculados por nexos causales, por enlaces forzosos, necesarios, mientras que el derecho está constituido por un conjunto de normas, las normas postulan una conducta que, por alguna razón, estimamos valiosa a pesar de que en la práctica pueda ser producido un comportamiento contrario. Lo enunciado por las leyes naturales tiene que ser, lo prescrito por las normas debe ser.

Las notas comunes dentro de la Escuela Clásica son los siguientes:

- ▶ Igualdad en derechos,
- ▶ Libre albedrío, entidad delito, independencia del aspecto interno del hombre,
- ▶ Responsabilidad moral, consecuencia del libre albedrío,
- ▶ Pena proporcional al delito, retribución señalada en forma fija,



- Método deductivo.
- Teleológico o especulativo propio de las ciencias culturales.

La noción clásica del delito. Para Carrara el delito consiste en la infracción de la ley del estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Las escuelas clásicas agrupan a los pensadores y tratadistas del derecho penal que, fundándose en el libre albedrío humano y en la eficacia de la pena como ejemplaridad general e individual escarjuridica criminal sobre principios de estricto dogmatismo jurídico, liberalidad en le proceso y trato humanitario de los procesados, con eliminación de torturas y otros sistemas crudes de inquisición o castigo.

El resultado de las teorías de los filósofos de los siglos XVII y XVIII fue la formación de una escuela general de derecho penal cuyos principios se concentraron en los códigos penales promulgados después de la Revolución Francesa que con algunas adiciones y modificaciones, rigen en la actualidad y forman el derecho penal liberal surgido así de la denominada Época de Luces.

Principales fundadores son César Beccaria fue el iniciador de estas escuelas, denominada clásica siendo sus continuadores, en Italia Rossi Carrara; en Francia Ortolán y Chauveau, Helie; y en España García Goyena Y Pacheco. El máximo exponente de esta doctrina ha sido el maestro Italiano Francisco Carrara.

El profesor Ladislao no expone la tesis de la escuela clásica de la forma siguiente:

- El delito es una entidad jurídica que se compone de diversas fuerzas: morales y físicas.



- El derecho de castigar corresponde al Estado a título de tutela jurídica.
- El fin de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad.
- La pena es un contenido necesario del derecho.
- La Imputabilidad criminal tiene un fundamento moral.
- El método de investigación en el derecho penal es objetivo.

La escuela clásica, establece la proporcionalidad entre el delito y las penas; excluyen las corporales e infamantes; defiende como garantía suprema la inexistencia de delito para la ley positiva sin previa declaración del mismo; y propugna ardorosamente las garantías individuales en el procedimiento y en las condenas penales.

Los caracteres de la escuela clásica son los siguientes:

- Método lógico-abstracto puesto que el derecho penal, por ser derecho, había de trabajarse con esa metodología.
- Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral: Carrara dijo que no podía concebirse en el derecho penal si no construirlo sobre esas bases.
- El delito como antijurídico, ya que es un ente de hecho, si no el concepto jurídico de que él según Carrara, se derivan todas las consecuencias de un sistema de derecho Penal.
- La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica. Es verdad que entre los penalistas de aquellas personas de aquellas épocas



hay algunos que no creen en el libre albedrío o que asignan a la pena un fin de defensa. Por eso Romagnos Feveerbach y Benthan se les ha llamados padres del positivismo.

- ▶ Los principios de la escuela clásica se fundamentan en los siguientes:

- ▶ El delito, es una infracción de la ley de Estado compuesto por dos fuerzas:
 - ▶ Moral: Conciencia de hacerlo

 - ▶ Física: que es la acción

- ▶ La pena, es la necesidad que tiene la sociedad de castigar al delincuente o infractor, nace en la conciencia del sujeto activo que lo comete, generando responsabilidades moral, obra con su propia conciencia.

- ▶ El delito, es la transgresión de la ley establecida el cual requiere retribución moral a la sociedad, representada en la multa o años de condena no es regenerativo es una consecuencia jurídica.

- ▶ La responsabilidad moral, se funda en el libre albedrío, y el sujeto debe responder, escogió esta conducta y no otra lícita

- ▶ Previsión, efectos de las infracciones que establece la ley

- ▶ Voluntad, es la forma de obrar contra el derecho

2.2.2 Escuela positiva

La Escuela Positiva es la negación radical de la Clásica, pues pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva al dar preponderancia a la estimación a la personalidad del delincuente.



El positivismo, no niega la existencia de lo absoluto o metafísico, pero tampoco se ocupa del problema, se limita únicamente al estudio de lo real, entendiendo por tal todo lo sensible, lo físico.

Según el positivismo, todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y la observación, es decir el método inductivo, para luego inducir las reglas generales.

El delito como tal, es un concepto formado en la mente por uno de los llamados juicios sintéticos a priori; el contenido de este concepto no existe integrado en la naturaleza sino que se integra por el hombre mediante una relación estimativa entre determinados actos frente a la vida social.

Villalobos comenta que él en materia penal, el método de observación es adecuado para formar los primeros conocimientos antropológicos, psiquiátricos, etc., así como para observar los efectos prácticos de las sanciones que puedan orientar la penología, todo lo cual constituirá los presupuestos básicos a la dogmática penal y de toda la política que haya de seguir el Estado para tratar de mantener la conducta de los hombres dentro de las normas constitutivas del régimen social; pero sobre los conocimientos así adquiridos y paralelamente a ellos, hay que seguir trabajando en el campo jurídico, con método propio, sin que exista en ocasiones nada que observar ni que deducir.

Las notas comunes dentro de la Escuela Positiva son los siguientes:



- ▶ El punto de mira de la justicia penas es el delincuente, el delito es sólo síntoma revelador de su estado peligroso.
- ▶ Método experimental, se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo que pueda inducirse de la experiencia de la observación,
- ▶ Negación del libre albedrío, el hombre carece de libertad de elección, el delincuente es un anormal,
- ▶ Determinismo de la conducta humana, consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta humana está determinada por factores de carácter físico-biológico, psíquico y social,
- ▶ Responsabilidad social, se sustituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social. Si el hombre se halla fatalmente impelido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.
- ▶ Sanción proporcional al estado peligroso, la sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor,
- ▶ Importa más la prevención que la represión de los delitos, la pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes readaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas.

Para la escuela Positivista, además de el delito y las sanciones penales existen otro elemento: Protagonista; es decir la persona que comente el delito Delincuente, la persona que se le va a imputar el delito.



Los fundadores de esta escuela comienza con los estudios de Lombroso, sobre el hombre delincuente, en su organismo, su carácter, sus signos distintivos, su estado de animo dirigiéndose así a una antropología criminal, después continua con Ferri y Garofalo, quienes se basaban en las estadísticas y estudiaban las causas de los delitos siendo así sociología criminal.

Según Lombroso el niño es un salvaje que se civiliza por la educación ya que los actos del niño serian criminales si el hombre lo cometiera, donde el hombre criminal reproduce la tendencia del niño, los instintos animales, prehumano, basándose así en un hombre arcaico.

Después Lombroso crea una categoría especial de individuo con los criminales, denominándolo el tipo criminal. Ferri completa la doctrina positivista penal utilizando el método inductivo señalando que el hombre va al crimen por factores individuales, las cuales son los caracteres Psicofísicos congénito; Físico, ambiente físico, sociales, ambientes sociales. Estos factores concurren en cada hecho, pero puede prevalecer uno sobre los demás.

2.2.3 Escuela ecléctica

La Terza Scuola constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica, admite de aquél la negación de libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo.

Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta de la escuela clásica el principio de la responsabilidad moral; distingue entre

delincuentes imputables e inimputables, aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad.



Son principios básicos de la terza scuola, en opinión del penalista Cuello Calón:

- Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre
- La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica
- La pena tiene como fin la defensa social.

2.3 Definiciones del derecho penal

El derecho penal verdadero y propio regula hechos que afectan directa e íntimamente a la comunidad, hechos que lesionan gravemente intereses colectivos e individuales y que, en su mayoría, poseen un marcado tono de inmoralidad, verbigracia, el asesinato, el robo, la falsificación de documentos.

También ha sido definido como la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.

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



Así mismo Liszt lo define: “Derecho Penal, es la ciencia que determina el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia.”¹² O bien como lo define Cuello Calón: “Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece.”¹³

Al definir el derecho penal nos referimos al derecho penal que tiene por fin el mantenimiento del orden jurídico y la protección social contra el delito, el derecho penal genuino y verdadero, al derecho penal criminal. Junto a éste existe el llamado derecho penal disciplinario proveniente del ejercicio de la potestad disciplinaria del estado, cuyo fin es corregir a sus funcionarios en el caso de que infrinjan los deberes y obligaciones que su reglamentación profesional les impone.

El derecho penal disciplinario es de naturaleza penal, pues conmina con males, correcciones disciplinarias, en caso de ejecución en actos ilícitos, faltas profesionales, pero no obstante tal semejanza le separan profundas diferencias del derecho penal verdadero y propio, en particular su diverso fin pues mientras aquel aspira a la conservación del orden jurídico y a su restablecimiento cuando ha sido violado por el delito mediante su conminación, imposición y ejecución de la pena, el derecho disciplinario, cuyo campo es más limitado, tiende a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y sancionar su infracción por medio de la imposición de medidas correctivas y disciplinarias.

Otra diferencia esencial entre el derecho penal propio y disciplinario consiste en que este se caracteriza por la ausencia de figuras legales de infracción (nullum crimen sine lege) es uno de sus conceptos fundamentales. Además como M. E Mayer observa la práctica del poder disciplinario es administración, la del poder penal es justicia, el superior que castiga disciplinariamente al subordinado se cuida de un asunto

¹² Von Liszt, Franz. **Tratado de derecho penal alemán.** Pág. 56

¹³ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal español.** Pág.7

administrativo, el que castiga como magistrado de un tribunal penal representativa justicia del Estado



Además del derecho disciplinario de los funcionarios hay otro derecho disciplinario constituido por el conjunto de sanciones contenidas en la reglamentación de determinados organismos, instituciones, corporaciones públicas o reconocidas por el estado para el mantenimiento de su disciplina interna y normal funcionamiento. También existe un derecho disciplinario privado, al que pertenece el de la familia, reconocido y regulado por el estado, que establece relaciones de subordinación entre sus miembros y se concreta especialmente en el llamado derecho de protección paterna.

A pesar de que una definición debiera ser el resultado último de una seria investigación en cualquier rama del conocimiento, para efectos didácticos es menester presentar a priori qué se entiende por derecho penal, aunque posteriormente se aclare todo lo relativo a sus características, objeto y fin.

No existe, al respecto de la definición del derecho penal, una concepción única, pues ésta dependerá no solamente del momento histórico en que se desarrolle o de la escuela a la que pertenezca el autor que la exponga, sino también a las ideas propias de este, por lo que habrá que reconocer tantas definiciones como autores que las plantean, sin poder hacer una descalificación de las mismas, salvo por lo que respecta a la confusión que en muchos autores persiste en considerar al Derecho Penal y la ciencia que lo estudia una misma cosa, error que se aclarará en el capítulo respectivo.

Por tratarse de la definición un sector del derecho en la que sólo se destaca un papel particular que lo diferencia de otros sectores, de entre las diversas concepciones pueden distinguirse, en primer lugar, las que optan por el criterio de las teorías morales del Derecho, el llamado iusnaturalismo, por el formalismo jurídico o por el realismo sociológico; y ya dentro de la ciencia jurídico penal en particular, pueden encontrarse las que surgen de las distintas escuelas que han planteado su filosofía respecto de esta

rama del universo jurídico, e igualmente pueden diferenciarse las que atienden al sentido objetivo o al subjetivo, y será ese el primer criterio al que se atenderá, aunque no de manera exhaustiva y sólo para iniciar el estudio de nuestra materia.



Se puede definir como *ius puniendo* o bien como *ius poenales*, es decir desde el punto de vista objetivo y el punto de vista subjetivo. Ambas nociones tradicionales integraban hasta hace poco el concepto, comúnmente admitido, del derecho penal. Mas la evolución realizada en éste durante los últimos años ha revelado la importancia de ciertas medidas de combate contra la criminalidad (medidas de corrección y de seguridad) de carácter esencialmente preventivo. La gran importancia que aquellas medidas han adquirido en la doctrina y en las legislaciones obliga a incluirlas en la noción o definición del derecho penal.

Por tanto en el campo de éste, que aunque animado de un sentido ético se propone la obtención de fines prácticos, además de las normas relativas del delito y a la pena entran también las medidas de seguridad. Así que el derecho penal en su aspecto subjetivo habrá de definirse como el derecho del estado a determinar imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad, y en su sentido o objetivo como el conjunto de normas establecidas por el estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquéllos son sancionados.

2.3.1 Desde el punto de vista objetivo (*ius poenale*)

También llamado derecho penal objetivo o bien *ius poenale*, básicamente hablamos de lo mismo se refiere a las normas jurídico penales en sí es decir el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente.

En sentido objetivo el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento del derecho penal positivo.

Algunos autores, siguiendo ciertas ideas kelsenianas, afirman que el contenido del Derecho es sociológico o político y que sociológico o político, más no jurídico, es el que persigue; idea que ha traído negativas consecuencias prácticas, como principal ejemplo están las leyes penales de Nuremberg, al no reconocer que el derecho obviamente el penal en primer lugar, al regular conductas, no puede carecer de un fin por sí, de lo contrario se llegaría a la conclusión de que un delito no es la lesión de un bien jurídicamente protegido, sino simplemente la violación de un deber.



Así la finalidad del derecho penal en general, es la protección de los intereses de la persona humana, los que constituirán los bienes jurídicos; más no todos los intereses, sólo aquéllos de superior jerarquía, a los que otorga esa protección mediante la amenaza y la ejecución de la pena.

2.3.2 Desde el punto de vista subjetivo (*ius puniendi*)

También llamado derecho subjetivo distinguiéndolos del Derecho objetivo como sistema de leyes, siendo aquéllos la facultad de hacer alguna cosa, concedida o permitida por las leyes.

El derecho penal en sentido subjetivo es el derecho de castigar, *ius puniendi*, es el derecho del estado a conminar la ejecución de ciertos hechos, delitos, con penas y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción está contenido el fundamento filosófico del derecho penal.

En este sentido, se estableció el concepto de derecho penal subjetivo del Estado como la facultad o derecho de castigar; aunque algunos autores como Manzini, negaran la existencia del derecho penal en sentido subjetivo, arguyendo que éste no es más que un atributo de la soberanía de los Estados.

Sin embargo ha surgido la necesidad de responder a la cuestión de cuál es el fundamento por el cual puede el Estado imponer una sanción a los que han incurrido en

la comisión de una acción que el mismo Estado ha determinado como delito, por lo que han aparecido diversas explicaciones:



Según las teorías absolutas el fundamento de castigar esta en la justicia absoluta. El delito es un mal, sino se castiga con otro mal sería una injusticia, la pena es una justa consecuencia. La absoluta que es la teoría de la expiación de la pena calma la irritación divina por el sufrimiento del autor del delito, por lo tanto la pena trata de borrar la falta mediante la represión, sin pretender readaptar al delincuente.

En tantos las teorías relativas o utilitarias se castiga para que no se vuelva a cometer delitos y, de acuerdo con el fin que persigue se tiene las siguientes teorías: de la prevención, de la enmienda, y de la defensa social.

En las teorías mixtas pretende conciliar a las teorías absolutas con las relativas, por lo que la pena tiene un fin retributivo pero también utilitario, por lo que el delito es la razón de la pena y su esencia es la retribución, pero sin dejar de lado el mantenimiento del orden y la defensa de la sociedad.

Por ultimo las teorías anarquistas no es concebible que exista un derecho a castigar. La imposición de una pena es el ejercicio de la fuerza y ésta de ninguna manera puede ser fundamento de la justicia, pues toda coacción implica injusticia y arbitrariedad, observando a la pena como otro crimen.

2.4 Características del derecho penal

El derecho penal, a diferencia de los otros medios de control social formales se caracteriza por ser eminentemente sancionador y fragmentario. Pues bien, abordemos cada de uno de ellos.

El carácter sancionador es un sector de la doctrina afirma que el derecho penal tiene carácter sancionador, secundario y accesorio, en tanto que otro sostiene que tiene carácter constitutivo, primario y autónomo.



Se dice que el derecho penal tiene carácter sancionador, secundario y accesorio, por cuanto se afirma que el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que sólo limita a imponer penas y por ello resulta accesorio; puesto que a los bienes jurídicos creados por otros ordenamientos jurídicos, el derecho penal, se encarga de protegerlos y consecuentemente resulta secundaria su tarea.

Por otro lado se sostiene que el derecho penal tiene carácter constitutivo, primario y autónomo, al estimarse que el derecho penal contribuye en la creación de bienes jurídicos.

Lo más correcto sería pues, afirmar que el derecho penal es predominantemente sancionador y excepcionalmente constitutivo. Pese a ello, cabe consignar que el derecho penal siempre es sancionador en el sentido que no crea los bienes jurídicos, sino que les agrega su tutela penal.

El carácter fragmentario que significa que el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas. Es por ello que, la intervención punitiva estatal no se realiza frente a toda situación, sino solo a hechos que la ley penal ha determinado específicamente por lo que la pena constituye un instrumento subsidiario.

Que el Derecho penal sólo castigue las perturbaciones más graves a la paz social no implica que los demás ilícitos queden sin castigo o que dejen de recibir una sanción oportuna; muy por el contrario, siguen recibiendo un castigo, ya no a través de las

penas y medidas de seguridad, sino en virtud de otra clase de sanciones como las que corresponden, por ejemplo, al Derecho Civil o al Derecho Administrativo.



El carácter fragmentario del Derecho penal protección de los bienes jurídicos más importantes frente a las conductas más lesivas a los mismos, aparece en una triple forma:

- ▶ Defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad,
- ▶ Tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento Jurídico se considera antijurídico,
- ▶ Dejando sin castigo las acciones de naturaleza puramente civil.

2.5 Principios del derecho penal

La naturaleza de los principios del Derecho Penal, es política y jurídica, ya que proviene de razonamientos de los juristas que han plasmado en la legislación los factores reales de poder.¹⁴

Los principios para su estudio los autores los dividen de la siguiente forma:

- ▶ Principios relativos a la función protectora del Derecho Penal: Son aquéllos que establecen límites al legislador sobre el contenido de la norma penal.
- ▶ Principio de Mínima Intervención.
- ▶ Principio de Subsidiariedad.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal parte general**. Págs. 68 y 69.



- ▶ Principio de Proporcionalidad de las Penas.
- ▶ Principios relativos a la forma y aplicación de la norma penal: Son aquéllos que establecen límites al Estado respecto de la forma en que se debe de plasmar la norma penal, y la forma en que debe de aplicar esta.
- ▶ Principio de Legalidad.
- ▶ Principio de Principio de prohibición de retroactividad de la ley penal en perjuicio del reo y Principio de Ultra actividad de la ley penal.
- ▶ Principio de Especialidad.
- ▶ Principio de Non Bis In Ídem.
- ▶ Principios que se desprenden del concepto de Culpabilidad: Son aquéllos que imponen al legislador y al juzgador el deber de satisfacer las exigencias de la culpabilidad para poder imponer una pena.

2.6 Derecho procesal penal

El objeto del derecho procesal penal radica en el esclarecimiento del hecho denunciado, previa actuación de pruebas. Mediante la intervención de un juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado, quien la ejerce a través de la acción del Ministerio Público.

El proceso se puede terminar antes de la sentencia, por eso se debe hablar de resolución y no de sentencia. Se busca determinar si se cometió o no delito, se busca

una certeza positiva o negativa. Si se comprueba la existencia de delito, aparecerán las consecuencias jurídicas, la sanción para el infractor.



2.7 Definición de derecho procesal penal

Es el conjunto de normas jurídico penales creadas por el Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad. El Derecho Procesal es un conjunto de normas que regulan los tres pilares del debido proceso, con la única finalidad de la aplicación de las leyes de fondo, o derecho sustancial.

El Derecho Procesal se ocupa también de la competencia, y la regula; así como la actividad de los jueces. Asimismo, materializa la ley de fondo en la sentencia.

En el Derecho Procesal Penal también existe un conjunto de normas que regulan el proceso desde el inicio hasta la finalización del proceso. Tiene la función de investigar, identificar, y sancionar (si fuese necesario) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares de cada caso concreto.

El Derecho Procesal Penal es aquella disciplina jurídica encargada de proveer de conocimientos teóricos, prácticos y técnicos necesarios para comprender y aplicar las normas jurídicas-procesal-penales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un Proceso Penal.

El Derecho procesal penal es el conjunto de normas que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin: la actividad de los jueces y la ley de fondo en la sentencia. Tiene como función investigar, identificar y sancionar (en caso de que así sea requerido) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares en cada caso.

En síntesis, es el conjunto de normas jurídicas que regulan el desarrollo del Proceso Penal.

2.8 Reseña histórica del derecho penal

La historia nos ha demostrado que en su trayecto, los pueblos han adquirido configurado determinadas formas del proceso penal, las cuales se han adecuando a las circunstancias económicas, sociales y políticas de los mismos, de donde han surgido tres sistemas procesales básicos, siendo ellos el inquisitivo, el acusatorio y el mixto.

En cada uno de ellos la función de acusación, de defensa y de decisión reviste diversas formas, por la naturaleza misma de cada sistema procesal. Es esencial el estudio de los sistemas procesales, para estar en condiciones de comprender en mejor forma el sistema procesal penal imperante en nuestro país.

2.8.1 Sistema inquisitivo

Este sistema es una creación del Derecho Canónico de la Edad Media, extendiéndose a toda la Europa continental y perviviendo hasta el Siglo XVIII.

Este sistema tuvo su origen en Roma y su denominación proviene del vocablo inquisito. Después de varios siglos de vigencia y ya en época avanzada del imperio, la accusatio cede su puesto a una nueva forma de procedimiento conocida como cognitio extra ordinem, derivada de las nuevas ideas políticas, de las necesidades de la expansión y de la pasibilidad de los ciudadanos en su función de acusar, motivada por el cambio de costumbres.

Este nuevo procedimiento tiene ya una tendencia inquisitiva y se caracteriza porque el acusador se convierte en simple denunciante; funcionarios especiales (oficifisci) llevaban adelante la acusación, después de una investigación secreta; el juzgador toma una participación activa en todo el proceso e interviene de oficio; desaparece el jurado y en su lugar se establecen magistrados que obran como delegados del emperador.



Dicho sistema se desarrolló y tuvo su pleno apogeo en la edad media. El proceso inquisitorio es cruel y viola las garantías individuales. Este sistema establece la forma escrita, la prueba legal y tasada, la secretividad y tiende a que las funciones procesales de acusación, defensa y decisión se concentren en el juzgador. Ante tales características el proceso penal en la etapa medieval se tornó en lento e ineficaz.



El imputado se convierte en un objeto y deja la condición de parte. Pero lo más nefasto, es que daba lugar a que los delincuentes de clases sociales bajas se les impusiera penas graves y gravísimas, y, a los integrantes de las clases sociales altas se les impusieran penas leves. En esa época, el proceso penal empezó a tomar un carácter político y de defensa de la clase dominante.

En este sistema los magistrados o jueces son permanentes; el juez es el mismo sujeto que investiga y dirige, acusa y juzga; la acusación la puede ejercer indistintamente el procurador o cualquier persona; la denuncia es secreta; es un procedimiento escrito, secreto y no contradictorio en el que impera con relación a la valoración de la prueba el sistema legal o tasado; finalmente en relación a las medidas cautelares la prisión preventiva constituye la regla general.

Descansaba en los siguientes principios:

- Concentración de las tres funciones de acusar, defender y juzgar en manos de un mismo órgano.
- Esas funciones se encomiendan a unos órganos permanentes, con exclusión de cualquier forma de justicia popular.
- El procedimiento es escrito, secreto y no contradictorio. No existe, pues, debate oral y público. Como contrapartida se establecen los principios de la prueba legal o tasada, y de la doble instancia o posibilidad de apelación.

- ▶ Se admite como prueba bastante para la condena la de la confesión del reo.

Las características de este sistema de derecho penal son:

- ▶ El procedimiento se inicia de oficio, es de naturaleza escrita y secreta, admitiéndose incluso para iniciarlo la denuncia anónima lo que resuelve la falta de acusador;
- ▶ La justicia penal pierde el carácter de justicia popular, para convertirse en justicia estatal;
- ▶ Con respecto a la prueba, el juzgador elegía a su criterio las más convenientes, prevaleciendo el uso del tormento, el cual era utilizado comúnmente para obtener la confesión del acusado que era la pieza fundamental, y en ocasión las de los testigos, las pruebas eran valorizadas a través del sistema de prueba legal o tasada;
- ▶ Este sistema es objeto de muchas críticas, puesto que veda los derechos y garantías mínimas del imputado, que como todo ser humano, tienen derechos mínimos que deben observarse dentro de cualquier ordenamiento jurídico, tales como el principio de defensa y publicidad;
- ▶ El principio de defensa es nulo y la poca que hay o se permite, es realizada por el propio juez con el fin de demostrar su bondad ante el propio acusado; es más el derecho de acusación, de defensa y de decisión están concentrados en el juez;
- ▶ En este sistema no se dan los sujetos procesales; el procesado no es tomado como sujeto de la relación procesal penal, sino como objeto del mismo;



➤ Es un sistema unilateral, o sea, de un juez con actividad uniforme opuesto al sistema acusatorio que es un sistema de partes.



2.8.2 Sistema acusatorio

Es originario de Grecia y fue adoptado y desarrollado por los romanos. En un principio corresponde a la concepción privada del Derecho penal, en cuanto el castigo del culpable es un derecho del ofendido, quien puede ejercitar su derecho o abandonarlo; si lo ejercita, el castigo y el resarcimiento del daño se tramitan en un mismo procedimiento, sin que haya distinción entre procedimiento penal y procedimiento civil.

En el proceso histórico, el sistema acusatorio es el que se manifiesta en primer lugar, y así haciendo referencia al procedimiento seguido por los atenienses, en el que, con las limitaciones debidas a las ideas políticas y sociales de la época, encontramos el principio de la acusación popular mediante la cual, todo ciudadano libre estaba facultado para ejercer la acción penal de los delitos públicos ante el Senado o la Asamblea del Pueblo.

El acusador debía ofrecer las pruebas y el imputado podía solicitar un término para su defensa, no obstante estar autorizada la tortura. El debate era público y oral. El sistema acusatorio puro se encuentra establecido en Inglaterra, país que desde que lo instauró, no se ha interrumpido su aplicación por otra clase de proceso. Es en dicho país donde se establece el Gran Jurado. Este sistema es instaurado por los ingleses en los Estados Unidos de Norteamérica.

Se basaba este sistema en los siguientes principios básicos:

➤ Facultad de acusar de todo ciudadano.

- Necesidad de que alguien distinto al Juez formule acusación para que pueda existir un juicio. El Juez no procede "ex officio".
- Quien juzga es una Asamblea o Jurado popular, por lo que las sentencias no son apelables, sino que rige el principio de instancia única.
- El de libertad personal del acusado hasta que exista sentencia condenatoria.
- El de igualdad absoluta de derechos y deberes entre acusador y acusado.
- El de que el Juzgador limite su juicio a los hechos alegados y probados.



Las características de este sistema son:

- En este sistema concurren los principios de publicidad, oralidad y contradicción, imperando además los principios de igualdad, moralidad y concentración de todos los actos procesales;
- El procedimiento penal se inicia a instancia de parte, dándole la vida a la acción popular, ya que se da derecho de acusar, no sólo a la víctima, sino a cualquier ciudadano;
- Las pruebas son propuestas y aportadas libremente por las partes y la valoración la efectúa el juzgador de acuerdo al principio de libre valoración de la prueba conocido como sana crítica;
- Las funciones procesales fundamentales están separadas: El juez únicamente es el mediador durante el proceso penal, ya que se limita a presidir y encara los debate.

► Este sistema se caracteriza por las máximas siguientes: El juez no puede proceder más que a instancia de parte, el juez no debe conocer más de lo que piden las partes, no hay juez sin actos, el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes.



Este sistema ha sido adoptado por muchos países Europeos, en Estados Unidos de América, Puerto Rico y México, sólo para asuntos federales, para su efectividad se requiere un buen equilibrio no sólo cultural sino social y político, ya que su desarrollo y eficacia en una sociedad dependen en gran medida de que se cumpla con el valor justicia.

2.8.3 Sistema mixto

Fruto de las nuevas ideas filosóficas, como reacción ante las denuncias secretas, las confesiones forzadas y la tortura, surge en Francia un nuevo sistema procesal penal que respeta el derecho de todo ciudadano a ser juzgado públicamente en un proceso contradictorio, pero conservando un elemento del sistema anterior, el de la acusación oficial, encargada a funcionarios que de modo permanente suplan la carencia de acusadores particulares, con lo que nace el Ministerio Fiscal que en Guatemala es el Ministerio Publico, que es órgano independiente de los juzgadores y representante de la ley y de la sociedad. Además, se conserva una fase de investigación secreta, escrita y no contradictoria, que a diferencia del sistema inquisitivo no sirve de base a la sentencia, sino a la acusación. La sentencia sólo puede basarse en las pruebas practicadas en el juicio.

Por esa mezcla de caracteres se le denomina sistema mixto y se caracteriza porque el poder estatal no abandona a la iniciativa de los particulares la investigación y la persecución de los delitos, pero el Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue, porque se convertiría en parte, y con ello peligraría la objetividad de su juicio.

Tratando de encontrar un proceso adecuado e intermedio entre los sistemas procesales anteriormente citados, donde se mantuviera la secretividad en aquellas diligencias que dicha exigencia fuera indispensable, y la publicidad al recibir la prueba y presentar los alegatos, se ensayaron fórmulas procedimentales que mezclaron lo secreto y lo escrito del sistema inquisitivo y lo público y oral del sistema acusatorio.



En este sentido, fueron los franceses quienes encontraron el proceso adecuado; y de ahí que, en la actualidad, ya son varios los países que aplican fórmulas idénticas a las de los franceses; Tales son los casos de Costa Rica y Argentina.

El sistema mixto ha nacido de una aspiración, o mejor dicho, de una necesidad: Esta es la de conciliar hasta donde sea posible los dos principios fundamentales del sistema acusatorio e inquisitivo; es decir, el interés individual del procesado y el de la sociedad, como ofendida, sé considerada facultada para castigar al delincuente.

Con esa conciliación, como es natural, se persigue la finalidad de buscar la manera de que no se sacrifique un principio en favor de otro. Por esa causa es que dentro del sistema procesal mixto, se combinan los caracteres del acusatorio y del inquisitivo para garantizar de ese modo, en forma equitativa, los derechos de la acusación y la defensa.

A este respecto Alberto Herrarte expone: "Con la Revolución Francesa abandona Francia el sistema tradicional establecido por la ordenanza de Luis XIV y adopta el sistema acusatorio anglosajón, que tiene corta vigencia. En 1808 se emite el Código de Instrucción Criminal, que perfecciona un sistema mixto, que es el que ha servido de modelo a la mayor parte de los Códigos modernos. Según este Código, existe una primera etapa preparatoria de instrucción eminentemente inquisitiva, secreta y sin contradictorio, cuyos actos no tienen mayor validez para el fallo.

La segunda etapa es oral y pública, con garantía del contradictorio. Subsiste el jurado de decisión (Corte de Assises), pero se suprime el jurado de acusación -Gran Jurado- y en su lugar se establece la Cámara de Acusación, o sea, a donde pasan los asuntos

después del período preparatorio, para los efectos de la acusación. El Ministerio Fiscal interviene como único acusador y el ofendido solamente tiene el ejercicio de la acción civil. En la actualidad, la fase de instrucción tiene cierta oportunidad de contradictorio. En 1958 ha sido emitido un nuevo Código en el que se permite al ofendido el ejercicio de la acción penal y se establece el juez de aplicación de penas.



La ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1982 se inclina por el procedimiento mixto. Después de una etapa de instrucción, tiene lugar el juicio oral y público, contradictorio, ante jueces técnicos y colegiados, que resuelven en única instancia, pero estableciéndose el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.”¹⁵

En Guatemala, han habido muchos intentos de reformar la legislación procesal penal, pero es hasta ahora que se ha puesto en vigencia un proceso penal con características del sistema procesal mixto, adaptado a nuestra realidad nacional y contenida en el Decreto número 51-92 del Congreso de la República, vigente a partir del uno de junio de mil novecientos noventa y dos.

Los principios en que descansa este sistema son:

- La separación de la función de investigación y acusación y la función de juzgar. Para que haya juicio es preciso que exista acusación y la función de acusar corresponde, no siempre en exclusiva, a órganos públicos especiales.
- Del resultado de la instrucción depende que haya acusación y juicio, pero el juzgador ha de basarse en las pruebas del juicio oral.
- El acto del juicio es oral, público y confrontativo, y se rige por el principio de inmediación, dependiendo la sentencia de la apreciación por el Juez, no sometida a regla alguna.

¹⁵ Castellanos, Carlos. **Derecho procesal guatemalteco**. Pág. 6



‣ Según el modelo francés, la sentencia se da mediante una cooperación de Magistrados y Jurados. La combinación de ambos elementos en la Administración de Justicia varía según los distintos países. Puede excluirse la participación del jurado, conservarse todas las demás notas esenciales.

Las características del sistema mixto son básicamente las siguientes:

- Es una combinación del sistema inquisitivo que aporta la fase de instrucción y del sistema acusatorio, que aporta la fase del juicio denominada también debate, plenario o decisiva;
- Su principal objetivo es equilibrar los intereses del individuo con los intereses de la sociedad;
- En la etapa de instrucción predomina la secretividad, la brevedad o sumario, la investigación sin contradictorio. En la fase del juicio por su parte, predomina la oralidad, la publicidad, la inmediación y la economía procesal;
- La prueba es de libre valoración por el juzgador, lo que se conoce como sana crítica, o lo que el actual Código Procesal Penal denomina Sana Crítica razonada;
- El tribunal no interviene en la instrucción del proceso y puede ser unipersonal (juzgado) o colegiado (Tribunal).

2.9 Características

El Derecho procesal guatemalteco tal y como lo conocemos tiene orígenes muy diversos, es decir que es un sistema bastante avanzado uno de las mas avanzados del

istmo, es por ello que posee variedad de características que veremos a continuación que básicamente serían las de:



- Público;
- Instrumental;
- Autónomo;
- Disciplina jurídica particular;
- Contiene un conocimiento metódico;
- Es de carácter oficial;

2.9.1 Tiene carácter público

Porque regula la actividad jurisdiccional del Estado, la intervención estatal para mantener la convivencia social resolviendo los conflictos entre particulares.

La inevitable mediación del Estado en la efectiva realización de la justicia por intermedio de los órganos establecidos para tal efecto. Además es público porque estructura los órganos estatales en sus funciones de solución de conflictos.

La relación jurídico procesal está determinada por normas de carácter público revestida de garantías constitucionales; su institucionalización se realiza a través de órganos públicos, que forman parte de uno de los poderes del Estado.

Por otra parte y como ya se indicó, este carácter público se acentúa en la medida en que aplica el Derecho Penal, derecho público por excelencia.

2.9.2 Es instrumental

Es de característica instrumental debido a que sirve para que se pueda tutelar los derechos no sólo de los ciudadanos, sino también de todos los integrantes de una comunidad organizada.



Debido a que constituye el medio de actuar del derecho sustantivo, las normas y principios de derecho procesal cumplen una función reguladora de la actividad dirigida a la realización jurisdiccional del derecho sustantivo.

No obstante, que el derecho procesal no se limita a ser solamente un medio, pues si así fuera se estaría desconociendo el fin propio que tiene, cual es de garantizar la realización del orden jurídico.

En doctrina no sólo las normas procesales tienen naturaleza instrumental, sino también las sustantivas, como es el caso de los artículos referentes a la aplicación de la pena, la reparación civil, la denuncia de parte, etc.

2.9.3 Es autónomo

El Derecho Procesal penal es autónomo porque tiene individualidad propia. Como se sabe, el Derecho Procesal penal es el conjunto de normas que tienen por objeto organizar los Tribunales y Salas Penales y regular la actividad dirigida a la actuación jurisdiccional del Derecho Penal material.

En el pasado, el derecho procesal era considerado dependiente del derecho sustantivo. Así, el derecho procesal civil fue considerado un apéndice del derecho civil y el proceso penal como un capítulo del derecho penal.

En la actualidad el derecho procesal es considerado como una rama independiente del derecho sustantivo. El derecho procesal penal, a su vez, se rige por los principios

rectores exclusivos, apunta a fines específicos y posee un objeto de conocimiento propio.



La autonomía del derecho procesal penal se da tanto a nivel legislativo, científico y académico. La autonomía legislativa del derecho procesal penal es resultado del largo proceso de separación del derecho penal del material, como consecuencia de la implantación del sistema de legislación codificada, que separa en dos Códigos diferentes el derecho material y el derecho procesal y que luego divide a ambos en ramas principales.

El derecho procesal penal adquirió autonomía científica y su independencia frente a la ley penal material, mediante la formulación de sus propios principios, el desarrollo de una teoría también propia, y de la determinación de su campo u objeto de estudio. Su diferenciación en relación con el derecho procesal civil se da a partir de los diferentes bienes jurídicos que tutela.

2.9.4 Es una disciplina jurídica particular

Porque forma parte del universo del conocimiento jurídico, es una rama especial del Derecho.

2.9.5 Se funda en un conocimiento metódico

Porque constituye un conocimiento ordenado y orientado a obtener la verdad sobre su objeto de estudio para una mejor realización de su finalidad apela al empleo oportuno y riguroso de los métodos de la actividad cognoscitiva: observación, comparación, análisis, síntesis, inducción, deducción, experimentación, etc.

2.9.6 Es de carácter oficial

Ya que se cumple por medio de un órgano público y se inicia de oficio por intermedio del Juez o Ministerio Público, quien en el ejercicio de sus funciones debe proceder a formular la denuncia, sin que por ello se recorte el derecho de las personas que puedan hacerlo directamente.

Iniciando la acción el fin perseguido es la implantación de una sentencia, que sólo el Estado en su función jurisdiccional lo puede realizar, sin que tenga que hacer ninguna otra declaración de voluntad.



CAPÍTULO III

3. Principios constitucionales relativos al tema

3.1 Principio de igualdad



Debido a que el Principio de Igualdad, está contenido dentro del artículo cuarto de la Constitución Política de la República de Guatemala, tiene una configuración compleja. El derecho a la igualdad puede tener contenidos muy diferentes según la ideología con la que se aplique. “No es, pues, la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales.”¹⁶

La Constitución de Guatemala se adhiere a una igualdad formal es decir ante la ley. El estado no tiene que actuar para procurar nivelar las desigualdades de hecho existentes en la sociedad por las desigualdades en los hombres, es decir desigualdad en la capacidad, inteligencia, etc. Sino que debe aceptarlas como son y precisamente respetarlas. La ley no cambiará la realidad. Igualdad significa fundamentalmente, neutralidad de trato del Estado a los particulares es decir imparcialidad ante los gobernados.

Las igualdades un principio básico del ordenamiento jurídico, según éste principio procesal, que es también entendido como Principio de Bilateralidad de la Audiencia o de la Contradicción; la igualdad de parte debe ser entendida como la posibilidad igual para las partes de hacer valer sus derechos en juicio de acuerdo con su posición de

¹⁶ Sagües, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. Pág.183.

demandantes o demandados; Es decir iguales condiciones para el le ataque y para la defensa; por lo que es el medio de garantizar la inviolabilidad de defensa en juicio.



El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, establece con claridad dicho principio de la siguiente forma: Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

La esencia de este Principio se basa en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la parte contraria, para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular oposición.

Señala Couture “El quebrantamiento del Principio de Igualdad, no proviene de que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino que se conceda a un litigante lo que se niega a otro. Una resolución declarada inapelable para dos partes o una prueba denegada a ambas partes no constituyen violaciones legales al Principio Constitucional de Igualdad ante la ley; el quebrantamiento existiría cuando al actor se le permitiera alegar, probar o impugnar lo que estuviera prohibido al demandado o viceversa.”¹⁷

En la práctica este principio se realiza oyendo siempre a la parte contraria de cuanta pretensión o petición se formule contra ella y dándole la oportunidad de contradecirla o consentirla, es decir respetando su derecho de contradicción.

El Principio de Igualdad Procesal trae aparejado el principio del Debido Proceso, el Principio de Principio de defensa establecido en el artículo 12 de la Constitución Política de Guatemala, el de Legalidad y el de Libertad de acceso a Tribunales y dependencias del Estado plasmado en el artículo 29 de la Constitución de Guatemala.

¹⁷ Nájera Farfán, Efraín. **Derecho procesal civil**. Pág. 256.

3.1.1 Antecedentes históricos

El Principio de Igualdad ha sufrido algunas variaciones sustanciales, desde su consagración en las Declaraciones de Derecho del siglo XVIII, hasta las constituciones modernas.



Se ha constatado que el principio adopta por lo menos tres formulaciones: todos los hombres son iguales; la Ley será igual para todos; todos son iguales ante la Ley. La primera de estas formulaciones del Principio de Igualdad encontró cabida en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del 4 de julio de 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, en Francia.

La segunda de las formulaciones se vincula al afán de unificación sistemática del derecho, cuya culminación se alcanzó con las codificaciones francesas. La ley debía ser la misma para todos. No había lugar para estatutos de clase.

En la actualidad, las declaraciones de derechos ya no pretenden que todos los hombres hayan sido creados iguales. Ni siquiera que la Ley sea la misma para todos.

El Principio de Igualdad se configura en otros términos. En su versión más resumida, se expresa de la siguiente manera: Todos los hombres son iguales ante la Ley. Esto es: las Constituciones declaran que, ante el derecho, todos han de ser considerados como equivalentes –con igual valor- aún sabiendo que los seres humanos son intrínsecamente diferentes.

El Principio de Igualdad no requiere tratar a todos los individuos de una misma manera, sino a todos los iguales de una misma manera. Una correcta aplicación del Principio de Igualdad exige que se tomen en cuenta las distinciones entre las personas.

No todos los individuos se encuentran en una situación jurídica idéntica, y pretenc
seis Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del cuatro
julio de 1776.



Aplicar una misma regla para todos no sólo va contra la lógica sino que puede dar lugar a graves injusticias.

Para afirmar que cierto grupo de personas o situaciones son iguales, se necesita una pauta de evaluación que provea un criterio para formar tales categorías, se citan algunos ejemplos de pautas de evaluación tales como: a cada uno según su contribución; a cada uno según sus necesidades; a cada uno según su mérito; a cada uno según su capacidad; etc. Estos ejemplos sirven para comprender que la adopción del Principio Formal de Igualdad no alcanza para su efectiva vigencia pues, en definitiva dependerá del criterio o pauta que se utilice para determinar las categorías a las que se aplicará la norma de igualdad; de manera que sostener que los hombres son iguales ante la ley o que la igualdad es la base de los impuestos y de las cargas públicas son fórmulas vacías en la medida que no se defina con qué criterio se evalúa la igualdad.

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual no es posible ninguna situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma, lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran dentro de tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.¹⁸

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento

¹⁸ Millar M. Jonathan y Maria Angélica Gelli. **Constitución y derechos humanos**. Pág.1523.

jurídico diferente es en sí mismo discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana, solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable.



Existen en efecto, ciertas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles.

Las normas constitucionales no obstan a que la ley deba, por exigencias del valor justicia, en ciertas situaciones, contemplar particularidades de determinadas categorías de personas. El valor justicia- según la fórmula aristotélica- impone el tratamiento diverso de los desiguales; por tanto, habrá quiebra del principio de igualdad, toda vez que el factor erigido como criterio de diferenciación no justifique la disparidad de tratamiento, dicho de otra forma, debe haber una correlación justa entre el factor diferenciante y la consecuencia legal; en síntesis, sólo se entiende lesionado el principio constitucional cuando el elemento diferenciante no se encuentre al servicio de una finalidad acogida por el Derecho.

No habrá pues discriminación, si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente; es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas de ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón; es decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

3.1.2 El principio de igualdad en la ley y en la aplicación de la ley.



El principio de igualdad, tanto en sentido forma como en material, vincula a los poderes públicos y a los particulares:

▶ Vincula a los poderes públicos: para valorar si la actuación de la administración vulnera la igualdad deberíamos analizar la jurisprudencia de los tribunales. Son estos los que determinan si la actuación de la administración ha sido acorde con el principio de igualdad, pero ellos también están vinculados al principio de igualdad, esta vinculación es llamada: igualdad en la aplicación de la ley. Respecto de los tribunales, no pueden dictar sentencias arbitrarias, esto supone que ante situaciones idénticas (mismo pronunciamiento); el tribunal puede cambiar la interpretación del Derecho, pero debe estar motivado en sentencia, el cambio de interpretación y la nueva interpretación debe ser solución genérica.

Para que exista arbitrariedad, debe haber situaciones idénticas. Para reclamar esto ante el Tribunal constitucional, se debe poner un elemento de comparación; es decir, debe haber dos situaciones iguales en las que haya distintas soluciones (distintas Sentencias). Los magistrados también deben ser los mismos. El elemento de comparación debe ser una sentencia anterior. Todo esto puede demostrar que la sentencia es arbitraria.

▶ Vinculación a los particulares: los particulares están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico la eficacia de la constitución, en términos generales, es diferente según sus destinatarios sean particulares, o los poderes públicos; es también distinto, en concreto caso de la proyección del principio de igualdad. No quiere ello decir, que los particulares queden excluidos del ámbito de aplicación de este principio y de la obligación constitucional de respetar el precepto de la constitución, de no-discriminación. Pero sin duda, la eficacia de este principio tiene matices, puesto que ha

de hacerse compatible con otros valores o parámetros que tiene su último origen en el principio de autonomía de la voluntad. En definitiva, el principio de igualdad.



- ▶ Ante la ley: Significa un límite en cuanto al alcance de la ley; esta debe ser un principio: general y abstracta, y tener, por ello, un alcance universal. Este principio de igualdad y universalidad de la ley solo puede ser roto cuando se encuentre objetiva y razonablemente justificado por los hechos.

- ▶ En la ley: Supone un límite a la actuación del legislador en cuanto que tratamiento material jurídico de la ley sea igual.

- ▶ En la aplicación de la ley: Significa un límite en la actuación de la administración y de los tribunales.

3.2 Principio de defensa

3.2.1 Definición

El principio constitucional de defensa consiste en la facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones judiciales, para ejercitar, dentro de las mismas, las acciones y excepciones que, respectivamente, puedan corresponderles como actores o demandados, ya sea en el orden civil, como en el criminal, administrativo, laboral, etc.

Es decir, que este derecho constitucional es aplicable a toda clase de procesos, ello debido a que frente a una pretensión que se ejercita en contra de determinada persona, existe la garantía de permitirle, a quien es encausado, de demostrar los extremos a su favor, que considere pertinentes. Complementando el concepto anterior, el autor Ossorio nos indica que la defensa en juicio comprende “El derecho de recurrir a los tribunales para la solución de un litigio u oponerse a cualquier pretensión aducida en

juicio por la contraria. En los sistemas democráticos, este derecho esta consagrado en las normas constitucionales, sea en forma expresa o implícita, como el más amoldado derecho de petición y completado por el principio de la igualdad ante la ley. La Constitución Política de la República de Guatemala incluye en su artículo 12 el reconocimiento a esta garantía, situación por la cual, en Guatemala es de carácter constitucional, tal y como lo menciona el autor antes citado. Es importante hacer mención que el principio constitucional de defensa no es un derecho aislado, sino que conforma junto con los derechos de petición, detención legal, interrogatorio a detenidos, audiencia, etc. la normativa que permite un debido proceso.



3.2.2 Antecedentes históricos del principio de defensa

El principio de defensa es un derecho humano que se encuentra reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala y como tal, “sus orígenes y fundamento es previo a lo jurídico y debe ser buscado en los valores morales que los justifican y sirven para reivindicarlos, los cuales responden y son una abstracción de una dimensión antropológica básica, constituida por la necesidades humanas más fundamentales y radicales para una existencia digna.”²⁰

De lo anterior se deduce que esta garantía fundamental tiene su génesis en la naturaleza misma del ser humano y que su reconocimiento le otorga validez en el ámbito jurídico. Sin embargo, su existencia es innegable e inherente a la persona.

Con relación al principio de defensa del sindicado y de acuerdo con el autor Vélez Mariconde, “La historia del principio de defensa se ajusta a la evolución que ha sufrido la situación jurídica del imputado. Cuando el proceso era, en la antigüedad, de tipo acusatorio puro, la defensa constituía un derecho indiscutible del imputado, el que conocía desde el primer momento la imputación formulada en su contra y ocupaba el

¹⁹ Ossorio, Manuel **Diccionario de las ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 285.

²⁰ Polo G., Luis Felipe. **Fundamentos filosóficos de los derechos humanos.** Pág. 84.

mismo plano jurídico del acusador.”²¹ Este sistema acusatorio puro, al cual se ha aludido, existió en la antigua Grecia y Roma Republicana, es decir, en los sistemas de gobierno democráticos, que fueron suprimidos con el surgimiento del imperialismo



Con la implementación del sistema escrito y la secretividad que fue parte importante de los juicios realizados en los grandes imperios, la defensa del sindicado se volvió cada vez más difícil. Más adelante, “Cuando se implantó el régimen inquisitivo, el acusado perdió su condición de parte y se convirtió en objeto de un procedimiento secreto, es natural que el principio de defensa quedara prácticamente anulado: el defensor, si existía, no tenía acceso a las actuaciones.”²² Este periodo fue sumamente difícil para los sistemas de justicia que existieron. Lo anterior, debido a que prácticamente, desaparecieron las garantías mínimas de que debe gozar una persona a la cual se le sigue un debido proceso. En esta época, se llegó a considerar innecesaria la presencia de un defensor, puesto que el Estado era considerado como ente no sujeto a errores, situación por la cual, la figura del defensor únicamente entorpecía la tramitación de los procesos.

Sin embargo, “Producida la Revolución Francesa, una de las primeras reformas que introdujo la Asamblea Constituyente, como es lógico, consistió en abolir la prohibición consistente en que los acusados no podían tener ningún defensor, y desde entonces se afirmó para siempre el principio de que no es posible negar a los acusados la asistencia de un defensor.”²³ Es así, como a lo largo de la historia de los sistemas de justicia, se ha variado el significado y la importancia del principio de defensa para el sindicado, situación que en la actualidad se encuentra respaldada por la normativa internacional, constitucional y ordinaria.

“En nuestra legislación, el principio de defensa fue incorporado hasta el siglo XIX y aparece regulado por primera vez en el Decreto 76 emitido por la Asamblea

²¹ Vélez Mariconde, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Pág.373.

²² **Ibid.** Pag. 374.

²³ **Ibid.** Pág. 376.

Constituyente del Estado de Guatemala el cinco de diciembre de 1839.²⁴ Es decir, que la incorporación de esta garantía a nuestro ordenamiento jurídico es relativamente reciente, sin embargo, a partir de su incorporación en el año 1839, siempre ha estado reconocido y ha formado parte de los derechos humanos que el Estado de Guatemala garantiza.



Principio de defensa del Sindicado dentro del proceso penal se deben observar garantías mínimas que garanticen el correcto desempeño de la función punitiva del Estado al momento de juzgar hechos considerados como delitos o faltas dentro del derecho penal. Dentro de estas garantías mínimas se encuentran:

- La presunción de inocencia y
- El principio de defensa,

Mecanismos otorgados a los ciudadanos para que su libertad individual no les sea cohibida en forma arbitraria o sin llenar los requisitos que la ley exige para el efecto. El derecho general de defensa implica, entre otros, particularmente el de audiencia y los principios de imputación e intimación. Bajo dichos presupuestos, el Estado como ente encargado de atribuir y demostrar que determinada persona ha cometido un hecho antijurídico y tipificado como delito o falta, para llegar en determinado momento a coartarla de su libertad, deberá observar y respetar en todo momento la facultad de defensa de que toda persona goza, sin limitación alguna. En caso contrario, el proceso no cumpliría a cabalidad con la función para la cual fue creado.

Con el objeto de hacer un análisis de lo que significa el principio de defensa, se dice que el principio de defensa, como otros derechos de garantía y protección judicial, debe ser interpretado en forma amplia, para implementar el objeto y fin de los tratados

²⁴ Enríquez Cojulún, Carlos Roberto. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Guatemala: Serviprensa S.A. Pág. 152.

de derechos humanos, consistente en proteger en forma eficaz a las personas. Desde se desprende el hecho de que toda persona tiene el derecho irrenunciable de defenderse de todas aquellas incriminaciones o señalamientos de que pudiera ser objeto, con el fin de salvaguardar sus intereses. Tal y como lo señala el abogado antes citado, este Principio de defensa debe ser entendido y aplicado en forma extensiva y amplia, y no de manera restringida, ya que el principal objeto del mismo es la protección de la persona en contra de las arbitrariedades por parte del Estado, o bien de otras personas particulares.



El principio de defensa se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente en el Artículo 12, mismo que indica que: 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 tribuna competente y preestablecido. En virtud de ser considerada una garantía mínima, debe ser respetada en todo momento, derivado de la necesidad imperante de salvaguardar el Estado de Derecho en que nos desenvolvemos dentro de nuestra sociedad. Este derecho debe ser entendido como la facultad que tiene toda persona de ser citada, oída y vencida en juicio legal antes de ser condenada o privada de sus derechos, lo cual implica un pronunciamiento apegado a derecho.

La manera como este profesional se refiere al respeto de las garantías como mecanismo de consecución de la democracia reviste gran importancia y debe ser tomada en cuenta para la interpretación de las normas de procedimiento, que en determinado momento puedan ser aplicadas a un caso concreto. La relación que existe entre el respeto a garantías mínimas y el Estado de Derecho debe ser analizada en forma integral y de conformidad con los principios básicos que inspiran el derecho, como lo son, la justicia y la equidad.

Continuando con lo expuesto por el licenciado Maldonado, dicho profesional del derecho hace mención que Naciones Unidas, al hacer un análisis de la conducta que deben observar jueces, fiscales y abogados, establece estándares de conducta

elevados, con el objeto de proteger el bien común. Lo anterior implica que la inobservancia de los mismos podría crear una situación de vulneración de condiciones mínimas o máximas en el ejercicio de los derechos inherentes a la persona relativo a la protección judicial, haciendo un énfasis en lo que se refiere al principio de defensa. Es importante hacer una reflexión del por qué Naciones Unidas se encuentra tan preocupada por el respeto que deben tener todos los estados al principio de defensa, y la respuesta a esta interrogante resulta sumamente sencilla si tomamos en cuenta que este derecho cumple con un rol específico y crucial; en virtud que además de ser un principio fundamental del proceso, constituye una base que permite la efectiva vigencia del resto de las garantías procesales reguladas en el cuerpo normativo legal.



El Principio de defensa Material El principio de defensa está integrado por el Principio de defensa material y el principio de defensa técnica, matices que a continuación se detallan. Tomando como fuente el Material de Apoyo de Capacitación del Ministerio Público, se deduce que el principio de defensa material consiste en aquella facultad que el Estado otorga al imputado para que pueda intervenir personalmente en el procedimiento y de esta forma se le permita ejercer su propia defensa. De esta forma el imputado puede, a lo largo del procedimiento, realizar declaraciones, dirigir peticiones concretas tanto al fiscal como al juez respectivo, proponer por sí mismo pruebas que considere pertinentes, o bien cualquier acto que le permita coadyuvar al esclarecimiento de la verdad. Además, en la realización del debate oral y público, tiene derecho a ser la última persona en el uso de la palabra.

Este principio de defensa material asiste única y exclusivamente al imputado, es decir, a aquella persona que el Estado considera como autor en la ejecución de un delito o falta y lo que persigue es permitir a éste una participación activa dentro del proceso que se sigue en su contra. Lo anterior, es un derecho humano que permite al sindicado tanto el correcto entendimiento de los hechos que se le atribuyen y de esta manera, permitirle un contacto directo con el juicio que se sigue en su contra.

El principio de defensa técnica. Consiste en la prerrogativa de que goza cualquier persona que se encuentre acusada penalmente de la comisión de un delito, en el sentido que debe ser asesorada por un abogado que defiendan sus intereses particulares. Es necesaria la efectiva asesoría técnica en el desarrollo de todo proceso penal, debido a que el ordenamiento jurídico tutela el respeto del individuo y sus garantías fundamentales. Actualmente, no es posible imaginar un procesado que carezca del auxilio de un profesional del derecho que le permita hacer valer sus derechos ante el tribunal correspondiente.



Por ello, el imputado tiene derecho a elegir a un abogado que sea de su confianza, o que a falta de éste que sea el mismo Estado el que se encargue de proporcionárselo, nombrándole uno de oficio. Es decir, que dentro del proceso penal guatemalteco, el cargo de Defensor debe ser ocupado por un profesional en la materia que cuente con los conocimientos necesarios para poder llevar a cabo la labor de defensa a que toda persona tiene derecho. Esto con el fin de evitar que personas cuyo conocimiento es limitado y aún no cuentan con una calidad profesional que los respalde cometan errores que perjudiquen en forma temporal o decisiva los derechos e intereses propios de los imputados sujetos a proceso penal. Lo anterior implica un avance significativo por parte de la legislación guatemalteca, en relación al análisis realizado de los principios fundamentales que eran afectados por la normativa legal, la cual permitía la asistencia técnica de los procesados por parte de un estudiante que aun no tenía los conocimientos ni el respaldo profesional necesarios para desarrollar su labor como abogado defensor.

Defensa técnica comprende el derecho de ser asistido técnicamente por un profesional del derecho. El imputado tiene la facultad de elegir al abogado de su confianza. Si no lo hace, el Estado deberá proveerle uno, a menos que quiera hacerlo por sí mismo, si cuenta con los conocimientos suficientes para hacerlo. Es muy importante detenerse a hacer un estudio en torno a la necesidad de una defensa técnica durante el desarrollo del procedimiento penal, ya que de acuerdo a nuestra ley vigente, además de la oportunidad que tiene el sindicato de proponer a un profesional del derecho para que le

asesore a lo largo de la tramitación del proceso penal, de no efectuarse de esa manera es función propia del Estado el asignarle un Abogado que cumpla con la función de defenderlo frente a la acusación realizada por el Ministerio Público o cualquier persona que se encuentre en la posición de acusador.



3.2.3 Inviolabilidad del principio de defensa

“Podría decirse que la cláusula constitucional que torna inviolable la defensa en juicio recibe, en materia procesal penal, una interpretación diferente, extensiva y de mayor aptitud garantizadora, que la considerada necesaria por el derecho procesal civil.”²⁵ Siguiendo el criterio del autor Julio Maier, antes transcrito; dentro de proceso penal, el principio de defensa debe ser comprendido y aplicado en forma extensiva y ello se deriva del hecho de que el Estado delega la función de administrar justicia al organismo judicial y la función de perseguir penalmente a los responsables de la comisión de hechos tipificados en la ley como delitos o faltas al Ministerio Público, otorgándoles a ambos el poder coactivo del cual se encuentra investido por mandato legal. Este poder estatal sitúa al procesado en una situación de desigualdad y desventaja, lo cual debe ser compensado de manera alguna para impedir que se actué con arbitrariedad y se restrinjan derechos que la Constitución otorga a todos los habitantes de determinado Estado.

Otra de las razones por las cuales el principio de defensa cobra mayor importancia dentro del procedimiento penal se debe a las consecuencias jurídicas que genera, ya que el fin que persigue el derecho penal es la imposición de una pena al agente infractor de las normas jurídicas, la cual puede consistir en la privación de libertad.

Tomando en cuenta que el derecho de libertad individual es un derecho humano que se encuentra regulado dentro de las garantías mínimas que el Estado reconoce, y tomando en cuenta la trascendencia del mismo, la decisión acerca de su limitación se torna sumamente compleja. La necesidad de las personas de tener la seguridad jurídica que

²⁵ Maier, Julio, **Derecho procesal penal argentino**. Pág. 316

les permita sentir que el poder punitivo del Estado respeta los principios básicos consagrados en la ley fundamental y leyes ordinarias en la persecución penal encierra en sí el sentido que deriva de la visión que actualmente debe prevalecer en cuanto al proceso penal, tomando en cuenta las garantías fundamentales que protegen a todo sindicado de la comisión de un delito o falta. Si bien es cierto que el ideal de justicia constituye la base fundamental de la búsqueda de la verdad, dicha búsqueda deberá estar enmarcada dentro de preceptos constitucionales que tienen como fin salvaguardar la libertad individual y el principio de defensa de las personas.





CAPÍTULO IV

4. Violación al principio de defensa regulado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en la aplicación de las medidas de seguridad reguladas en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar



4.1 Aspectos preliminares

4.1.1 Definición de seguridad de personas

Sanciones impuestas a una persona física por su peligrosidad (ocasionar cualquier forma de violencia intrafamiliar), por haber infringido el ordenamiento jurídico, con el objeto de lograr su inocuización, reeducación, reinserción o reforma; como la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta, o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

Actuaciones judiciales que deben practicarse o adoptarse preventivamente en determinados casos previstos en la ley. Se adoptan preventivamente por los tribunales y estarán en vigor hasta que finalice el procedimiento en que se acordaron; no obstante podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieren acordado.²⁶ Son un proceso cautelar que sirve para garantizar que se le dé tutela a los derechos de las personas que instan justicia de los órganos jurisdiccionales del Estado, regulado a partir del Artículo 516 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto ley 107, y en la Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, Decreto 97-96 del Congreso de la República. Proceso que sirve para garantizar que se le dé tutela a los derechos de las personas que instan justicia de los órganos jurisdiccionales del Estado.

²⁶ **Diccionario jurídico Espasa.** Pág. 963.

Su finalidad es garantizar la efectividad de las funciones de la jurisdicción que se desarrollan a través del juzgar y de promover la ejecución de lo juzgado. Nuestro Código Procesal Civil y Mercantil nos indica de las medidas de seguridad de personas en el título I, Capítulo uno del libro quinto designándolas como seguridad de las personas, específicamente en su Artículo 516, en donde se establece: Para garantizar la seguridad de las personas, protegerlas de malos tratos o de actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres los jueces de primera instancia (y por razones de urgencia los jueces de paz, pero dando inmediata cuenta al de primera instancia que corresponda con remisión de las diligencias) decretarán, de oficio o a instancia de parte, según las circunstancias de cada caso, su traslado a un lugar donde libremente pueda manifestar su voluntad y gozar de los derechos que establece la ley.



4.1.2 Diversas definiciones

Guasp ²⁷ las define como un “proceso que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de su resultado, tutelando o garantizando la viabilidad práctica en el futuro; proceso cautelar de aseguramiento o preventivo”. La idea esencial de este tipo de proceso, es la de intentar que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial y la de adoptar precauciones, cautelas o aseguramientos, frente a la posible eficacia de la misma. Dice Calamandrei con frase feliz, “que con el proceso o las medidas de seguridad se pretende hacer compatibles las exigencias básicas de la justicia, frente a hacer las cosas pronto, pero mal y hacerlas bien, pero tarde, las medidas de seguridad permiten conjugar las ventajas de la rapidez con la ponderación y la reflexión en la solución de las cuestiones”. Lo que se persigue con la medida de seguridad, principalmente es protegerla de malos tratos o de actos reprobables, pero, después, que puedan expresar libremente su voluntad, y esa expresión libre puede llevarlas a incoar un proceso contra quien les ha inflingido los malos tratos o los actos reprobables; luego tomar las demás medidas necesarias para la seguridad de la persona protegida y entregar orden para que las autoridades le presten la protección

²⁷ Guasp, Jaime. **Derecho procesal civil**. Pág. 1296

del caso. Las medidas de seguridad están destinadas a proteger a la sociedad de la exteriorización de manifestaciones perversas o antisociales que se encuentran larvadas en muchos individuos marginales; pero la dificultad con que tropieza el jurista estriba en que dichas medidas deben ser administradas con cautela, para no lesionar el auténtico contenido de la libertad individual.



Además, su elaboración y planteamiento deben hacerse con la colaboración de antropólogos y psicólogos, que puedan precisar científicamente los elementos de peligrosidad de cada sujeto en estudio.²⁸ En el ordenamiento Penal se les describe como medios o procedimientos que utiliza el Estado en pro de la defensa social, identificándola con fines reeducadores y preventivos, apartándola del castigo que impone la pena.

Así Francesco Antolisei define las medidas de seguridad como “ciertos medios orientados a readaptar al agresor a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación según que tenga necesidad de una u otra parte, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicar”. En igual forma Eugenio Cuello Calón se refiere a ellas como “especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados agresores encaminados a obtener su adaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y curación), o su segregación de la misma”.²⁹

4.1.3 Caracteres

4.1.3.1 Instrumentalidad

Es un proceso cautelar, seguido del de ejecución en caso de incumplimiento de lo ordenado; el órgano jurisdiccional tiende a satisfacer la pretensión, aspirando a la realización directa de la justicia: Tiende únicamente a garantizar la protección de las

²⁸ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 459.

²⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal, José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 297.

personas amenazadas en sus derechos.

4.1.3.2 Provisionalidad

Las medidas adoptadas no aspiran a convertirse en definitivas, sino que desaparecerán cuando en el proceso se haya alcanzado una situación que haga ya inútil el aseguramiento, bien porque la pretensión ha sido desestimada, bien porque ha sido ya cumplida, o se ha cumplido el plazo por la cual se otorgó, que priva su razón de ser.

4.1.3.3 Temporalidad

Por su propia naturaleza las medidas cautelares nacen para extinguirse cuando desaparezcan las razones que las motivaron. Las medidas tienen un tiempo de duración mínimo de un mes y un máximo de seis meses, prorrogables.

4.1.3.4 Variabilidad

Las medidas de aseguramiento adoptadas son variables, es decir, pueden ser modificadas e incluso suprimidas, según el principio rebus sic stantibus (permaneciendo así las cosas), cuando se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron, con lo que la variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para suprimirlas).

4.1.3.5 Celeridad

Determina el carácter urgente y breve del procedimiento. Las medidas de seguridad tienden a ser cautelares para proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido; tiene su razón de ser en la duración del proceso de conocimiento o declaración, por lo que no pueden concederse o denegarse las medidas por medio de un procedimiento complejo y largo, pues entonces su realización no tendría sentido.





4.1.4 Clases según el ordenamiento penal

De conformidad con lo establecido en el Artículo número siete de la Ley para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Intrafamiliar, que nos indica que cuando se trate de situaciones de violencia intrafamiliar, además de las medidas de seguridad establecidas en dicha ley se podrán aplicar las siguientes medidas de seguridad establecidas en el Artículo 88 del Código Penal:

- El principio de defensa,
- Internamiento en establecimiento psiquiátrico;
- Internamiento en granja agrícola, centro industrial u otro análogo;
- Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial;
- La libertad vigilada;
- La prohibición de residir en lugar determinado;
- La prohibición de concurrir a determinados lugares; y
- La caución de buena conducta.

Las cuales podemos clasificar en atención al momento en que éstas se imponen, a los fines que persiguen y a los bienes jurídicos que privan o restringen.



4.1.4.1 Medidas de seguridad propiamente dichas y medidas de prevención

Las primeras son aquellas que se aplican después de que el sujeto ha infringido la ley, partiendo de su peligrosidad en atención a la infracción cometida, como complemento de la sanción en atención a la peligrosidad del agresor. Las segundas no dependen de la comisión de una infracción, son preventivas y se imponen en atención a la peligrosidad social del sujeto con el fin de que se pueda evitar la probable infracción a la ley.³⁰

4.1.4.2 Medidas de seguridad curativas, reeducativas y correccionales

Las medidas curativas son las que tienen por objeto el tratamiento clínicopsiquiátrico de los sujetos inimputables anormales por deficiencias mentales, ebrios consuetudinarios y los toxicómanos y que requieran centros especiales de tratamiento.³¹

Las reeducativas o correccionales, son aquellas que pretenden la reeducación, la reforma del individuo, su rehabilitación con el fin de adaptarlo nuevamente a la sociedad, como un ser útil a la misma. Se aplica a todo sujeto que esté en condiciones corregibles o readaptables, en centros o instituciones educativas, industriales, agrícolas o correccionales.

4.1.4.3 Medidas de seguridad privativas de libertad, no privativas de libertad y patrimoniales

Las privativas de libertad son aquellas que coartan la libertad de locomoción del sujeto que la sufre, como internamiento especial en centros de trabajo, agrícola o industrial.³²

³⁰ **Ibid**, Pág. 310.

³¹ **Ibid**. Pág. 311.



Las no privativas de libertad, son aquellas en que a pesar de sujetar obligatoriamente al individuo, no restringen en forma absoluta su libertad de locomoción, como la libertad vigilada, la prohibición de residir en determinados lugares y la prohibición de asistir a determinados lugares. Las medidas patrimoniales recaen directamente sobre el patrimonio de la persona a quien se le impone, como la caución de buena conducta.

4.1.5 Clases según la Ley para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar

La protección a la vida, la integridad, seguridad y dignidad a las personas víctimas de violencia intrafamiliar, es el objeto principal de la Ley para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, la cual establece en el Artículo siete, 16 medidas de seguridad de personas, que los juzgadores pueden aplicar además de las indicadas anteriormente y reguladas por el Decreto 17-73 del Congreso de la República. En donde las medidas de seguridad solo pueden ser ordenadas por los jueces de paz y de familia, con ellas se pretende advertir a la persona agresora de que debe abstenerse de causar cualquier clase de violencia intrafamiliar contra la persona agredida y así asegurar la protección de ellas.

Es por ello que para su aplicación se clasifican a las medidas de la siguiente forma, para darle la protección integral que regula dicha ley.

4.1.5.1 Medidas para evitar mayores riesgos

- Salida inmediata del agresor de la residencia en común;

³² Ibid. Pág. 312.

- Allanamiento de morada, en caso de que existan riesgos de afectar la integridad física, sexual, patrimonial o psicológica de cualquiera de sus moradores;
- Prohibición de tenencia de armas en el lugar de habitación, cuando se empleen para intimidar o causar daños a la familia;
- Decomisar las armas del agresor, aún cuando disponga de licencia para portación de arma de fuego, cuando se utilicen para causar actos de violencia intrafamiliar;
- Suspenderle provisionalmente la guarda y custodia de los hijos menores de edad;
- Que se abstenga de interferir en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de sus hijos menores de edad;
- Suspenderle la relación paterno filial, en caso de agresión sexual a menores de edad;
- Se le prohíbe perturbar o intimidar a cualquier integrante del grupo familiar;
- Prohibirle el acceso al domicilio permanente o temporal de la persona agredida, su lugar de trabajo o estudio.



4.1.5.2 Medidas para asegurar la sobrevivencia familiar

- Fijar una obligación de pasar una cantidad de dinero en concepto de alimento en forma provisional;



- Disponer el embargo preventivo de bienes propiedad del agresor, en garantía del cumplimiento de la obligación alimentaria;
- Levantar inventario de bienes muebles de la casa de habitación familiar, particular el menaje de la casa u otro que sirva de medio de trabajo de la persona agredida;
- Por un plazo determinado otorgar el uso exclusivo del menaje de la casa a la persona agredida;
- Ordenar al presunto agresor que se abstenga de interferir en el uso y disfrute de los instrumentos de trabajo de la persona agredida; si es mayor de 60 años o discapacitada, se incluyen los instrumentos de trabajo indispensables para que pueda valerse por sí mismo;
- Ordenar al agresor la reparación en efectivo de los daños ocasionados a la persona agredida o de los bienes indispensables para su vida normal, incluye gastos de traslado, reparaciones a la propiedad y gastos médicos;

4.1.5.3 Medidas para reorientar la conducta agresiva

- Asistencia obligatoria a programas terapéuticos o educativos.

4.1.6 Trámite de las denuncias de medidas de seguridad de personas

Después de presentada o recibida una denuncia por violencia intrafamiliar, en las instituciones que se indicaron en el capítulo anterior, la persona agredida debe solicitar que a la misma se le dé el trámite correspondiente con el objeto de que se decreten por

parte del juzgador las medidas de seguridad de personas que se estimen pertinentes para la protección del agredido y de su núcleo familiar. La forma de tramitar la solicitud de medidas de seguridad de personas, en caso de violencia intrafamiliar es el siguiente:



4.1.6.1 Demanda

Puede presentarse en forma oral, levantando el secretario el acta respectiva o por escrito, cumpliéndose con los requisitos que para el efecto establecen los Artículos 61, 106, 107 del Código Procesal Civil y Mercantil, y los Artículos del Decreto 97-96, del Congreso de la República.

4.1.6.2 Emplazamiento

Presentada la solicitud de medidas de seguridad de persona en caso de violencia intrafamiliar, ya sea en forma verbal o escrita, el juez debe darle trámite a la solicitud dentro de las veinticuatro horas siguientes de su presentación, debiendo el juzgador decretar las medidas que considere necesarias para cada caso concreto; librando orden a la policía mediante oficio para que brinde protección y en caso necesario auxilie a la solicitante, debiendo apercibir al agresor de que es objeto de medidas de seguridad de personas en su contra para que tenga conocimiento de ellas; así mismo se debe notificar al demandado o agresor, para que pueda manifestar su oposición a las medidas, quedando a discreción del juzgador el tiempo para que se pueda oponer, mediante su derecho de defensa.

4.1.6.3 Actitud del demandado o denunciado

El demandado puede consentir las medidas no oponiéndose a las mismas o manifestar su oposición a ellas, la cual se interpone en forma escrita y dentro del tiempo que el

juzgador le haya fijado. Si hubiere oposición a las mismas, según el Artículo 519 del Código Procesal Civil y Mercantil se tramitarán por el procedimiento de los incidentes.



4.1.6.4 Procedimiento de los incidentes

El procedimiento de los incidentes según los Artículos del 135 al 140 de la Ley del Organismo Judicial, sin interrumpir las medidas decretadas, es:

▶ **Trámite**

Interpuesta la oposición, se dará audiencia por dos días a la otra parte por el plazo de dos días.

▶ **Pruebas**

La prueba en esta clase de procesos, se ofrece en la demanda o en la oposición, la cual será diligenciada en no más de dos audiencias dentro de los diez días hábiles siguientes; sólo si hubieren hechos controvertidos que establecer; si se trata de cuestiones de derecho se omitirá la prueba.

▶ **Auto**

El juez resolverá el incidente dentro del tercer día de concluido el plazo de prueba o al haber evacuado la audiencia por dos días si no se hubiera abierto a prueba.

▶ **Recursos**

El auto que resuelva este proceso es apelable según el Artículo 206 del Código Procesal Civil y Mercantil y el Artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial que establecen que la apelación procede únicamente en contra del auto que diere fin al proceso, sin embargo no se excluyen los remedios procesales de nulidad, revocación,

aclaración y ampliación. Artículos 596 a 601, 602, y 613 del Código Procesal Civil y Mercantil.



4.1.7 Principios que inspiran el otorgamiento de las medidas

La adopción de las medidas de seguridad de personas, al suponer una injerencia en el señorío jurídico del demandado, precisan de la concurrencia de, al menos, los siguientes fundamentos:

4.1.7.1 Peligro en el retardo (*periculum in mora*)

El peligro en el retardo que puede justificar la adopción de medidas cautelares no es peligro de daño jurídico genérico, al cual se atiende mediante los otros procesos, sino el peligro específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional propia del proceso de conocimiento, considerada en sí misma como posible causa de un ulterior daño. Mientras que el daño ya causado encuentra su remedio en los procesos de conocimiento y de ejecución, el proceso cautelar trata de evitar que ese daño se agrave como consecuencia de la duración de aquellos.

El peligro recae sobre la efectiva satisfacción de la pretensión ejercitada en el proceso principal y se deriva de la duración de éste, que puede ser aprovechada por el demandado para colocarse en una situación tal que la resolución que se dicte sea inútil.

De aquí se deriva:

- ▶ Que en la determinación del peligro exista una inevitable subjetividad, que puede ser paliada pero no suprimida.

- ▶ El peligro debe existir según el juicio objetivo de una persona razonable y esa persona no puede ser otra que el juez.

‣ El peligro aumenta o disminuye según la duración de un proceso de conocimiento.



4.1.7.2 Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)

Al decretarse las medidas no puede hacerse depender de la certeza sobre la existencia del derecho subjetivo alegado por el actor en el proceso principal, es decir que no puede hacerse ante la mera solicitud del actor; es necesario que el derecho alegado por éste ofrezca indicios de probabilidad y que exista al menos una apariencia de buen derecho. Este fundamento aparece así como un término medio entre la certeza, que sólo se establecerá en la resolución final del proceso y la incertidumbre, que se encuentra en la base de la iniciación de ese proceso. Es por ello que normalmente la concesión de las medidas se hace depender que, junto con la solicitud, se acompañe un principio de prueba, que en la mayoría de casos ha de ser documental.

4.1.8 Prestación de caución

Normalmente la adopción de las medidas cautelares queda condicionada a que el solicitante de las mismas preste caución para asegurar la eventual indemnización de los daños y perjuicios causados al demandado, ante la posibilidad de que al final del proceso la pretensión del actor sea desestimada. Empero debido a la especial naturaleza del derecho de familia, el legislador dejó de lado este fundamento de las medidas de seguridad, que es la prestación de la caución o garantía e, incluso, en determinadas circunstancias el *fumus boni iuris*.

Lo cual se establece en la Ley de Tribunales de Familia, en donde se hace mención a que cuando los jueces consideren necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso pueden dictar de oficio o a instancia

de parte toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite necesidad de prestar garantía.

Para el otorgamiento de las medidas de seguridad de personas el juzgado se basa en la discrecionalidad que le otorga la ley, la cual para el efecto establece: En su artículo 12 el Decreto Ley número 206, Ley de Tribunales de Familia, que los jueces de Familia tienen facultades discrecionales, debiendo procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida y, para el efecto, dictarán las medidas que consideren pertinentes...de acuerdo con el espíritu de esa Ley. Lo que se puede observar al momento en que al juez decreta medidas de seguridad de personas en casos de violencia intrafamiliar, tiene la facultad para decretar alguna o algunas de las medidas que estable la Ley para Prevenir Erradicar y Sancionar la Violencia Intrafamiliar o las estipuladas en el Código Penal.



Respecto de la definición de Constitución, apunta, el autor Gerardo Prado: "...la potestad que el pueblo tiene de darse un Gobierno y establecer normas de convivencia social y jurídica que aseguran la libertad, mediante disposiciones protectoras de los derechos y deberes."³³

Por su parte, Manuel Ossorio indica: "... Ley fundamental de un país. Es de señalar que ninguna de las leyes o normas legales que se dicten para regular aspectos concretos de la vida nacional pueden estar en oposición a las normas constitucionales, so pena de nulidad, derivada precisamente de su inconstitucionalidad, porque de otro modo, la Constitución resultaría letra muerta, y violado el principio de supremacía."³⁴

La aseveración de Ossorio, es un magnifico soporte para el planteamiento del presente tema, en virtud de que según el tratadista argentino, las normas constitucionales no pueden ser lesionadas por normas de carácter ordinario que regulen aspectos concretos de la vida nacional. Y en el presente caso, analizamos precisamente la

³³ Prado, Gerardo. **Derecho constitucional guatemalteco**. Pág. 22

³⁴ **Ob. Cit**; Pág. 224

violación a los principios constitucionales que se origina por la aplicación de las medidas de seguridad establecidas en el Decreto 97-96 del Congreso de la República



Respecto de la supremacía de la constitución, Prado señala que la carta magna indudablemente ocupa la cabeza o el primer lugar de acuerdo con el principio de jerarquía de las leyes. La constitución es el fundamento positivo sobre el cual se asienta el orden jurídico del Estado, es la fuente o principio del orden estatal entero.

No puede existir un Estado sin constitución. Esta es la ley más importante, ya que la posición jerárquica obedece también por llevar implícita toda una filosofía que orienta no solo a los agentes del poder sino también la conducta de los gobernados.

Un aspecto importante tratado por el autor Gerardo Prado, es el hecho de establecer:

"Esa preocupación está definida con relación a la garantía individual de seguridad, cuyo contenido en sentido amplio, se hace realidad cuando hablamos de seguridad jurídica e implica la no-retroactividad de las leyes, el derecho de defensa o de audiencia como también se le conoce, y la legalidad que debe haber en materia judicial, tanto civil como administrativa."³⁵

Para tratar específicamente de las medidas de seguridad que constituyen un tema central en este plan, los autores De Matta y de León, nos brindan algunas interesantes ideas:

"Las medidas de seguridad se han definido de manera diversa atendiendo al particular punto de vista de su autor, sin embargo casi todas las definiciones las describen como medios o procedimientos que utiliza el estado en pro de la defensa social, identificándola con fines reeducadores y preventivos, apartándola de la retribución y el castigo que identifica a la pena."

³⁵ Prado. **Ob. Cit.** Págs. 59 y 60

Y luego agregan:

"Sin embargo el artículo 86 establece, que las medidas de seguridad (no dice la prevención) sólo podrán concretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta. De lo cual se puede inferir que sólo pueden aplicarse medidas de seguridad posdelictuales, por cuanto que necesariamente se tiene que dictar una sentencia después de un debido proceso, lo cual significa que previamente ha de haberse cometido un delito o falta."³⁶



La ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, en el Artículo 7, establece: De las medidas de seguridad. Además de las contenidas en el Artículo 88 del Código Penal, los tribunales de Justicia, cuando se trate de situaciones de violencia intrafamiliar, acordarán cualquiera de las siguientes medidas de seguridad. Se podrá aplicar más de una medida...

Como es fácil observar, las medidas de seguridad decretadas sin que exista un proceso previo, aunque las dicte un órgano judicial preestablecido, son incongruentes con el derecho constitucional de defensa que debe asistir a todas las personas en Guatemala.

³⁶ De Matta, J. Francisco y Héctor De León. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 309

CONCLUSIONES



1. La jerarquía de las normas jurídicas constitucionales se ven lesionadas por las disposiciones del Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala en cuanto a que, al aplicarse una medida de seguridad, no se protege el derecho de defensa del presunto agresor.
2. Las medidas de seguridad de personas que otorgan los órganos jurisdiccionales en casos de violencia intrafamiliar, son un medio que tiene por objeto restituir a las personas agredidas, el goce de sus derechos o protegerlas contra las amenazas de violaciones a los mismos; decretando a las personas agredidas, determinadas conductas que tienen que cumplir por un término no menor de un mes ni mayor de seis meses; situación que muchas veces son una total falacia, de la cual primero son sancionados y luego pueden presentar sus alegatos y no al revés.
3. El juez, al momento de decretar las medidas de seguridad de personas, que les sean solicitadas por violencia intrafamiliar, no tiene certeza de los hechos o circunstancias expresadas por el agraviado, lo que produce decisiones apoyadas sólo en impresiones o intereses subjetivos.
4. Los jueces de familia, al momento de decretar medidas de seguridad de personas en casos de violencia intrafamiliar otorgan, en algunos casos, medidas innecesarias; excediéndose del principio de discrecionalidad que la Ley de Tribunales de Familia les otorga, violando a todas luces el principio de defensa que garantiza la Carta Magna.



RECOMENDACIONES



1. Es necesario que el gobierno de la República de Guatemala, tome acciones concretas para que no se viole el principio de defensa y no se vean afectadas las normas jurídicas constitucionales y lo haga, en coordinación con otras entidades, acerca de la violencia intrafamiliar, puesto que es una de las dificultades, que afecta a la sociedad; con el fin de prevenir, sancionar y erradicar este problema, protegiendo el bien común de las personas.
2. Es de suma importancia que los juzgadores tomen en cuenta la expresión de las circunstancias de hecho, verificadas y las reglas jurídicas aplicables, la exposición de las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión; o sea, la exteriorización del porqué de las conclusiones de hecho y de derecho que el juzgado afirma para arribar a la imposición de las medidas; lo que evitará en lo posible decisiones caprichosas o apoyadas sólo en impresiones o intereses subjetivos.
3. En todo proceso los juzgadores tienen que aplicar lo preceptuado en el Código Penal guatemalteco, el cual establece que se impondrá una medida de seguridad, en sentencia condenatoria o absolutoria cuando se ha cometido delito o falta, siendo el medio de defensa social que dispone el estado para prevenir el delito.
4. Que el Congreso de la República de Guatemala reforme la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, en el sentido que el presunto agresor al ser detenido sea citado inmediatamente o conducido por la fuerza pública para que se lleve a cabo una audiencia y se determine quién es la víctima y quién el presunto agresor, esto para que no se viole el principio de defensa.



BIBLIOGRAFÍA



- BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de derecho de familia.** (s.e.); (s.l.i.)
Aires, Argentina: Ed. Desalma, 2001.
- CASTILLO, Jorge Mario. **Derecho administrativo.** 11a. ed.; (s.l.i.); Ed. Instituto Nacional de Administración Pública; Guatemala, 1999.
- CHACÓN CORADO, Mauro y Juan Montero Aroca. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco.** 2ª. ed.; (s.l.i.); Ed. Magna Terra Editores, Guatemala 2001.
- CHÁVEZ ASECIO, Manuel. **La familia en el derecho.** 2ª. ed.; (s.l.i.); Ed. Porrúa; Mexico 1990.
- CICÚ, Antonio. **El derecho de familia.** 1ª. ed.; (s.l.i.); Ed. Progreso, 2002.
- CORNEJO, Américo Atilio. **Derecho registral.** 1ª. ed.; Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma; Buenos aires, Argentina, 1994.
- COUTORE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil.** (s.e.); (s.l.i.); Ed. Depalma, Buenos aires, Argentina, 1989.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** 11ª. ed. (s.l.i.); Ed. FyG editores; Guatemala, 1999.
- Departamento de psicología del Organismo Judicial. **Guía para el personal que trabaja el tema de la violencia intrafamiliar y contra la mujer contra la mujer.** (s.e.); (s.E.); (s.l.i.); Guatemala, 2003.
- Diccionario enciclopédico Gran Sopena.** 17t.; (s.l.i.); Ed. Ramón Sopena, S.A. Grolier Internacional, inc., (s.f.).
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **La defensa de la constitución.** Guatemala, 1983.

Grupo Guatemalteco de Mujeres (GGM). **Manual para el abordaje de la violencia contra la mujer.** (s.e.); (s.E.); (s.l.i.); Guatemala, 2003.



GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil.** Madrid, España: (s.e.); (s.l.i.); Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1961.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho.** Cooperativa de consumo integral. (s.e.); (s.E.); (s.l.i.); Guatemala, 1991.

LÓPEZ MAYORGA, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho.** Vol. I. 2ª ed. (s.l.i.); Ed. Lovi; Guatemala, Centroamérica, 1999.

MILLAR M. Jonathan y Maria Angélica Gelli. **Constitución y derechos humanos.** (s.e.); (s.l.i.); Ed. Astrea. Argentina, 1991.

MONTERO DUHALT, Sara. **Derecho de familia.** (s.e.); (s.l.i.); Ed. Porrúa, México DF, México 1984.

MORALES ALVARADO, Sergio Fernando. **Garantías individuales.** (s.e.); (s.l.i.); Ed. Serví prensa S.A. Guatemala, junio de 2005.

MORALES TRUJILLO, Hilda. **La violencia intrafamiliar (USAID).** 2ª. ed.; (s.l.i.); Ed. USAID, Guatemala 2003.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** (s.e.); Ed. Heliasta SRL; Buenos Aires, Argentina, 1980.

PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional guatemalteco.** (s.e.); (s.l.i.); Ed. Praxis, Guatemala, 2001.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español, V familia y sucesiones.** 3ª. ed.; (s.l.i.); Ed. Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, España (s.f.).

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. **Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.** (s.e.); (s.l.i.); Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos; México 1966.



Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente (SOSEP). **Manual de capacitación sobre violencia intrafamiliar.** (s.e.); (s.l.i.); (s.E.); Guatemala 2004.

SIERRA GONZÁLEZ, José. **Derecho constitucional guatemalteco.** (s.e.);(s.l.i.); Ed. Centro impresor piedra santa; guatemala, 2000.

SOLER, Sebastián. **Teoría de la institución, en fe en el derecho.** (s.e.); (s.l.i.); Ed. Tea, Buenos Aires, Argentina 1956.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 206, 1964.

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

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

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

Ley para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República, Decreto número 97-96, 1996.

