

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



**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO
DEL DERECHO PENAL MODERNO Y SU INFLUENCIA
EN EL MEDIO JURÍDICO PENAL DE GUATEMALA**

SUHELEM MANSILLA LAM

GUATEMALA, ABRIL DE 2010

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO PENAL MODERNO Y SU
INFLUENCIA EN EL MEDIO JURÍDICO PENAL DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SUHELEM MANSILLA LAM

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril de 2010

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
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 Huítz Enríquez
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. David Sentes Luna
Vocal: Lic. Pedro José Marroquín Chinchilla
Secretario: Lic. Pablo Xitumul de Paz

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Carlos Alberto Velásquez
Secretario: Lic. Otto Marroquín Guerra

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).

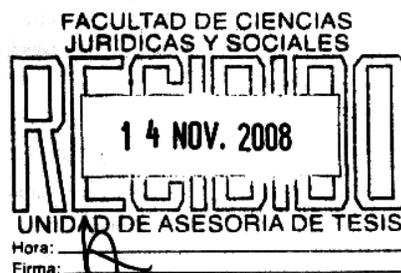


Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

Guatemala, 13 de noviembre de 2008

Licenciado

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



Licenciado Castro Monroy:

Como Asesor de tesis de la Bachiller: SuHelem Mansilla Lam; en la elaboración del trabajo titulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO PENAL MODERNO Y SU INFLUENCIA EN EL MEDIO JURÍDICO PENAL DE GUATEMALA"**, me complace manifestarle que:

1. El trabajo analiza jurídicamente la importancia del derecho penal moderno y su influencia en la legislación guatemalteca al sancionar a los responsables de la comisión de hechos delictivos.
2. Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis fueron acordes y de utilidad para el desarrollo de la misma. Se utilizó el método analítico, para establecer los aspectos relacionados con el derecho penal moderno; el sintético, se encargó de determinar la influencia del mismo en el medio jurídico guatemalteco; el deductivo, sirvió para establecer la importancia de garantizar su aplicabilidad y el inductivo, determinó un análisis jurídico y doctrinario del derecho penal guatemalteco.
3. La contribución científica del trabajo es de importancia, siendo el mismo un aporte significativo y realizado con esmero por parte de la sustentante. La redacción empleada durante el desarrollo de la tesis fue la adecuada.
4. Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Después de reunirme con la Bachiller Mansilla Lam, le sugerí varias correcciones a los capítulos, introducción y bibliografía de su trabajo, siempre bajo el respeto de su posición ideológica, y la sustentante estuvo de acuerdo en llevar a cabo las modificaciones.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

5. De manera personal me encargue de guiar a la estudiante bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación, aplicando para el efecto las técnicas y métodos apropiados y anteriormente anotados para la resolución de la problemática esbozada, con lo cual se comprueba la hipótesis, que determina la importancia de analizar jurídica y doctrinariamente el derecho penal moderno.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Otto René Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3805
9ª. Ave. 13-39, zona 1 Guatemala, C. A.
Tel. 22384102

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.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JOSÉ RAFAEL SÁNCHEZ FAJARDO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante SUHELEM MANSILLA LAM, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO PENAL MODERNO Y SU INFLUENCIA EN EL MEDIO JURÍDICO PENAL DE GUATEMALA".

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 la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del 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 estén pertinentes".


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



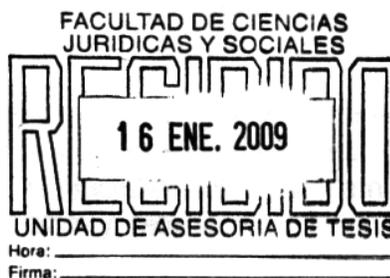
cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm

**LICENCIADO
JOSÉ RAFAEL SÁNCHEZ FAJARDO
ABOGADO Y NOTARIO**



Guatemala, 13 de enero de 2009

**Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho**



Respetable Director:

Me dirijo a usted con el objeto de informarle que de conformidad con el nombramiento de fecha veintiséis de noviembre del año dos mil ocho, fui designado por su despacho para proceder a la revisión de la tesis de la estudiante SuHelem Mansilla Lam, que se intitula: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO PENAL MODERNO Y SU INFLUENCIA EN EL MEDIO JURÍDICO PENAL DE GUATEMALA"**, para lo cual manifiesto lo siguiente:

1. Procedí a revisar el trabajo de tesis señalado, el cual abarca un contenido doctrinario y legal del derecho penal moderno, dando a conocer el sistema jurídico penal guatemalteco.
2. Al desarrollar la tesis se utilizó el método sintético, para determinar la importancia del derecho penal en el país; el analítico, sirvió para establecer los derechos fundamentales en el derecho penal moderno; el inductivo, señaló la normativa penal de Guatemala y el deductivo, fue empleado para indicar la importancia de estudiar y analizar el derecho penal moderno y la influencia del mismo en el sistema jurídico guatemalteco.
3. Las técnicas que se utilizaron fueron la documental y la de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información jurídica y doctrinaria pertinente para el adecuado desarrollo de la tesis. También, es fundamental anotar que la redacción empleada fue la correcta.



**LICENCIADO
JOSÉ RAFAEL SÁNCHEZ FAJARDO
ABOGADO Y NOTARIO**

4. El aporte que se tiene que resaltar en el actual trabajo de tesis es su contribución científica a la sociedad guatemalteca, señalando que es primordial analizar la influencia que el derecho penal moderno tiene en la legislación vigente en Guatemala, lo cual comprueba la hipótesis formulada.
5. El contenido del trabajo de tesis tiene relación con las conclusiones y recomendaciones, siendo la bibliografía empleada la correcta y relacionada con las citas bibliográficas citadas de los capítulos. A la Bachiller Mansilla Lam, le sugerí modificar y ampliar sus capítulos, introducción y bibliografía; quien se encontró conforme con llevarlas a cabo.
6. El trabajo demuestra esfuerzo, dedicación y empeño y personalmente me encargué de guiar a la sustentante durante las etapas del proceso de investigación, aplicando las técnicas y los métodos anotados.

En razón de lo anterior, la tesis cuenta con los requisitos legales establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, siendo procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que continúe con el trámite que corresponde, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con muestras de mi respeto, soy de usted su deferente servidor.


José Rafael Sánchez Fajardo
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. José Rafael Sánchez Fajardo
Revisor de Tesis
Colegiado 1543

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de febrero del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SUHELEM MANSILLA LAM, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL DERECHO PENAL MODERNO Y SU INFLUENCIA EN EL MEDIO JURÍDICO PENAL DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.





DEDICATORIA

A DIOS:

Agradezco todas las bendiciones que siempre me has mandado, las cosas buenas como las cosas malas. También te pido fuerzas para seguir adelante, y que pronto toques mi corazón para seguir y andar de tu mano.

A MI MADRE:

Haydee Mansilla, tus brazos siempre se abren cuando necesito un abrazo. Tu corazón sabe comprender cuándo necesito una amiga. Tus ojos sensibles se endurecen cuando necesito una lección. Gracias Mami.

A MI HIJO:

Giancarlo, por ser el principio de todo mi mundo, el milagro del presente y la esperanza del futuro. Por que desde que te ví hoy las flores tienen un color especial, los pájaros cantan más; el sol brilla con una nueva fuerza y en las noches las estrellas brillan más. Porque el milagro de tu nacimiento es un tesoro único e irrepetible para mi llena un hueco que no sabía que existía en mi corazón. Gracias a Dios por darme el precioso regalo de ser un instrumento para traerte al mundo y con la ayuda de el hacerte un hombre de bien. Te amo mi hermoso bebé.

A MI ABUELITA:

Ofelia Paniagua, por ser mi segunda madre la mujer más bella que jamás conocí. Todo lo que soy, se lo debo a ella, inculcando en mí una enseñanza moral, intelectual y física que recibí de



ella y que dejo una huella profunda en mí. Gracias Mamufin.

A MI PAPÁ:

Gracias por tu apoyo.

A MI HERMANO:

Douglas Mansilla, gracias por ser más que un hermano un amigo, gracias por compartir conmigo tus conocimientos; por apoyarme y por escucharme en los momentos que lo he necesitado.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala.



ÍNDICE

Introducción.....

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Importancia.....	4
1.2. Definiciones.....	6
1.3. Problemática del derecho penal subjetivo.....	9
1.4. Importancia de los principios del derecho penal.....	10
1.5. Infracción penal y moral.....	12
1.6. Carácter fragmentario, subsidiario y accesorio del derecho penal.....	15
1.7. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo.....	18

CAPÍTULO II

2. Doctrina garantista.....	25
2.1. Generalidades.....	26
2.2. Garantías, el garantismo y el constitucionalismo.....	29
2.3. El garantismo clásico liberal y las garantías penales y procesales.....	35
2.4. El futuro del garantismo.....	42
2.5. El derecho procesal como sistema de garantías.....	50
2.6. El garantismo procesal penal.....	53

CAPÍTULO III

3. Derecho penal moderno.....	55
3.1. Principio de intervención mínima.....	55
3.2. El principio de intervención mínima en la actualidad.....	58
3.3. La subsidiariedad del derecho penal.....	59
3.4. El carácter fragmentario del derecho penal.....	61
3.5. Derecho penal moderno.....	63
3.6. Características.....	64



CAPÍTULO IV

Pág.

4. Análisis jurídico y doctrinario del derecho penal moderno y su influencia en el ámbito jurídico penal guatemalteco.....	77
4.1. Generalidades.....	78
4.2. El pensamiento posmoderno.....	80
4.3. El derecho penal moderno.....	81
4.4. Postulados básicos del derecho penal moderno.....	83
4.5. Importancia.....	84
4.6. Análisis de su influencia en el ámbito jurídico penal de Guatemala.....	95
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103



INTRODUCCIÓN

El tema de tesis se eligió, debido a que en la actualidad existen diversas reflexiones en el derecho penal, las cuales señalan la vaguedad en el concepto mismo del bien jurídico y la manipulación de su utilización; y su esencia, se deriva de la protección del mismo al legislar, al ser quien se la otorga, es decir, el concepto normativo de bien jurídico penalmente protegido es una creación artificial propiamente dicha, la cual puede ser reelaborada; manipulada y pervertida en sus elementos esenciales.

La hipótesis que se formuló, se comprobó al determinar lo fundamental de analizar jurídica y doctrinariamente el derecho penal moderno y la influencia que tiene dentro del medio jurídico guatemalteco.

La característica principal del derecho penal, consiste en la culminación de todo un sistema jurídico, que es dirigido a la protección de intereses y derechos fundamentales, para el individuo; y para la sociedad en su conjunto. A esta protección de intereses y derechos fundamentales, la teoría del bien jurídico los ha convertido en bienes jurídicos, otorgándoles la máxima protección, pero por supuesto en la medida en que éstos a través de su proceso de normativización; son reelaborados en función de las necesidades específicas de cada época y región.

Los objetivos formulados se alcanzaron, al determinar los mismos la importancia de estudiar el derecho penal moderno y de que es fundamental indicar la influencia que tiene en el sistema jurídico penal guatemalteco.

Respecto a lo relacionado a los bienes jurídicos que pueden o deben ser los penalmente protegidos, es de donde se parte, en razón de que se maneja como punto de partida respecto de los conceptos y formas de aparición del moderno derecho penal, entendiendo que éste se está alejando del ideal clásico del derecho penal y así de sus ideas de certeza y subsidiariamente, ya que estas nuevas tendencias por un lado, para algunas es posible y factible la creación de nuevos intereses o bienes jurídicos y para el



sector dogmático sin embargo, ya no es necesaria la concepción propia del bien jurídico sino más bien la vigencia de la norma; asegurando con esto la estabilidad de la misma.

La tesis se desarrolló en cuatro capítulos: el primero, determina la importancia del derecho penal, su definición, problemática del derecho penal subjetivo, principios del derecho penal, infracciones, carácter fragmentario, subsidiario y accesorio del derecho penal, las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo; el segundo, señala la doctrina garantista, generalidades, el garantismo y el constitucionalismo, el futuro del garantismo, el derecho procesal como sistema de garantías y el garantismo procesal penal; el tercero, indica lo relacionado con el derecho penal moderno, el principio de intervención mínima, la subsidiariedad del derecho penal, carácter fragmentario y sus características; el cuarto, determina un análisis jurídico y doctrinario del derecho penal moderno dentro del ámbito jurídico de Guatemala.

Al desarrollar la tesis se emplearon los siguientes métodos de investigación: dogmático, con el cual se analizó la importancia del derecho penal moderno; el comparativo, fue de utilidad para indicar su influencia en el medio jurídico penal de Guatemala; el deductivo, se utilizó para establecer la problemática actual derivada de su falta de aplicación; el analítico, fue empleado para analizar los beneficios de la aplicación del derecho penal moderno y el sintético, determinó un análisis jurídico y doctrinario del mismo. Se utilizaron las técnicas de investigación bibliográfica y documental, para la recolección de la información actual relacionada con el tema.

La tesis constituye un aporte significativo, de utilidad y consulta para estudiantes y profesionales al dar a conocer y analizar profundamente los postulados básicos del derecho penal moderno; para la correcta aplicación de las normas jurídicas a los responsables de la comisión de hechos ilícitos.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

El derecho penal guatemalteco no se reduce solo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que, fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad.

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

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

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

La historia del derecho penal es bastante extensa. El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en la sociedad.



El crimen nace con el hombre, cuando todavía no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada, ya el delito se manifestaba en su más rudimentaria forma; al inferirle daño a los bienes ajenos.

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

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

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

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

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

Desde los inicios del siglo XIX, se le denomina, de manera predominante, derecho penal. Mucho tiempo, fue designada con la expresión de derecho criminal. Ambas



expresiones no son del todo satisfactorias, en la medida en que sólo ponen evidencia uno de los aspectos fundamentales de la materia.

La primera, se refiere a la pena, que se deriva de poena, comprendida en sus orígenes en el sentido religioso de expiación. La segunda, alude al crimen, comportamiento generador de la reacción social; la misma que se ha diversificado progresivamente.

Actualmente, se prefiere hablar de derecho penal aun cuando no refleja plenamente el contenido que se le da. Junto a la infracción crimen, delito o contravención y a la sanción consistente en penas privativas de libertad, multa, trabajo comunitario, medidas de seguridad: lo cual considerar de manera destacada tanto al delincuente como a la víctima.

Esta última ha sido descuidada mucho tiempo en las reflexiones sobre los diversos aspectos de la reacción punitiva del Estado penal moderno, se distingue el derecho penal general del derecho penal especial. El primero está limitado a los ámbitos de la aplicación de la ley penal, define los elementos esenciales del delito y determina los límites y el tipo de las sanciones penales.

El derecho penal especial, describe los actos delictuosos e indica la pena que tiene que imponerse al responsable. El estudio de la parte general está muy desarrollado y la teoría del delito constituye un ejemplo del refinamiento dogmático alcanzado. En cuanto al derecho penal especial es de lamentar la falta de análisis sistemático orientado a



nociones básicas de derecho penal para integrar o completar los tipos legales mediante la elaboración de principios o de criterios generales.

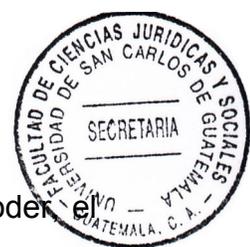
Por razones esencialmente prácticas y de técnica legislativa se justifica la distinción anotada, es de señalar que las disposiciones de la parte general y de la parte especial de los códigos se encuentran estrechamente relacionadas; tanto en el plan teórico como en su aplicación concreta. Este vínculo puede ser mostrando los delitos dolosos y culposos; respectivamente.

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

1.1. Importancia

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

Originalmente, el poder punitivo del Estado potestas criminales, era considerado como



un poder derivado de la soberanía del Estado o *imperium*. En virtud de este poder el Estado dicta leyes penales, organiza el sistema judicial; condena y ejecuta las sanciones. El *ius puniendi* aparece, por tanto, como la fuente del derecho penal objetivo.

Bajo la influencia del liberalismo político y del positivismo jurídico, esta concepción fue, por tanto, abandonada. El poder del Estado se consideró como fundado en las normas legales; las mismas que justifican su pretensión para reprimir a las personas.

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

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

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



1.2. Definiciones

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

“Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas 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”.¹

"Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas mediante el Estado, las cuales asocian el crimen como hecho y la pena como consecuencia legítima".²

También, el derecho penal ha sido definido como: “La rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones; que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”.³

“El derecho penal subjetivo consiste en la facultad de aplicar normas jurídicas que se encarguen de regular el poder punitivo del Estado, asociando los hechos determinados

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**, pág. 27.

² **Ibid**, pág. 28.

³ Cerezo Mir, José. **Derecho penal**, pág. 36



legalmente, como presupuestos y penas o medidas de seguridad como consecuencias jurídicas”.⁴

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

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

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

Derecho penal es la ciencia que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder, que determinan las penas debidas a las acciones delictivas, las medidas de corrección y seguridad aplicables a los delincuentes y algunas indemnizaciones correspondientes a las víctimas, pretende el restablecimiento y el desarrollo del orden

⁴ **Ibid**, pág. 37.

⁵ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, pág. 24

⁶ Cuevas del Cid, Rafael. **Intrroducción al estudio del derecho penal**, pág. 20.



jurídico, la defensa de la sociedad y la repersonalización de los autores de aquellas acciones; o sea la realización de los derechos humanos violados.

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

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

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

“El derecho penal se define como el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia”.⁸

“El derecho penal subjetivo o *ius puniendi* se refiere a la facultad de aplicar una sanción a aquéllos que actualizan las hipótesis que prevé el *ius poenale*”.⁹

⁷ **Ibid**, pág. 22

⁸ Cerezo. **Ob. Cit.**, pág. 26.

⁹ Cuello. **Ob. Cit.**, pág. 26



El *ius puniendi* o derecho penal subjetivo ha sido definido como: “La potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad”.¹⁰

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

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

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

1.3. Problemática del derecho penal subjetivo

Desde este punto de vista la problemática del derecho penal subjetivo es

¹⁰ Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal**, pág. 34.



indudablemente una cuestión previa a la sanción del derecho penal concreto de un Estado.

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

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

Es evidente que de esta manera el derecho penal subjetivo y el derecho penal objetivo coinciden y bajo tales presupuestos desaparece la necesidad de la distinción. Pero además, una concepción de esta naturaleza elimina la reflexión sobre cualquier límite racional al poder sancionador del Estado; lo que sin ninguna duda es contrario a los principios de derecho penal moderno.



1.4. Importancia de los principios del derecho penal

El único límite del poder sancionador del Estado es su propia autoridad y, por lo tanto; su propia voluntad. La tradición del derecho penal liberal hasta la actualidad es completamente contraria a esa posición. Básicamente el derecho penal del Estado está condicionado por los siguientes elementos: a) el respeto de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. b) el respeto de la proporcionalidad de las penas. c) las penas no pueden ser inhumanas ni degradantes y está prohibida la pena de muerte. d) el derecho penal no tiene que ser moralizador ni utilizarse para imponer una determinada ideología. e) las penas no pueden alcanzar sino al culpable por su propia acción. Estos principios se deducen de las garantías que establecen las disposiciones anotadas.

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

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

La cuestión de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es, por lo tanto, un problema constitucional; así como un problema jurídico penal. En ambos



casos forma parte del objeto de la ciencia del derecho y, más concretamente; de la ciencia del derecho penal.

1.5. Infracción penal y moral

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

“Desde sus orígenes, el derecho penal y la moral están estrechamente vinculados. En tanto conjunto de normas, son dos sistemas sociales destinados a orientar los comportamientos de las personas. Sus fuentes son en parte comunes, los usos y costumbres; los tabús religiosos”.¹¹

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

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

¹¹ Cuevas. **Ob. Cit.**, pág. 45.



“Durante mucho tiempo, debido a la unidad de la Iglesia Católica y a su dominio sobre la sociedad civil, la moral cristiana predominó, al extremo de que pecado y delito se confundían. La elaboración y aceptación de la noción de bien jurídico es el fruto de un largo proceso de laicización del derecho penal. El objetivo de éste no es imponer una concepción moral determinada; ni tampoco el de obligar a las personas a actuar según sus convicciones morales”.¹²

En una sociedad pluralista como las sociedades modernas, utilizar el derecho penal para imponer una concepción moral en particular sólo puede culminar en la implantación de un régimen tiránico en especial sobre las minorías. Aun si la moral implica algunos principios permanentes que exigen, sin fluctuaciones posibles, ciertos egoísmos al mismo tiempo que recomiendan algunos altruismos, ella se vincula con el foro interno del sujeto y, como consecuencia; no puede ser administrada por el orden jurídico.

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

¹² **Ibid**, pág. 50



Esta diferencia se encuentra igualmente entre derecho penal y moral a nivel de derecho penal positivo. Las leyes penales no reprimen todos los actos inmorales; pero, al mismo tiempo, diversos actos punibles no revelan plenamente un carácter inmoral como ocurre con las disposiciones sobre la circulación automotriz; y con la construcción de inmuebles.

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

Los actos inmorales calificados de delitos no lo son en razón a su carácter inmoral, sino más bien en consideración a sus efectos negativos sobre los bienes jurídicos de terceros. Sin embargo, el hecho que la primacía de la violación o puesta en peligro de bienes jurídicos, son un criterio decisivo para la incriminación de que una acción; no implica que el derecho penal sea moralmente neutro.

Un derecho penal que contradiga la moral seguida, en una época determinada, por la mayor parte de los individuos concernidos estará, más o menos; condenado al fracaso. La sola amenaza penal no basta para preservar un sistema jurídico: es indispensable que cada uno sea persuadido de la legitimidad moral de las normas y de los individuos que las aplican; sin que el carácter imperativo del derecho sea neutralizado por el cuestionamiento de sus mandatos en base a criterios morales personales.



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

Pero puede suceder también lo contrario. Mediante el derecho penal, el Estado refuerza la moral y las costumbres hasta inculcar en los individuos una escala de valores particulares. Además, una norma penal puede, a veces; ser una de las causas de modificación o desuso de un modelo moral o una tradición.

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

Por su génesis común y sus funciones sociales parecidas, el derecho penal y la moral se relacionan estrechamente y se complementan. La fuerza y la estabilidad del derecho en general y, en particular, del derecho penal dependen, al menos parcialmente; de su armonía con los principios morales fundamentales.

1.6. Carácter fragmentario, subsidiario y accesorio del derecho penal

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



Sin embargo, su finalidad no es la de imponer una moral determinada ni realizar un ideal de justicia. La sanción penal constituye sólo la ultima ratio de la protección de los bienes jurídicos. Se debe reprimir únicamente los ataques dirigidos contra los bienes considerados fundamentales y sólo si esos ataques revisten cierta gravedad y la represión aparece como necesaria en consideración de las personas involucradas.

En el ámbito de la protección del patrimonio, no se reprime a quien incumple un contrato; aun cuando implique un perjuicio económico importante. La represión se limita a los ataques más graves o a los más insidiosos, como lo son el delito de estafa; el abuso de confianza y el robo. Esto significa, como consecuencia, que el dominio de las infracciones penales tiene que ser más restringido que el de los actos ilícitos y, que el de los actos inmorales.

Este carácter fragmentario del derecho penal, inicialmente reconocido como un hecho concreto debido a deficiencias de técnica legislativa, es percibido, actualmente, como un aspecto propio del derecho penal, en particular; como una nota distintiva del derecho penal liberal.

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



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

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

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

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

No se trata sin embargo de un hecho generalizado. Cuando se reprime la negación de asistencia económica en caso de quien está obligado legalmente a prestar alimentos, no se hace sino reforzar normas del derecho civil; en muchas otras disposiciones penales se regulan comportamientos sin tomar en consideración directamente normas



de otros ámbitos del derecho, como ocurre en los delitos contra el honor; contra la libertad y contra la salud.

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

El derecho penal no tiene sólo un fin sancionador, muchas veces es creador de normas propias. Para la clara comprensión de esta situación es de considerar su carácter subsidiario y autónomo tanto técnica como funcionalmente.

1.7. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo

Existe una complejidad de las relaciones entre derecho penal y derecho administrativo. Para explicarlas es importante recurrir a diversas distinciones sin precisar el criterio aplicado. Se tiene que distinguir entre derecho penal y derecho disciplinario, entre derecho penal ordinario y derecho penal administrativo, entre infracción penal e infracción administrativa o infracción disciplinaria; entre sanción penal y sanción disciplinaria. Las nociones utilizadas no se yuxtaponen necesariamente, ni han sido debidamente sistematizadas.



La confusión existe, cuando se plantea la cuestión de si la amenaza de una pena destinada a garantizar la efectividad del derecho administrativo, tiene que ser considerada como parte del derecho penal o del derecho administrativo.

Una solución coherente es difícil de hallar cuando la problemática es planteada en términos tan definitivos. Es de tener en cuenta que si bien las circunstancias de que las infracciones administrativas no implican una desaprobación moral, son generalmente de poca gravedad así como las sanciones previstas para reprimirlas, refuerzan la idea de la despenalización global de estas infracciones, también es de considerar que el calificarlas de infracciones penales brinda ciertas garantías a los responsables tanto en el ámbito procesal como del derecho de fondo; como ocurre en el principio de legalidad y en el principio de culpabilidad.

Los esfuerzos realizados por elaborar una teoría general de derecho penal administrativo, distinto del derecho penal común; no han tenido éxito. En esa perspectiva, se afirma que el derecho administrativo defiende los intereses de la administración por oposición a los derechos de la sociedad que sanciona los delitos administrativos en oposición a los delitos comunes.

Los límites del derecho penal administrativo, así como su definición; no han sido precisados debidamente. El Código penal sigue siendo la principal ley penal, pero numerosas leyes estatuyen, accesoriamente y de modo más o menos consecuente, comportamientos reprimidos con sanciones de carácter penal.



Este desarrollo cuantitativo de la legislación complementaria está acompañado de una diversificación cualitativa que, poco a poco, desemboca en la creación de ordenes penales periféricas, como el derecho penal económico, derecho penal administrativo; derecho penal de la circulación vial.

A esta diversificación de materias se agrega el problema relativo a la gravedad de los comportamientos incriminados. Numerosas infracciones administrativas son faltas y su represión está, al menos en primera instancia; en manos de autoridades administrativas.

La tarea de reprimir las infracciones penales menores ha sido confiada a las autoridades administrativas con la finalidad de aliviar la carga de las autoridades judiciales.

Actualmente se ha admitido esta práctica sin dificultad. Pero ha estatuido que la persona perseguida tiene que tener la posibilidad de recurrir contra la decisión penal de la autoridad administrativa ante un órgano jurisdiccional competente para resolver litigios en base a normas jurídicas y a un proceso debido. Es decir, tiene que tratarse de un tribunal imparcial; independiente y capaz de controlar la determinación de los hechos y la aplicación del derecho.



El Estado moderno se caracteriza por una estructura administrativa bastante compleja y desarrollada. Esto se explica por la intervención, a pesar de la actual tendencia hacia el liberalismo, importante en la vida social y económica de la comunidad.

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

“El Estado busca promover el bienestar de su población, reglamentar la actividad en diversos aspectos de la vida comunitaria, mantener el orden social público; comercial y fiscal. Para alcanzar estos objetivos, establece normas particulares y refuerza su eficacia mediante sanciones para las personas que no las respeten”.¹³

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

Sin embargo, es difícil clasificar las normas jurídicas según su pertenencia al derecho penal administrativo o al derecho penal ordinario; debido al desborde del primero en

¹³ Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**, pág. 84.



dominios propios del segundo. Este fenómeno se explica por la índole de los comportamientos incriminados y la importancia de las sanciones. La doctrina acepta, cada vez más, que se trata de una diferencia de grado: gravedad del ataque, severidad de la sanción, y magnitud del daño.

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

Las sanciones disciplinarias tienen, en general; la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas por agrupaciones particulares de la parte de sus miembros. Ellas suponen, como consecuencia, una relación jurídica específica y conciernen, por tanto, sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción; como acontece con las normas jurídicas ordinarias.

Las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos los miembros de las agrupaciones indicadas. Dos grandes grupos tienen que distinguirse en este ámbito: de una parte, el derecho disciplinario de las profesiones liberales como lo son los abogados y lo médicos, y el derecho disciplinario estatal que supone una relación de derecho administrativo especial para los funcionarios, militares y las partes en un proceso.

Se ha discutido mucho, en doctrina, sobre si la sanción disciplinaria constituye una medida administrativa y se menciona más a las medidas disciplinarias que de penas



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

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

Estos criterios tienen que ser restringidos. Si bien es cierto que, en cierta medida, no tiene que aplicarse rígidamente la primera parte del principio de legalidad, no hay infracción sin ley expresa; y se tiene que respetar de manera estricta su segunda parte: no hay sanción sin ley previa. También tiene que exigirse el respeto del principio de la culpabilidad. Como consecuencia, no se tiene que asimilar el derecho disciplinario al derecho administrativo.





CAPÍTULO II

2. Doctrina garantista

“Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa a cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.¹⁴ El sentido originario del término es, sin embargo; más restringido. Por garantía se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano; dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales. Justamente en relación con estos derechos, se distinguen dos clases de garantías según el autor Luigi Ferrajoli: las garantías reales, como son la prenda o la hipoteca, mediante las cuales el deudor pone a disposición del acreedor un bien mueble, en el primer caso, inmueble, en el segundo con el que resarcirse en caso de incumplimiento; y las garantías personales, como la fianza y el aval, a través de las cuales un tercero se obliga, en caso de incumplimiento de la obligación; a satisfacerla en el lugar del deudor.

El autor Luigi Ferrajoli, señala que: “La ampliación del significado del término garantías y la introducción del neologismo garantismo para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales son, en cambio; relativamente recientes”.¹⁵

Los derechos fundamentales, se encuentran en oposición a los derechos patrimoniales, como la propiedad y el crédito, que son derechos singulares, que adquiere cada

¹⁴ *Ibid*, pág. 87.

¹⁵ *Ibid*, pág. 90.



individuo con exclusión de los demás, aquellos derechos universales y, por ende, indisponibles e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar, ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad a los que corresponden prohibiciones de lesionar, o de derechos positivos, como los derechos sociales; a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos.

2.1. Generalidades

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

El citado autor señala que: “Se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes públicos y privados, políticos o de mayoría y económicos o de mercado, en el plano estatal y en el internacional mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos



fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos; como las esferas públicas frente a los poderes privados”.¹⁶

Por otro lado, una concepción de este tipo del garantismo resulta extensible, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, públicos o privados; estatales o internacionales. En efecto, todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso; constituye su objeto. Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos; y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder. En este sentido, garantismo, se opone a cualquier concepción tanto de las relaciones económicas como de las políticas, tanto de las de derecho privado como de las de derecho público, fundada en la ilusión de un poder bueno o, en todo caso; de una observancia espontánea del derecho y de los derechos. Existen diversos tipos de garantismo, según el tipo de derechos para cuya protección se predispongan o prevean las garantías como técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción.

El garantismo patrimonial, es aquel que designa al sistema de garantías destinado a tutelar la propiedad y los demás derechos patrimoniales; el garantismo liberal y, específicamente, el penal, sirve para designar las técnicas de defensa de los derechos de libertad y, entre ellos, en primer lugar, el de la libertad personal, frente a las

¹⁶ *Ibid*, pág. 91.



intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial; el garantismo social, es de utilidad para designar el conjunto de garantías, en buena medida aún ausentes o imperfectas, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y otros semejantes; el garantismo internacional, es utilizado para designar a las garantías adecuadas para tutelar los derechos humanos establecidos en las declaraciones y convenciones internacionales; por el momento casi inexistentes. En general, se utiliza el garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes públicos y privados, políticos o de mayoría y económicos o de mercado, en el plano estatal y en el internacional mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos; como las esferas públicas frente a los poderes privados.

Actualmente, la opción entre usos restringidos y un uso ampliado de garantismo no es, en absoluto; políticamente neutral. En efecto, la apelación al garantismo como sistema de límites impuestos exclusivamente a la jurisdicción penal se combina, en sectores relevantes de la actual cultura política liberalista, con la intolerancia frente a cualquier tipo de límites jurídicos y, especialmente, judiciales, al poder político y, más aún; al económico. Significa, por tanto, lo opuesto a garantismo como paradigma teórico general, que implica, en cambio, sujeción al derecho de todos los poderes y garantías de los derechos de todos mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos; públicos o privados.



Este es el paradigma que se ilustra y que, es uno y el mismo que el del actual estado constitucional de derecho. Con tal finalidad, resulta útil redefinir preliminarmente el concepto de garantía como categoría general de la teoría del derecho.

2.2. Garantías, el garantismo y el constitucionalismo

El autor Estuardo Gutiérrez Paez, determina que: “Garantía es toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo a toda expectativa jurídica positiva de prestaciones o negativa de no lesiones”.¹⁷

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

Son, por tanto, garantías, respectivamente positivas y negativas, las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos; sean patrimoniales o fundamentales. Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación, mediante sanción para los actos ilícitos o anulación para los actos no válidos; que se generan con la violación de los derechos subjetivos. De esta forma, entra en juego una segunda y muy importante distinción, consistente en las

¹⁷ Gutiérrez Paez, Estuardo. **Los derechos humanos**, pág. 88.



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

Correlativamente, se puede llamar normas primarias a las que disponen obligaciones y prohibiciones, incluidas por tanto a las garantías primarias, y normas secundarias a las que predisponen las garantías secundarias de la anulación o de la sanción; en el caso de que hayan resultado violadas las normas y garantías primarias. La garantía primaria del derecho de propiedad es la prohibición del hurto establecida por la norma primaria que crea el delito de hurto; la garantía secundaria es la obligación de aplicar la sanción prevista por las normas secundarias que castigan el hurto y que disciplinan las formas de su persecución. La garantía primaria de los derechos de libertad es la prohibición de leyes o medidas restrictivas de tales derechos implicada por la norma primaria en la que se establecen, su garantía secundaria es la obligación de anular tales leyes; prevista en las normas secundarias que establecen el control de constitucionalidad.

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



representada por los actos ilícitos o los actos inválidos. Por ello, además, de efectividad e inefectividad primaria, de primer grado o sustancial a propósito de la observancia o inobservancia de las normas y garantías primarias; y de efectividad e inefectividad secundaria o de segundo grado o jurisdiccional a propósito de la observancia o inobservancia de las secundarias.

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

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

Aunque es cierto que las garantías consisten en un sistema de obligaciones y prohibiciones, “no es menos evidente que su capacidad de vincular a los poderes supremos, comenzando por el poder legislativo, depende de su rígido fundamento positivo en normas superiores a éstos, como son, justamente; las normas constitucionales”.¹⁸

En el Estado legislativo de derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles, la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, quedaba

¹⁸ Ferrajoli. **Ob. Cit.**, pág. 49.



confiada únicamente a la política legislativa, que podía reducirla o suprimirla legítimamente.

Existían, claro es, ordenamientos garantistas y ordenamientos antiguarantistas. Pero la legitimidad de los primeros y la legitimidad de los segundos sólo podía valorarse en el plano ético y político de la justicia; y no en el plano jurídico de la legalidad. No obstante su solemnidad, las constituciones eran siempre consideradas, como leyes formalmente iguales a las demás, al ser inconcebible la idea de una limitación del poder de la ley por parte de otra ley.

Esta omnipotencia de la legislación, y a través de ella de la mayoría política, cesa en el estado constitucional de derecho, fundado sobre esa verdadera invención del actual siglo que es la rigidez constitucional, en virtud de la cual, las leyes ordinarias, al aparecer situadas en un nivel subordinado respecto a las normas constitucionales; no pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad.

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



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

Se trata de una profunda transformación del paradigma original del positivismo jurídico, con el que alcanza su culminación el principio, característico del estado de derecho, de la sujeción a la ley de todo poder, incluido, por tanto; al propio poder legislativo. Gracias a esta transformación, cambia la naturaleza de la validez de las leyes, que deja de coincidir con su mera existencia determinada por el simple respeto a las formas y procedimientos establecidos por las normas formales sobre su producción, y que exige, además, la coherencia de sus significados con los principios constitucionales. En segundo lugar, cambia la naturaleza de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, a las que ya no corresponde únicamente la aplicación y el conocimiento de unas normas legales cualesquiera, sino que asumen, además; un papel crítico de su invalidez siempre posible.

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



De ese modo, en el estado constitucional de derecho, la legitimidad tanto política como jurídica del ejercicio del poder, ya no está sólo condicionada por las reglas que disciplinan las formas mayoritarias de su ejercicio, o sea el quién y el cómo de las decisiones, sino también por las reglas que condicionan su sustancia, o sea lo que es lícito u obligatorio decidir, por cualquier mayoría y que son, justamente; las garantías impuestas a sus contenidos por la constitucionalización de los derechos fundamentales: las garantías primarias negativas en forma de límites o prohibiciones impuestas por los derechos de libertad; las garantías primarias positivas en forma de vínculos u obligaciones impuestas por los derechos sociales; las garantías secundarias del control de constitucionalidad de las leyes y de la accionabilidad en juicio de todos los derechos subjetivos, comenzando, obviamente; por los derechos fundamentales.

Así resulta, en el plano normativo, un modelo de democracia, la democracia constitucional caracterizada por un complejo sistema de límites y vínculos legales, de separaciones y equilibrios de poderes, de jerarquías normativas y controles jurisdiccionales, y, en consecuencia, diametralmente opuesto a la imagen de la democracia plebiscitaria tan frecuentemente evocada, en el debate político actual; por los defensores más acérrimos del principio mayoritario. La democracia, según esta imagen, no sería otra cosa que la omnipotencia de la mayoría legitimada por el voto popular, que permitiría abusos de poder, conflictos de intereses e impunidad; así como, simétricamente, el liberalismo consistiría, a su vez; en la ausencia de reglas y de límites a la libertad de empresa.



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

2.3. El garantismo clásico liberal y las garantías penales y procesales

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

Aunque implicadas por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, en la realidad pueden faltar cuando no hayan sido, a su vez; expresamente establecidas. Incluso, de hecho, aunque se hayan establecido, pueden ser violadas por sus destinatarios que, como se ha visto; son los poderes públicos. Ello explica por qué el paradigma garantista es siempre un paradigma en gran medida carente de desarrollo, aunque venga impuesto por las cartas constitucionales, quedando vacío de contenido



por defecto de actuación, tanto por la ausencia como por la ineffectividad; ya de las normas primarias de garantías o de las secundarias.

El autor Estuardo Gutiérrez Paez, determina que: “Se puede hablar de carencia o ineffectividad de las garantías, ante todo, en relación con el garantismo penal, que, en efecto, ha supuesto, desde la ilustración; el terreno sobre el que se ha edificado el modelo del estado liberal de derecho”.¹⁹

Las garantías penales y procesales, son esencialmente garantías negativas, dirigidas a limitar el poder punitivo en defensa de las libertades individuales. Esta misma idea se ha identificado, con frecuencia, con el proyecto de un derecho penal mínimo, es decir, con un sistema penal capaz de someter la intervención punitiva tanto en la previsión legal de los delitos; como en su constatación judicial a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

En lo que se refiere al delito, estos límites no son otros que las garantías penales sustanciales: del principio de estricta legalidad o taxatividad de los comportamientos punibles a los de lesividad; materialidad y culpabilidad. En lo relativo al proceso, tienen relación con las garantías procesales y orgánicas: el principio de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida de juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura; y el principio

¹⁹ *Ibid*, pág. 94.



de juez natural.

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

Por ello, cabe caracterizar las garantías penales, empezando por la formulación clara y precisa de las figuras penales impuestas por el principio de estricta legalidad, como aquéllas que, en el plano legal, aseguran en grado máximo la averiguación de la verdad jurídica, es decir, la verificabilidad y refutabilidad, en abstracto, de las hipótesis de la acusación; dado que no podría verificarse ni refutarse una acusación vaga e indeterminada. En cambio, es posible caracterizar las garantías procesales, de la carga de la prueba al principio de contradicción o al derecho a la defensa, como las que aseguran en grado máximo, en el plano jurisdiccional, la averiguación de la verdad fáctica, es decir, que exigen, en concreto; la verificación por las hipótesis acusatorias de la acusación y permiten su refutación por parte de la defensa.

Es esta fundación sobre la verdad aunque sea en un sentido inevitablemente relativo, por el carácter opinable de la interpretación judicial y, por tanto, de la verdad jurídica, y, en cualquier caso, por el carácter probabilista de la inducción probatoria de la verdad fáctica la fuente de legitimación específica de la jurisdicción; que justifica su independencia en un estado de derecho. A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en el estado derecho es una actividad cognoscitiva



además de práctica o prescriptiva; o, mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, los actos administrativos y los negocios privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende del respeto a las normas de producción y cuya legitimidad política depende de su oportunidad, de su fidelidad a los intereses representados, de la representatividad o de la autonomía de sus autores, y no de ciertas premisas, de hecho o de derecho; argumentadas como verdaderas.

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

A esto se debe que, a diferencia de cualquier otro poder público, el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual; sino sólo una legitimación de tipo racional y legal. Ninguna mayoría, puede legitimar la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Y ningún consenso político, de la prensa; de los partidos o de la opinión pública puede sustituir o eliminar las pruebas de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad ni el consenso o el interés general, ni ningún otro principio de autoridad, pueden convertir en verdadero lo que es falso; o viceversa.



Existe, por tanto, un nexo no sólo entre derecho penal mínimo y garantismo, sino entre derecho penal mínimo; efectividad y legitimación del sistema penal. Sólo un derecho penal concebido únicamente en función de la tutela de los bienes primarios y de los derechos fundamentales puede asegurar, junto a la certeza y al resto de garantías penales, también la eficacia de la jurisdicción frente a las formas, cada vez más poderosas y amenazadoras; de la criminalidad organizada. Y sólo un derecho procesal depurado del legado de la emergencia de la disparidad entre acusación y defensa a la excesiva discrecionalidad en la prisión preventiva puede ofrecer un fundamento robusto y creíble a la independencia del poder judicial y de su papel de control de la ilegalidad de los poderes.

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

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

Desafortunadamente, hay que reconocer que el modelo de jurisdicción como actividad cognoscitiva de aplicación de la ley es un modelo teórico y normativo, desmentido y violado, de hecho; por los amplios espacios de discrecionalidad generados por el déficit



de garantías del sistema judicial guatemalteco: por la ausencia de garantías penales como consecuencia de la inflación legislativa y de la indeterminación semántica de los tipos delictivos, que han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad a la intervención penal, en contradicción con el principio de estricta legalidad, por la debilidad de las garantías procesales, como consecuencia de los cambios en el proceso acusatorio tras las reformas de emergencia de 1992, que desequilibraron el proceso, reforzando enormemente el papel de la acusación en perjuicio de la defensa; y el de la instrucción frente al juicio.

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

Esta quiebra de la legalidad, por tanto, se resuelve, principalmente, en una descalificación de todo el sistema penal de su certeza; su cognoscibilidad y su eficacia. Al mismo tiempo, ello repercute sobre la jurisdicción, ampliando sus espacios de arbitrariedad, comprometiendo la obligatoriedad de la acción penal y debilitando la naturaleza cognoscitiva de los juicios y, con ella; la fuente de la legitimidad misma del poder judicial y de su independencia.

Una crisis de la justicia penal de esta magnitud reclama la responsabilidad tanto de la legislación como de la jurisdicción, unida más allá de polémicas entre políticos y



magistrados, en una insensibilidad general al valor de las garantías y en la correspondiente sumisión a las razones de la excepción y la emergencia: primero, terrorista, después; mafiosa o camorrista.

Esta insensibilidad constituye, sobre todo; un síntoma de miopía y de falta de previsión. Los magistrados, en primer lugar, deberían reivindicar el refuerzo y el respeto de las garantías penales y procesales, de las que depende exclusivamente la jurisdicción penal y su independencia. Por otro lado, sólo una política no coyuntural de la justicia, que asuma como primer y urgente objetivo la refundación garantista de la legalidad penal, podrá rehabilitar, hoy, el primado de la función legislativa y limitar el poder de los jueces; anclándolo a la sujeción a la ley y a su función cognoscitiva.

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

No basta la simple reserva de ley, hace falta una reserva de código, es decir, el principio de que ninguna norma penal o procesal pueda dictarse si no es mediante una modificación o una integración de los códigos, aprobada, quizá; con procedimientos agravados. Sólo una reforma de este tipo podría poner fin al caos normativo,



restablecer los límites entre jurisdicción y legislación, entre justicia y política; y restituir la credibilidad tanto a una como a otra.

2.4. El futuro del garantismo

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

El paradigma garantista de la democracia constitucional es, pues, un paradigma embrionario; que puede y debe extenderse en una triple dirección: 1) en primer lugar, para garantizar todos los derechos no sólo los de libertad, sino también los derechos sociales; 2) en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo los públicos sino también los privados; 3) en tercer lugar, a todos los planos; tanto el del derecho estatal como el del derecho internacional.

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



Se trata de tres expansiones del paradigma garantista que legara la tradición liberal, todas ellas igualmente prometidas por el diseño normativo recogido en el conjunto de las diferentes constituciones. Este paradigma, como se sabe, nació para la tutela de los derechos de libertad, se redujo a ser un sistema de límites a los poderes públicos pero no a los poderes económicos y privados; y ha quedado anclado dentro de los confines del estado y de nación.

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

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



Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que todos fueron conquistados por movimientos revolucionarios contra antiguos regímenes más o menos absolutistas: las grandes revoluciones liberales americana y francesa, después los movimientos del siglo XIX en favor de los estatutos, las luchas obreras, feministas y ecologistas del siglo pasado y del actual, finalmente, la ruptura histórica del régimen internacional basado en la soberanía absoluta de los estados que supuso, tras la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y la derrota del nazifascismo; la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

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

El autor Estuardo Gutiérrez Paez, determina que: “Un argumento teórico con el que suele refutarse la tesis del carácter jurídicamente vinculante de los derechos sociales y, por otro lado, de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales es



que tales derechos no son propiamente derechos, ya que o en la medida en que carecen de garantías. Si es cierto se objeta que los derechos fundamentales, según lo definido, consisten en expectativas o pretensiones a las que corresponden obligaciones o prohibiciones por parte de otros sujetos y sanciones o reparaciones en caso de violación, un derecho no garantizado no sería, en realidad; un derecho del legislador”.²⁰

Este planteamiento confunde indebidamente los derechos con sus garantías; las cuales, son primarias o secundarias, cuando se refieren a derechos fundamentales, y requieren, siempre, para su existencia; ser introducidas mediante normas distintas de las que sancionan los derechos que garantizan. Las normas penales sustanciales, que son garantía primaria de los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad y al resto de los derechos violados por los delitos; las normas procesales penales como garantía secundaria de los mismos derechos y como garantía primaria de la inmunidad del imputado frente a la arbitrariedad policial o judicial; las normas sobre asistencia sanitaria o instrucción obligatoria, o sobre los límites de los poderes del empleador o similares, como garantía primaria de los derechos sociales y de los derechos del trabajador, así como las relativas a la justicia administrativa y al proceso laboral como garantía secundaria de estos mismos derechos; y finalmente, las normas todavía carentes de vigencia por falta de ratificación por parte de un número suficiente de Estados, prevén una larga serie de crímenes contra la humanidad como garantía primaria de los derechos humanos establecidos en las convenciones internacionales y, como garantía secundaria; de su justiciabilidad.

²⁰ **Ibid**, pág. 97.



Ahora bien, una confusión de este tipo entre derechos y garantías, además de anular una buena parte de las más importantes conquistas del constitucionalismo del siglo XX, contradice; la tesis de la naturaleza positiva. La existencia o inexistencia de las normas que disponen obligaciones, prohibiciones o derechos subjetivos no se deducen de la existencia o inexistencia de otras normas, sino que son puestas o producidas o, si se prefiere; introducidas por los correspondientes actos de su producción. Resulta, por tanto, perfectamente posible que, dado un derecho subjetivo como consecuencia de una norma que lo prevé, no existan hasta tanto no se produzcan aunque debieran existir y, por tanto, ser producidas ni las normas primarias que establecen la obligación o la prohibición correspondientes; ni las normas secundarias que disciplinan la persecución de las violaciones de uno y otros como la accionabilidad en juicio de los derechos sociales.

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

Concretamente, una laguna primaria, cuando falte la estipulación de la obligación y de las prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, y una laguna secundaria cuando no se hayan instituido los órganos obligados a sancionar o a invalidar sus violaciones, es decir; a aplicar las garantías secundarias. En estos casos, no cabe negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por la norma jurídica: se



podrá, tan sólo, lamentar la laguna que lo vuelve un derecho de papel y afirmar, con ello; la obligación de colmarla por parte del legislador.

Las consecuencias de esta distinción entre derechos y garantías, impuesta por la naturaleza positiva del derecho moderno, resulta de enorme importancia no sólo en el plano teórico, sino también en el metateórico. En el plano teórico comporta que el nexo entre derechos y garantías no es un nexo empírico sino un nexo normativo, que puede ser no ya contradicho, sino violado por la existencia de las primeras y por la inexistencia, es decir, por una laguna, de las segundas; al igual que sucede, por lo demás, con el principio de no contradicción, que igualmente puede ser no ya contradicho, sino violado por la existencia de antinomias, es decir; de normas entre sí contradictorias. En el plano metateórico supone un papel no puramente descriptivo, sino crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto: crítico frente a sus lagunas y antinomias que debe poner de relieve, y normativo en relación con la legislación y la jurisdicción a las que impone el deber de colmarlas o repararlas.

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



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

El propio preámbulo de la Declaración Universal de 1948 establece un nexo indisociable entre las garantías de los derechos fundamentales de todos los seres humanos y la paz en el mundo.

Todo esto no quiere decir que tales garantías no resulten técnicamente realizables, que los derechos sociales, al menos en sus mínimos vitales, no puedan quedar satisfechos, mediante prestaciones gratuitas y obligatorias en materia de salud, de educación y de subsistencia, antes que con la mediación burocrática y clientelar, y que no puedan, por tanto; resultar accionables en juicio. Los presupuestos estatales no puedan quedar vinculados, incluso constitucionalmente, a cuotas mínimas de gasto social y sometidos, así; al control de constitucionalidad. Que el mercado y las relaciones laborales no estén sometidos, por normas estatales y por convenciones internacionales; a los límites y vínculos exigidos por los derechos fundamentales virtualmente lesionados por aquellos. Que el Estatuto de la Corte Penal Internacional para Crímenes contra la Humanidad no



resulte finalmente ratificado por todos los Estados para su funcionamiento. Que, por último, las instituciones financieras internacionales, Fondo Monetario al Banco Mundial, no se vean obligadas a orientar sus intervenciones a la ayuda en lugar de a la asfixia de las economías de los países más pobres. Se trata, ciertamente, de expectativas a largo plazo, destinadas, probablemente; a no verse nunca satisfechas. Pero es igualmente cierto que la divergencia abismal entre norma y realidad, entre los derechos solemnemente proclamados en las diferentes cartas constitucionales y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren, resulta contraria al derecho positivo vigente y se debe, principalmente, no ya a dificultades técnicas sino a la permanente falta de disposición de los poderes cualesquiera que sean a sufrir las limitaciones; las reglas y los controles.

Todas las garantías, en efecto, tienen un costo mínimo en el caso de las garantías liberales y penales negativas, que exigen simplemente límites negativos, plazos amplios y procedimientos complejos para la definición, la averiguación y la sanción de los delitos que violan los derechos negativos de libertad y de propiedad; máximo, tratándose de las garantías sociales positivas, que exigen la asignación y la redistribución de recursos fuera y contra la lógica del mercado; algo en parte ya experimentado en los estados de derecho; totalmente nuevo, en cambio, en el plano internacional, en el que exigiría la renuncia a la lógica de la fuerza y la prepotencia de los estados y la puesta en cuestión de los desenfadados niveles de vida que hacen posible el bienestar y la democracia a expensas del resto del mundo.



Pero se trata, como siempre, de los costos del derecho y de la democracia frente a los costos de la ley desregulada y salvaje del más fuerte que, en perspectiva, resultan; infinitamente superiores.

Advierte, con realismo, que es de esas garantías de las que depende la convivencia futura en un mundo no devastado por nuevas guerras, violencias y terrorismos, y la propia supervivencia, a largo plazo; de la democracia.

2.5. El derecho procesal como sistema de garantías

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

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

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



existencia en su seno en el seno del ordenamiento procesal, se entiende de un sistema de garantías o garantismo procesal, no siendo afortunado señalar que el derecho procesal contempla, fundamentalmente, la aplicación vertiente instrumental a través de su normativa específica, del ordenamiento jurídico ya sea civil, penal, laboral y atinente a las patologías jurídicas existentes entre trabajadores y empresarios, o en fin; administrativo o atinente a las patologías del mismo ámbito que puedan suscitarse entre administrados y administraciones públicas.

Con objeto de prevenir algún posible malentendido, es importante señalar que cuando el derecho procesal actúa en un sistema de garantías o garantismo procesal; es porque con ello se quiere establecer que el derecho procesal no es un subsistema.

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

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



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

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

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

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



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

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

2.6. El garantismo procesal penal

El autor Claus Roxin, señala que: “Las normas que contienen el derecho procesal penal son las únicas que posibilitan la validez de los actos procesales penales, lo cual se basa en el principio de legalidad procesal penal. Y sobre esta afirmación no es posible plantear duda hermenéutica alguna”.²¹

Ahora bien, lo que sí plantea duda hermenéutica es que el principio de legalidad procesal penal y las normas procesales penales que acoge, y que se hallen encaminadas a la imposición de penas o a la represión. No es cierto que la represión incumba a la jurisdicción penal ordinaria.

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

²¹ Roxin, Claus. **Derecho penal**, pág. 50.



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

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

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



CAPÍTULO III

3. Derecho penal moderno

Es primordial que exista una adecuada protección de bienes jurídicos, así como la orientación y prevención de las consecuencias derivadas del derecho penal, destacando para el efecto lo fundamental del derecho penal moderno, analizando sus planteamientos.

3.1. Principio de intervención mínima

El surgimiento del liberalismo es coincidente con el origen del principio de intervención mínima.

“El origen del principio de intervención mínima coincide con el nacimiento del liberalismo, que es una doctrina política nacida en la segunda mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y el Reino Unido, caracterizada por la reivindicación de un importante espacio de libertad en el ámbito personal, religioso, literario; y económico”.²²

Los ideales del liberalismo son totalmente explicables, en razón del momento histórico, marcado por la concentración de poderes ilimitados exclusivamente en las manos del monarca. En el campo del derecho penal, imperaban leyes penales rígidas; que eran

²² *Ibid*, pág. 97.



aplicadas en los más distintos aspectos de la vida social. Consecuentemente, las penas tenían un carácter severo, que abarcaban los destierros, fuertes penas pecuniarias y corporales; incluso la pena de muerte. Finalmente, el derecho penal era utilizado como forma de coaccionar a las personas a la obediencia al soberano.

Así, el liberalismo surgió exaltando la libertad como forma de reacción a este escenario, y fue la Revolución Francesa el momento culminante de esa oposición al Estado absoluto, que tuvo como ideales los propuestos por el liberalismo. Ese movimiento de la clase burguesa inauguró una nueva concepción política y jurídica, que transformó el panorama del siglo XVIII; hoy considerado un marco histórico en la evolución del derecho.

La ideología resultante de este cambio está, esencialmente, basada en los fundamentos de la soberanía popular, del imperio de la ley, del control y separación de los poderes y de la defensa de la libertad. Tales fundamentos son las estructuras del modelo de Estado que originó el Estado liberal de derecho.

El sistema se encuentra constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, que era el reclamo de la sociedad de la época, o sea; limitar el poder del soberano a través de la libertad y igualdad del ciudadano.

Este sistema responde a una nueva perspectiva, basada en la valorización de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, donde esta ya no es vista



como cosa; sino asegurando su libertad e igualdad.

Desde la implantación del Estado liberal de derecho ya había contradicciones entre la teoría y la realidad, y existía dificultad para la efectividad de sus planteamientos. Esta paradoja todavía hoy continúa siendo uno de los grandes desafíos para la implementación de un sistema penal que responda a las necesidades y deseos de la actualidad, con el imperio de las garantías que se trata de concretizar.

El principio de intervención mínima formaba parte del rol de mecanismos propuestos para la institución del sistema penal, de hecho, se defiende la idea de reducción de las leyes penales a las mínimas necesarias.

Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible; por hablar según todos cálculos de los bienes y de los males de la vida. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables.

Lo más importante era la prevención de los delitos, aumentar el rol de delitos era, también; elevar la probabilidad de que se cometiesen.

Por lo expuesto, es posible afirmar que es la primera expresión de lo que hoy se



denomina principio de mínima intervención del derecho penal.

3.2. El principio de intervención mínima en la actualidad

En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de derecho. “Supone que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”.²³

Siempre que existan otros medios diferentes al derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles; porque son menos lesivos. Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cuál se busca el mayor bien social con el menor costo social. Es el postulado de la máxima utilidad posible con el mínimo sufrimiento necesario.

Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal. Juntos, representan una garantía de limitación del ius puniendi del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Así, la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado.

²³ Ferrajoli. **Ob. Cit.**, pág. 56



El principio de intervención mínima es fundamental para elaborar y mantener un sistema penal justo y de conformidad con las finalidades del Estado social actual y democrático de derecho.

“Por lo tanto, la intervención mínima forma parte de la herencia del liberalismo, y hasta hoy tiene que ser considerada como uno de los parámetros del legislador, para la elaboración y mantenimiento de un sistema penal justo y coherente con los fines del actual Estado social y democrático de derecho”.²⁴

3.3. La subsidiariedad del derecho penal

La subsidiariedad consiste en recurrir al derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir; cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho.

Existen dos significados para la subsidiariedad: uno negativo, que la equipara con la última ratio, y otro positivo; que exprime de que manera el Estado junto al derecho penal y en el derecho penal realiza un deber de ayuda. La subsidiariedad es una norma de competencia que excluye las competencias negativas del Estado y fundamenta las positivas.

²⁴ **Ibid**, pág. 64.



De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, al derecho penal le incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas; porque hay un grave ataque de bienes jurídicos tutelados penalmente. Por ello, el derecho penal debe ser considerado como la ultima ratio del sistema, lo que significa que, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas; deben ser aquéllas las aplicables.

El derecho penal no puede ser tenido como prima o única ratio para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente filtrables por otras ramas del ordenamiento jurídico. De esta forma, la norma penal tiene que ser considerada como un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social, donde el derecho penal no sólo es la ultima, sino también la extrema ratio, es decir, interviene solamente cuando hayan fracasado todos los demás controles; formales o informales.

Ahora bien, aunque el derecho penal sea el que prevé las sanciones más gravosas, como lo es la pena privativa de libertad; no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Así, para que la subsidiariedad del derecho penal sea llevada a efecto primeramente, deberá preferirse la utilización de los medios desprovistos del carácter de sanción; en seguida, las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa; y sólo entonces se apela al derecho penal para sancionar el hecho.



Es de importancia la definición de la finalidad de la sanción, para determinar la coexistencia entre sanciones penales, civiles y administrativas.

“Entonces, es posible plantear la cuestión de si la sanción penal puede coexistir con una sanción de naturaleza no penal, como la civil o administrativa. La respuesta está en definir la finalidad de la sanción. Así que, si la sanción penal y la otra no penal tuvieren fundamentos distintos; es perfectamente posible la coexistencia. Por otro lado, si el fundamento fuera el mismo, no será posible la incidencia de las dos; por quiebra del principio del *ne bis in idem*”.²⁵

3.4. El carácter fragmentario del derecho penal

El derecho penal tiene carácter fragmentario, empleándolo para distinguir entre las conductas que se han convertido en descripciones de delito y aquellas que no han entrado en el Código penal vigente. Sustentaba que el legislador deja que la vida diaria traiga a sus pies las conductas que luego él recoge para convertirlas en supuestos de hecho de delitos porque resultan insoportables. Originariamente sólo es abarcable la forma burda. Lo fino y más singular, si es que existe; no lo observa o no sabe expresarlo. Y sin embargo su contenido de injusto quizá tiene más peso que el del delito sancionado, además el carácter fragmentario del derecho penal es un gran defecto.

El carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del derecho penal a los ataques

²⁵ López Díaz, Claudia. **Introducción a la imputación objetiva**, pág. 29.



más violentos contra bienes jurídicos más relevantes.

La protección de la sociedad justifica la actuación del derecho penal en un Estado social. Esta protección es expresada a través de la tutela por el derecho penal de bienes jurídicos, o sea mediante el principio de protección de bienes jurídicos; que son los intereses sociales que merecen la protección penal en razón de su importancia. Por lo tanto, si una ley penal no protege un bien jurídico, hay infracción del principio de intervención mínima, acarreando la nulidad de esa norma; porque resultaría arbitraria.

Sin embargo, no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el derecho penal. Se impone la presencia de dos elementos para que el derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea violenta.

Por lo tanto, para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado, pues sólo una configuración doble del injusto que sea objetiva y subjetiva y que reconozca la importancia tanto al desvalor de acción como al de resultado puede dar una completa visión de los aspectos más relevantes del ilícito penal.

El desvalor de acción es, así, el límite entre una conducta delictiva y otra que no lo es; en el sentido de que constituye una especial peligrosidad para los bienes jurídicos. Hay conductas que, por no representar una especial peligrosidad para el bien que se trata de proteger, no se consideran delito. Y el desvalor de resultado tiene relación con el



valor de un bien jurídico y la irreparabilidad del ataque a él dirigido, lo que justifica la sanción punitiva.

La realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado.

3.5. Derecho penal moderno

En los últimos años, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización; se han producido muchos cambios en el derecho penal. Es una tendencia natural que el derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones.

Hoy el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el derecho, bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela; como el medio ambiente o la economía. Son bienes jurídicos universales y no individuales, y su protección se refiere no a una lesión o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino; a un peligro abstracto.

Así, el legislador penal ha actuado de manera incesante, fundamentalmente en la parte especial de los códigos penales; creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los



ya existentes. La consecuencia es que en conjunto, el derecho penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad; eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas.

Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. Ese derecho penal carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños.

Esa presunta insuficiencia, provoca el surgimiento de un derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el derecho penal clásico; con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones. Y la actuación de ese derecho penal moderno ha generado problemas de gran relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado social y democrático de derecho.

3.6. Características

El derecho penal moderno presenta tres características propias de acuerdo al autor Luigi Ferrajoli, que reflejan el contexto actual: a) la protección de bienes jurídicos, b) la prevención, y c) la orientación a las consecuencias.



La primera de ellas, consiste en que el derecho penal moderno considera para la protección de bienes jurídicos una exigencia para la penalización de determinadas conductas, desvirtuando, de esta manera, la concepción clásica de este principio, por la cual la protección de bienes jurídicos asume un carácter negativo; de prohibición de penalización de determinadas conductas. Así, el derecho penal moderno utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos.

No obstante que la función del ordenamiento jurídico globalmente considerado sea la protección de bienes jurídicos, no significa que incumba al derecho penal en exclusiva la realización de esa tarea. Por el contrario la protección tiene que ser, incluso, frente al propio derecho penal, que sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección; dado que el concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del derecho penal.

Existe, por lo tanto, una evidente infracción del principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es directamente protegido por la última ratio del ordenamiento jurídico, el derecho penal, sin pasar por los filtros de las otras ramas del derecho; sin cuestionarse la relevancia de tal bien para el derecho penal. Los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos deben, en realidad, coexistir; de tal forma que aquél figure como límite de este.

Es fundamental la protección de los bienes jurídicos, así como también la exigencia de



que las normas jurídicas se encuadren dentro del ordenamiento jurídico de conformidad a un sistema coordinado.

“La ciencia penal como expresión cultural proclama el principio conforme el cual sólo debe recurrirse al derecho penal en los casos en los que el mismo sea absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto. Ello comporta, además la exigencia de que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representan el último y inevitable recurso a que acude el Estado”.²⁶

Es lo que ocurre con el bien jurídico medio ambiente: frente del deseo de la sociedad de protección de ese bien jurídico del cual no se discute su importancia, el derecho penal intervino, incluso frente a la posibilidad de protección por otras vías menos gravosas que el derecho penal; como el propio derecho administrativo.

La segunda característica, consiste en que el derecho penal moderno convirtió la prevención, antes considerada como una meta secundaria del derecho penal, en su principal finalidad. Para lograr esta nueva meta, el derecho penal moderno utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías del derecho penal clásico; como la agravación de las penas y ampliación de medios coactivos en la fase instructora.

²⁶ **Ibid**, pág. 32.



Es cierto que la finalidad de prevención debe coincidir con el derecho penal, pero no constituir su primordial meta. Se impone que haya un equilibrio entre la prevención general y la especial, para que, tanto los intereses de la sociedad como los de la persona considerada individualmente; sean satisfechos.

Al mismo tiempo que el propósito de la pena es la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de los delitos, o sea la existencia de una prevención general, existe también la función de apartar al que ya ha delinquirido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento; apartándolo de la vida social en libertad.

Por lo tanto, para lograr la armonía entre estas dos caras de la prevención, sin que haya cesión a favor de una de ellas, se debe considerar que la sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes recurriendo a la pena si ello es necesario; pero, por otro lado, el delincuente, por su parte, tiene derecho a ser respetado como persona y a no quedar separado definitivamente de la sociedad; sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.

El derecho penal moderno rompe claramente con el equilibrio que debe existir. Sustenta la prevención general como predominante ante la especial, lo que conduce a la mitigación de garantías fundamentales del individuo; garantías esas que constituyen el fundamento del Estado social y democrático de derecho.



Los delitos contra el medio ambiente son ejemplos de la preferencia del derecho penal moderno por la prevención general, dado que tienen un carácter de intimidación o coacción psicológica dirigida a todos los ciudadanos; si bien revistiendo una apariencia de medida educativa.

La tercera y última característica, es la conversión por el derecho penal moderno de la orientación a las consecuencias en una meta dominante, siendo que el derecho penal clásico la tenía como un criterio complementario para la correcta legislación. Con este cambio, la igualdad y la retribución del delito son marginadas de la política jurídico-penal.

Por este principio de orientación a las consecuencias en el derecho penal, se entiende que: Con ello se ha querido expresar que legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan. Orientación a las consecuencias que presupone que las consecuencias de la legislación, de los tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas. Orientación a las consecuencias puede significar en derecho penal que el legislador, la justicia penal y la administración penitenciaria no se satisfacen solamente con la persecución del injusto criminal y con su compensación mediante la expiación del delincuente; sino que persiguen la meta de mejorar al autor del delito y contener la delincuencia en su conjunto.



Con esa exaltación de la orientación de las consecuencias por el derecho penal moderno, el derecho penal se resume en un instrumento de pedagogía social; con la finalidad de sensibilizar las personas acerca de determinados temas entonces tutelados por esa rama del derecho.

Así, el derecho penal acaba por ser considerado como una valoración y un fin de sí mismo, lo que lleva a su empleo como medio para la educación. Es lo que ocurre con los delitos del medio ambiente en donde el derecho penal del medio ambiente se convierte así en una especie de academia popular para educar al auditorio en los cuidados que necesita la naturaleza. Para estas teorías no plantea problema alguno que el éxito de este aprendizaje deba alcanzarse, no sólo gracias a la aplicación instrumental del derecho penal, sino también a costa de utilizar como ejemplo a aquéllos que, por regla general; sólo han cometido delitos de bagatela.

Sin embargo, el derecho penal no tiene que ser utilizado solamente atendiendo a la finalidad pedagógica, de educación con el fin de la propia prevención general, dado que como se afirma, por ser la rama del derecho que establece las sanciones más gravosas, debe ser la ultima ratio; y no la única. Además, por su carácter fragmentario y su subsidiariedad, deberían haber sido agotadas todas las otras formas para el alcance del fin de educación; que busca el derecho penal del medio ambiente. Considerar que el derecho penal está siendo utilizado sólo con la finalidad de educación es totalmente contrario al principio de protección de bienes jurídicos, como una gran ofensa al principio de intervención mínima.



Tal ofensa a este principio se da principalmente por el hecho de que hay otras vías capaces de desarrollar esta función, inclusive, con más propiedad y más satisfactoriamente que el derecho penal; en cuanto revestido del carácter de subsidiariedad.

Las consecuencias del uso del derecho penal para conseguir finalidades distintas de la protección de bienes jurídicos pueden ser desastrosas, dado que ésta es la rama del ordenamiento jurídico que prevé las sanciones más gravosas y, por ello; debe ser utilizado solamente en los ataques más violentos a los bienes jurídicos más relevantes.

Sin embargo, no es el único medio de control social que existe. Hay otras formas que, incluso, deben preceder al derecho penal, lo cual, por la gravedad de sus consecuencias, es, como ya afirmamos; la ultima ratio del sistema. Así que, son formas de control social extrajurídico que lo anteceden la familia, la escuela y la religión; ultrapasados estos primeros filtros, aparecen también los métodos de control jurídicos, que son las otras ramas del ordenamiento jurídico, como el derecho civil; administrativo o mercantil.

El derecho penal se ha convertido más en un instrumento político de dirección social que un mecanismo de protección jurídica subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico.

Aparte de las características propias del derecho penal moderno, es importante destacar algunos factores que lo distinguen del derecho penal clásico; y que



constituyen las novedades de sus planteamientos.

La primera novedad del derecho penal moderno es con relación al ámbito de actuación. El derecho penal en los últimos años ha adoptado una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista.

Actúa, principalmente, en las partes especiales de los códigos penales y de las legislaciones especiales creando nuevas figuras penales o ampliando los tipos ya existentes, principalmente en sectores antes no abarcados por el derecho penal, o, si abarcados, no con tanto rigor; es el caso del medio ambiente, la economía, mercado exterior y criminalidad organizada.

También el moderno derecho penal utiliza instrumentos que facilitan su actuación, teniendo en cuenta el carácter arriba expuesto de criminalización de hechos. Los bienes jurídicos que se propone proteger son universales y no individuales; contrariando la tendencia del derecho penal clásico. Y, para llevar a efecto esta tutela de bienes jurídicos institucionales o universales, es necesaria la utilización por el legislador de los delitos de peligro abstracto y de normas penales en blanco.

En estos casos de protección de bienes jurídicos universales por el derecho penal es prácticamente imposible la constatación de la existencia del daño, y es ésta la razón por la cuál se recurre a la utilización de la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto.



La mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de bienes jurídicos de carácter supraindividual, colectivos o universales, como la salud o la seguridad pública; fenómeno que se sitúa también en el contexto de la denominada sociedad de riesgo.

Precisamente el carácter difuso e impreciso del objeto de tutela y la consecuente dificultad de comprobar la lesión o el peligro en estos bienes jurídicos de difícil aprehensión contribuye decididamente a la construcción de figuras de peligro abstracto.

La combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo del delito de lesión de bienes individuales al modelo del delito de peligro para bienes supraindividuales.

En este contexto, destacando la activa actuación del derecho penal en sectores como el medio ambiente, la utilización de delitos de peligro abstracto para la tutela de ese bien jurídico es inevitable.

A través de esa técnica legislativa, se castiga por una conducta que no sólo no ha lesionado, sino que tampoco ha puesto a nadie en peligro concreto. Así, no se produce la sanción de conductas concretas lesivas, sino de construcciones de relaciones de peligro entre conductas abstractamente peligrosas y fuentes sociales de peligro.



Estos casos de peligro abstracto para un bien jurídico-penal colectivo, como el medio ambiente, sólo existirían, de hecho, si hubiera acumulación, es decir; la reiteración y generalización de conductas. Por lo tanto, la conducta aislada no debería ser sancionada por el derecho penal, ya que es insignificante con relación al bien jurídico tutelado.

Es una afirmación errónea la de que todas las contaminaciones ilegales del medio ambiente son corresponsables de la catástrofe global. Teniendo en cuenta la amplitud del bien jurídico medio ambiente, ataques aislados, seguramente, son; irrisorios con relación a la extensión de lo que se protege.

También, es importante resaltar que, muchas veces, las contaminaciones legales, o sea, autorizadas, pueden contribuir mucho más a destruir el bien jurídico medio ambiente.

Es fundamental la realización de la prueba al llevar a cabo la acción incriminada, debido a que el resultado lesivo no es necesario.

“La consecuencia de la utilización de la vía de criminalizar el peligro abstracto es que se produce una ampliación considerable en el ámbito de aplicación del derecho penal, es decir, como el resultado lesivo no es necesario, la demostración de la causalidad



tampoco lo es; siendo suficiente la prueba de la realización de la acción incriminada

Es decir, la utilización de estos instrumentos significa un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad, o sea, la punibilidad está condicionada únicamente a la prueba de una conducta peligrosa, siendo innecesaria una víctima visible; un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño.

Eso lleva a una realidad muy peligrosa, consistente en la reducción de los presupuestos del castigo que acarrea la disminución también de las posibilidades de defensa. Hay, todavía, una cierta tendencia a la desformalización, es decir, al debilitamiento del estricto principio de legalidad de los delitos y de las penas, por la utilización frecuente de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales que otorgan al juez la decisión sobre lo que debe o no ser delito, reduciendo, así; los criterios legales que vinculan la interpretación judicial.

Se muestra pertinente el ejemplo de los delitos del medio ambiente, en los cuales la proliferación en este sector de conceptos jurídicos indeterminados es significativa. Conceptos como composición natural del aire o los elementos de reservas naturales de especial importancia son una constante en los preceptos legales.

Sin embargo, si existe la proposición de tutelar bienes jurídicos colectivos, como el medio ambiente; la utilización de esos conceptos carentes de determinación es una

²⁷ **Ibid**, pág. 39.



realidad que no se puede evitar. El problema en sí tiene una difícil solución. Si se quiere mantener la protección penal del medio ambiente, la dogmática no tiene otro remedio que decidir entre los conceptos jurídicos indeterminados, por un lado, y la total y estricta sujeción a preceptos de derecho administrativo; por otro.

También forman parte de las novedades del moderno derecho penal los cambios en las funciones del derecho penal, resultantes de la mudanza en sus ámbitos e instrumentos.

En primer lugar, el derecho penal moderno pierde el carácter fragmentario propio del núcleo básico del derecho penal clásico, es decir, ya no es considerado como un instrumento de reacción frente a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes, sino que se transforma en un instrumento de política de seguridad; lo que lo aproxima a las funciones del derecho civil o administrativo.

Por lo tanto, nuevamente, el principio de intervención mínima es mitigado: no sólo se atenta contra su carácter fragmentario, sino también contra su subsidiariedad, porque deja de ser la ultima ratio del sistema para transformarse en fundamental, o incluso, única ratio; siempre que parezca rentable políticamente.

Todos estos cambios provocarán graves problemas. El principal de ellos son los llamados déficits de realización, es decir, algunas leyes del moderno derecho penal no son aplicadas como deberían y, muchas veces; cuando son correctamente aplicadas acaban generando resultados injustos o arbitrarios.



La consecuencia de esto es el riesgo de que el derecho penal se quede reducido a una función puramente simbólica, dejando de lado sus verdaderas funciones. En verdad, estos efectos simbólicos de la intervención estatal sólo son admisibles en cuanto son efectos secundarios; y no como los principales. Estos efectos figurados están conectados al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones, o cuando más, representaciones mentales y, por lo tanto; no deben prevalecer sobre la función de protección de bienes jurídicos.



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico y doctrinario del derecho penal moderno

El surgimiento del derecho penal moderno ocurrió en Roma en los comienzos del siglo XIX, siguiendo los fundamentos de la ilustración.

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

“En España seguían en vigor la novísima recopilación, los fueros y las partidas, pero en la práctica los tribunales solían hacer gala de arbitrariedad; dejando de ceñirse a los textos escritos”.²⁸

El autor Luigi Ferrajoli, determina que: “Tras el fracaso de las primeras iniciativas debido a la reacción frente a la Revolución Francesa la situación cambia decididamente con la Constitución de Cádiz, de 1812, que establece la personalidad de las penas, proscribire el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes, y dispone que los códigos civil, criminal y de comercio fueran unos en todo el Reino. El regreso de Fernando VII supuso la derogación de la nueva normativa, pero el mismo Monarca

²⁸ Ferrajoli. **Ob. Cit.**, pág. 106.



ordenó la formación de un código criminal. Así, nació el primer código español, el de 1822, y, con él, una nueva etapa en la evolución del derecho penal histórico español”.²⁹

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

4.1. Generalidades

El siglo XX, se ha caracterizado por una fuerte crítica a los fundamentos de la modernidad y a todos sus resultados. Si se busca un poco en el pensamiento filosófico del presente siglo y del pasado, se encuentra de qué manera desde el romanticismo; se puede hallar una serie de críticas a la modernidad como época de la razón. En el presente siglo, se tiene que uno de los objetivos, o sea la crítica de la modernidad y de la racionalidad que la caracterizaba, racionalidad que como la razón instrumental, es, aquella que sólo se orienta a fines; dejando de lado cualquier función dialógica.

Estas críticas a la razón moderna, que se resumían dado que el exterminio de los judíos por parte de los alemanes en la segunda guerra mundial no fue un acto de locura

²⁹ **Ibid**, pág. 112.



colectiva sino la más depurada labor de exterminio de un pueblo mediante una serie de actos que organizaban la sociedad como una gran fábrica y en aplicación de un modelo cultural cognitivo de exclusión, se caracterizaban por su pesimismo frente al futuro pero, y esto es lo que interesa resaltar, por su ferviente búsqueda de nuevos fundamentos para la modernidad recurriendo a los postulados de la ilustración. Así la dialéctica de la ilustración busca eliminar lo que de negativo y terrible hay en la razón moderna para rescatar a la propia modernidad.

La crisis de la modernidad radica en la colonización que de la vida cotidiana, que se denomina mundo de la vida, por las racionalidades de otras esferas. Así, la economía se caracteriza por valerse de una racionalidad instrumental y estratégica y es ésta la que ha colonizado a las otras dimensiones de la vida pública. En el campo del derecho, tal colonización se puede percibir en la colonización que de un derecho penal liberal, dialógico y garantista, fue hecha por parte de un derecho de tipo funcionalista; orientado a los resultados y a la eficiencia del sistema y cuyo mejor ejemplo lo constituye la seguridad y todas las aplicaciones eficientistas del derecho penal.

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



4.2. El pensamiento posmoderno

“Lo que caracteriza al pensamiento posmoderno viene dado por la inclusión de ese prefijo pos, que se identifica, de modo erróneo, como la existencia de una nueva época posterior a la modernidad y otros, más acertados, como una época en la cual lo moderno es atacado; como una etapa de la modernidad que hace frente a sus fundamentos y los somete a críticas para evitar que ellos destruyan”.³⁰

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

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

³⁰ López Díaz. **Ob. Cit.**, pág. 59.



Entonces, de lo que se trata en un pensamiento que supere las deficiencias de la modernidad y que a falta de un mejor nombre se ha dado en llamar posmoderno, es de superar las clásicas divisiones entre los sujetos y de incorporar los nuevos sujetos y los nuevos problemas que afectan al hombre, tratándolos con la lógica que les corresponde; evitando que una de ellas colonice con sus pretensiones el ámbito de objetos en que se desenvuelve la otra.

Esta crisis del paradigma moderno también encontró su lugar en el derecho moderno, pues éste, frente a la aparición de nuevos sujetos dentro de la esfera pública; se mostró incapaz de dar solución a los problemas que los aquejaban. Este tipo de actitudes puede ser denominado como la angustia al contagio, pues lo que ha caracterizado al derecho moderno, como una de sus notas esenciales; ha sido el temor a que en su estructura se incluyan elementos propios de la esfera ética y extrajurídica.

Dicha angustia de contagio ha producido en el plano global un alto grado de rigidez y en el local una coexistencia entre libertad y desregulación. No obstante no existe una ética capaz de organizar la responsabilidad por las consecuencias de las acciones colectivas de la humanidad a escala planetaria.

4.3. La formulación del derecho penal moderno

La característica principal del derecho penal moderno es la racionalidad, la cual se puede manifestar especialmente en la generalización y la sistematización, copiando en



ello al modelo de ciencia; dado que en el sistema los dogmas establecidos funcionan como los axiomas de la física.

“El derecho moderno encuentra su mejor formulación en la clásica teoría pura del derecho. El formalismo es una de las características del derecho moderno. La lógica instrumental de la simple eficiencia se ha ido apoderando del proceso de creación”.³¹

En efecto, en el sistema jurídico la derivación analítica de proposiciones y la decisión de los casos específicos va de la mano con el trabajo sintético que se verifica en la construcción de las relaciones y de las instituciones legales. En síntesis, el sistema representa la integración de todas las proposiciones analíticamente derivadas de un modo tal que se trata de un sistema de reglas lógicamente claro, consistente y completo bajo el cual toda situación se muestra capaz de ser lógicamente subsumida para que su orden no carezca de una efectiva garantía.

Así las cosas, la racionalidad de la decisión en un caso concreto viene garantizada por la sujeción al sistema, lo que quiere decir, en la versión opuesta, que una decisión es sustantivamente irracional cuando es influenciada por factores ajenos al caso, como serían aspectos éticos, emocionales; dejando de lado así la neutral y fría aplicación de las normas.

³¹ **Ibid**, pág. 114.



Este peculiar acercamiento a la ley sólo es posible si se cuenta con un carácter formalizado de ésta y del sistema jurídico en su totalidad. Sólo el método abstracto basado en la interpretación lógica, permite que se lleve a efecto la siempre creciente labor sistematizadora del derecho y garantizando, gracias a la validez de su lógica interna; el sentido y significado de las diversas reglas que lo integran.

4.4. Postulados básicos del derecho penal moderno

Con el fin de determinar la validez de cada sistema, se sientan las fuentes de lo que se consideran los postulados básicos del derecho moderno; según el autor Luigi Ferrajoli, establece que:

- “Que toda concreta decisión legal debe ser el resultado de la aplicación de una proposición abstracta a un caso concreto;
- Que en un caso concreto sea posible derivar la decisión de las proposiciones abstractas legales por la simple interpretación de su sentido lógico;
- Que la ley sea de hecho o virtualmente un sistema completo de proposiciones legales o, al menos, ser tratado como tal;
- Que lo que no pueda ser construido legalmente en términos jurídicos es considerado irrelevante para el derecho;



- Toda acción social de los seres humanos debe ser vista como una aplicación o ejecución de proposiciones legales o como una infracción de ellos”.³²

En una aplicación exagerada del pensamiento se encuentran los nuevos movimientos penales sobre la imputación objetiva y que se caracterizan por una obsesión de sistema y por una creciente angustia hacia la contaminación. Así, al ser técnica y cultura los aspectos de la siempre rica experiencia del ser humano, manifestada en la regulación y en la emancipación en la modernidad, realizar el énfasis en la técnica supone cortar de raíz esa experiencia; abandonarla a las fuerzas ciegas de la tecnología. En el derecho, como se ha notado con insistencia, esta contradicción se revela en diversos aspectos como el alejamiento del campo de interés de manera que no se solucionan los conflictos o se realiza la justicia, sino que simplemente se solucionan los juegos de intereses.

La tecnificación del saber está relacionada con la autorreflexividad de la ciencia, que no consiste en el retorno al pensamiento en sí mismo, sino el paso de un procedimiento cognitivo condicional por un objetivo específico y determinado, consistente en la modificación del mundo externo; en un procedimiento desvinculado de la determinación concreta que constituía el estímulo de las experiencias individualizadas y sociales. De lo que se trata es de la liberación de toda referencia externa de los individuos o de los contenidos materiales.

³² Ferrajoli. **Ob. Cit.**, pág. 89.



4.5. Importancia del derecho penal moderno

La importancia de la autorreflexividad, en el derecho penal moderno no es otra cosa que el postulado de la capacidad del sistema para generar normas jurídicas a partir de las mismas y para referirse a todos los otros subsistemas del sistema social desde un punto de vista estrictamente jurídico, esto es; para manejar todo lo extrajurídico en sus propios términos. Un derecho autorreflexivo es indiferente a los efectos sociales de las normas, ya que su función es hacer posible la máxima virtud equilibrada; de la racionalidad jurídica sin entrar a analizar méritos del problema y que se resuelven en una suerte de coacción a la negociación ya que instituye foros jurídicos para el conflicto sin ponerse del lado de la solución del problema.

El derecho al ser un simple subsistema de la sociedad, se guía por criterios de esa lógica que ha colonizado todo el sistema y que es la del sistema económico, de modo que es ciega a cualquier idea de justicia o de valores extrajurídicos, manejando el problema desde el triple nivel de la dogmática, de la teoría general y de la técnica de interpretación; perdiendo con ello toda la dimensión compleja que caracteriza a la cultura.

El resultado de esta ciega sujeción a la razón funcionalista, producto nuevo de la razón instrumental, no es sólo el carácter cada vez más alejado de la realidad que caracteriza a la dogmática penal; sino que en ello encuentra su exacto reflejo en la legislación de orden público y en la cultura de la eficiencia que acompaña al derecho penal. Tal cultura



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

Es evidente que, frente a los espacios donde se desenvuelven poderes irregulares, la limitación de la violencia legal en tanto que la ley la establece o bien la permite garantizando los derechos y libertades exigibles conforme al ordenamiento; es algo más que el simple establecimiento de esos ámbitos de mera legalidad reconocidos en el derecho penal ordinario. Ocurre que lo que se requiere, también en esos marcos de vida y poder ahora indicados, es una articulación del Estado de derecho mucho más completa que la neoliberal, imponiendo límites y vínculos normativos; no solo ampliando los que circundan a los poderes del Estado, sino también en mayor medida que la actual, constriñendo a los poderes privados a manos de algunos ciudadanos y a los poderes burocráticos de diversos aparatos; sean públicos o privados.

La crítica al derecho moderno se hace entonces desde un punto de vista que reconoce su carácter ideológico, esto es; de modo que se reconoce que el derecho busca la realización de un modelo cultural cognitivo que no tiene porque ser democrático. El sistema legal se basa en una serie de ideologías ritualmente articuladas que trabajan para el beneficio de las clases dominantes; los periódicos, la televisión y las escuelas difunden constantemente la ideología, predominantemente de la variedad burguesa y las definiciones de la desviación son esencialmente expresiones de la ideología dominante en términos morales.



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

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

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

El papel del derecho en un mundo como el actual, sujeto al mismo tiempo a la globalización y a la contextualización, en una paradójica situación de extremos, no puede ser más el de una simple sujeción a los mandatos de la ley, como si el juez no tuviera un amplio espectro de interpretación, ni tampoco el de la libre creación del derecho sin sujeción a regla alguna, pues de por medio se encuentra la idea moderna de racionalidad y previsibilidad de las decisiones que, pese a todos los ataques de que



ha sido objeto; no parece ser algo a lo que los ciudadanos estén dispuestos a renunciar.

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

“Uno de los tópicos sobre el sistema continental de derecho es aquel que se refiere al hecho de que los jueces están sujetos a la ley y, por tanto; a la legitimidad”.³³ En otras palabras, al referirse al sistema continental de derecho se determina lo relacionado con un sistema en el cual la función del juez se limita a ser la expresión de la ley; es en esas notas en las que los autores encuentran sus diferencias.

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

³³ López Díaz. **Ob. Cit.**, pág. 16.



papel activo que han asumido los jueces bajo la nueva configuración del Estado social de derecho.

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

Sobre la base de la codificación del derecho, para limitar el campo de discreción a los jueces, y sobre el concepto de soberanía, surge la concepción moderna del derecho, que lo caracteriza por ser un derecho producido por el Estado, de manera que éste, y sólo éste; posee el monopolio de la producción jurídica. Tal concepción encuentra su mejor formulación en la teoría pura del derecho, y en general, en los planteamientos del positivismo jurídico; que sigue en lo esencial el ideal formalista. Desde esta perspectiva, el Estado es el único legitimado para la producción de las normas jurídicas, pues sólo él posee la fuerza necesaria para imponer el derecho, por lo cual los autores de la teoría positivista del derecho consideraron que la legitimidad del derecho o de un sistema normativo específico se resolvía en la pregunta por la existencia del derecho, esto es, que la legitimidad se confundía con la existencia y, en algunos casos; con su efectividad. En el derecho penal este ideal positivista se ha visto reflejado en la aparición de la dogmática; según la cual se hacen previsible las soluciones racionales a los casos a través de la aplicación de una racionalidad instrumental.



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

Igualmente, es bien conocido que la reacción a este problema se tradujo en los intentos de materialización de la dogmática penal, o sea, en la introducción de criterios político criminales en las categorías que conforman a la teoría del delito, corrientes que han sido denominadas teleológico funcionalistas; cuya construcción parte de las consecuencias de la pena y no de una abstracta definición del delito.

No obstante, al realizar el análisis de las categorías del delito desde un punto de vista político criminal, lo que se observa no es la inclusión de elementos políticos en el análisis de los conflictos, sino, lo que es muy diferente, la conversión de los elementos políticos en elementos jurídicos, incurriéndose con ello en la ya criticada juridificación de todas las esferas sociales; al punto de llegar a solucionar los conflictos sociales en los estrados judiciales.

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



de la separación de los diversos subsistemas, pues la noción de código binario determina que todo lo que caiga dentro del ámbito de objetos del sistema se regule por ese código, ya que las operaciones comunicativas pueden o no entrar en el sistema, pero una vez que han dado el paso, han de regirse por la diferencia impuesta vía código. Es la referencia al código, su consideración como jurídica o antijurídica, lo que hace que una operación referida a expectativas de comportamiento obtenga el calificativo de jurídica.

“Buena parte de la dogmática penal se fundamenta en su obra, resaltando no sólo su carácter conservador sino el hecho de ser el reflejo de una tecnificación de la razón moderna”.³⁴

Los hechos no se pueden deducir enunciados de un deber ser. No obstante, la separación del mundo del valor del mundo de los hechos supone una devaluación de los contenidos del derecho por carecer de científicidad. Es por ello que se acude al modelo de las ciencias naturales para otorgar científicidad al derecho. Para efectuar esto, se acude a la neutralización del derecho por la vía de la sistematización, de modo que la decisión queda eliminada del campo del derecho.

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

³⁴ **Ibid**, pág. 123.



caracteriza. Sin embargo, lo que queda fuera de juego en esta concepción del derecho es precisamente la solución del conflicto; la disputa es sólo sobre las categorías dogmáticas o la corrección de las normas dentro del orden establecido por el sistema jurídico. Este derecho, denominado autorreflexivo, resulta indiferente a los efectos sociales de sus decisiones, pues su función es hacer posible la máxima de la virtud equilibradora de la racionalidad jurídica; que se centra en la forma y no en el mérito del problema. El derecho, por tanto, se resuelve en una suerte de coacción a la negociación, instituyendo foros jurídicos para la solución de los conflictos, dejando de lado, la solución del problema y, en consecuencia; bajo la forma Estado social el derecho estatal resulta convertido en un sistema autónomo del sistema social que persigue la estabilidad del sistema. Esto es lo que modernamente se ha denominado eficientismo jurídico y que encontró lugar bajo la forma de la legislación de orden público bajo la burda forma de la doctrina de la seguridad nacional, en los años setenta; y actualmente cobijando a toda la legislación penal.

Desde este punto de vista, el papel del juez deja de ser el de mediador de los conflictos sociales, para pasar a ser una instancia más de ejecución de la ley; de modo que en la interpretación de los derechos prima la razón de Estado y no los derechos de los ciudadanos. Así, bajo una concepción eficientista del derecho, se declaró la exequibilidad de los decretos de conmoción interior que habían sido dictados por la inminente salida de prisión preventiva de algunos líderes.



De acuerdo al autor Luigi Ferrajoli, los pilares de la modernidad, son tres: el Estado, el mercado y la comunidad. En particular, es de importancia el desarrollo del principio del Estado, pues sobre éste se estructura el derecho de la modernidad como un monopolio de la palabra por parte del Estado. En efecto, la teoría pura del derecho, que es tal vez la mejor exposición de lo que es el derecho moderno, es producida en la segunda época del capitalismo, en la cual, bajo el paradigma de las ciencias naturales, todas las disciplinas se construyen con el fin de superar la ansiedad de contaminación, esto es, todas éstas se instauran como espacios libres de interferencias de los otros aspectos de la sociedad; como puede ser la política y la moral.

Sin embargo, la pretensión formalista del derecho moderno condujo, paradójicamente, a una extensión de su racionalidad a todos los ámbitos de la vida cotidiana, de modo que todos ellos se vieron envueltos en una creciente juridificación y control legal; negando el espacio a cualquier otro tipo de solución de los conflictos. Así, la juridificación o hiperlegalización de la realidad social produjo relaciones estandarizadas como la producción en serie, la unificación de hábitos y el empobrecimiento de las clases populares con la intención de transformar ciudadanos autónomos en clientes, o incluso víctimas; de estados burocráticos cada vez más autoritarios.

Frente a este estado del derecho moderno, surgen una serie de regulaciones no estatales que dan solución efectiva a los conflictos entre los particulares, de manera que cada vez es menor la intervención de los jueces en la solución de los conflictos;



reduciéndose poco a poco el índice de litigiosidad en los despachos judiciales y aumentando en otras instancias.

En este proceso la judicatura pierde cada vez más poder no sólo por su ansia de contaminación, según la cual todos los conflictos tienen que ser tramitados por la forma jurídica, sino también por su característica estatal; de modo que sólo comprenden como derecho el derecho estatal y su función de juzgar y solucionar los conflictos es una función estatal de tercero neutral.

Como es natural, la lógica que guiaba al derecho estatal que es una lógica de suma cero en teoría de los juegos, es reemplazada por lógicas de negociación o gobernadas por el principio de ceder un poco y ganar un poco. Tal modificación de lógicas explica de manera clara por qué el principio del stare decisis no es manejable bajo ninguna de las teorías de la adjudicación actualmente vigentes en el marco del derecho; pues ellas no explican el nuevo papel que le cabe a los jueces y tampoco dan cuenta de la desacralización de la ley frente a la sacralización de los derechos.

Vistas así las cosas, cabe decir que en la situación actual, la administración de justicia tiene poco que ofrecer para la solución de los conflictos que se presentan entre los particulares, no sólo porque los grandes conflictos y los más íntimos conflictos como el no pueden ser solucionados por la vía jurídica, sino porque la idea del Estado se encuentra cediendo lugar a la idea de contextos y de mediaciones, esto es, a la idea de terceros negociadores no neutrales involucrados en el conflicto, con una actitud



participativa y no objetivadora, que no forman parte del Estado y que, por tanto; sólo cuentan con la retórica como arma para hacer valer la decisión tomada.

En este contexto, el papel de la judicatura es cada vez más limitado y destinado a desaparecer. En su lugar vemos aparecer un nuevo tipo de juez, aquel que es miembro de la comunidad; que se involucra en el conflicto porque éste le afecta y que busca la solución más justa y no la más correcta formalmente.

En síntesis, el derecho y el juez deben hacer política, moral, retórica, esto es, deben contaminar su decisión y, por ello; no ceder más a la ilusión del sistema.

Así las cosas, en la relación que se traba entre el derecho penal y la posmodernidad, lo que se ve es la crisis del sistema y la presencia de nuevos sujetos en la esfera pública, los cuales exigen un lugar en el derecho y la posibilidad de juzgar sus propios conflictos en los términos de su propias culturas; tal y como se hace con el pensamiento indígena y con los diversos mecanismos de resolución alternativa de los conflictos.

4.6. Análisis de su influencia en el ámbito jurídico penal de Guatemala

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



ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo sino un eslabón de la cadena; como última ratio para la solución de los problemas sociales.

Es fundamental incluir en la elaboración de la dogmática de la teoría del delito finalidades políticas y criminales. También es fundamental el análisis de los problemas que suponía una política criminal que quisiera resolver los problemas del derecho que no son propios del derecho penal o el derecho penal, lo que desde luego presupone, un peligro para las garantías y derechos del ciudadano frente al poder punitivo del Estado; el carácter de última ratio y el principio de intervención mínima del derecho penal.

Las críticas al garantismo parecen no acabar, y su modelo de bienestar del derecho penal señala que este modelo ya no da las claves a los juristas guatemaltecos para interpretar los recientes cambios politicocriminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. Éste señala como pecado original del galantismo al inmovilismo y de acuerdo al autor Luigi Ferrajoli, quien lo ejemplifica en tres aspectos:

- El desprecio a todo lo que suponga abandonar sus principios;
- El principio de intervención mínima como la principal base del galantismo;
- La correcta interpretación de las leyes como directriz de la correcta aplicación de las leyes.



Los planteamientos novedosos son importantes, con el objetivo de seguir garantizando la convivencia o el bienestar social, al fin esos son ideales del derecho penal clásico, lo que verdaderamente preocupa es que ante la carrera por alcanzar dichas creaciones estructurales o novedosas teorías se violenten principios fundamentales o les reduzcamos a su mínima expresión, que legitimemos o autoricemos al Estado, para con el pretexto de garantizar la seguridad ciudadana se violen las garantías individuales de sus gobernados; eso si verdaderamente preocupa y es lo que a toda costa se trata de impedir.

El autor Luigi Ferrajoli, señala que: Antes de pretender dar una postura concreta, se comienza dando por sentada como se ha señalado una vidente existencia de lo que se puede denominar un moderno derecho penal, es decir, aquel derecho penal que tanto a nivel de pensamiento como en su actuar práctico; presenta las siguientes características:

- Prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica;
- Se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias;
- Es más favorable, por tanto una concepción teórica preventiva que retributiva;
- Intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.

No es oculto que la mayoría de los Estados democráticos de derecho atraviesan por problemas de diversa índole, a saber, sociales, políticos y económicos; a los que por supuesto se les puede atribuir diversas causas, pero también es cierto, que en todas



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

El autor Juan Fernández Carrasquilla, señala que: “Al transformar en derecho penal lo que no es derecho penal, más bien no debería serlo, tomando como motivo o justificante de intervención penal que cualquiera puede ser víctima, por tanto, el motivo de intervención penal es la ya referida seguridad de todos en general; no la posible lesión de un bien jurídico en particular”.³⁵

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

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

³⁵ Fernández. **Ob. Cit.**, pág. 80



CONCLUSIONES

1. La sociedad guatemalteca afronta la problemática de la falta de un adecuado control social derivada del incumplimiento de las normas penales, al no utilizar los instrumentos y las sanciones que eliminen las conductas ilícitas en contra de los responsables de su comisión.
2. Las controversias relacionadas con la determinación de las características y elementos que informan el derecho penal garantista, se definen mediante las teorías penales y con las formas en que el Estado guatemalteco y su legislación vigente las aplican en el derecho penal vigente.
3. La problemática que surge en la determinación del garantismo penal no ha permitido la transformación de Guatemala en una sociedad pacífica, que permita la existencia de poderes públicos fieles y permanentes; asegurando la correcta aplicación de normas penales.
4. No existe actualmente en la legislación penal guatemalteca la adecuada protección para que se aplique un derecho penal garantista, siendo común la existencia de delitos de peligro abstracto y de normas penales en blanco; que no permiten la tutela de los bienes jurídicos lesionados.





RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Público debe establecer y estudiar el derecho penal garantista para que exista en el país un debido control social, mediante la adecuada utilización de mecanismos e instrumentos de control que permitan definir y corregir a través de la aplicación de sanciones; las conductas antisociales y antijurídicas.
2. Los Juzgados de Primera Instancia Penal deben indicar la importancia de determinar los elementos y características del derecho penal garantista, para definir las teorías penales y los medios que utiliza el Estado de Guatemala y la legislación penal vigente al aplicar las normas jurídicas.
3. El Gobierno de Guatemala mediante el Congreso de la República tiene que dar a conocer que la debida aplicación de normas penales es coadyuvante de la correcta aplicación del garantismo penal, que permite la transformación y convivencia pacífica, con poderes públicos fieles; permanentes y libres de violencia.
4. La Corte Suprema de Justicia mediante el Organismo Judicial debe establecer la importancia de proteger el derecho penal garantista, para que los delitos de peligro abstracto y las normas penales en blanco no sean un obstáculo; para tutelar los bienes jurídicos lesionados.





BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.
- CEREZO MIR, José. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. UNED, 1998.
- CÓRDOBA ANGULO, Miguel. **El principio de culpabilidad.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Universitaria, 1993.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1988.
- CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1954.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy.** Madrid, España: Ed. Jurídicas, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teorías del garantismo penal.** Madrid, España: Ed. Trota, 1997.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abelleo Perrot, 1970.
- GUTIÉRREZ PAEZ, Estuardo. **Los derechos humanos.** México, D.F.: Ed. Temis, 1989.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Introducción a la imputación objetiva.** Bogotá, Colombia: Ed. Universitaria, 1996.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.
- PANSINI, Gustavo. **Tendencias actuales del derecho público en el derecho privado; cual es el futuro del derecho penal.** Bogotá, Colombia: Ed. Universitaria 1996.
- REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación objetiva.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1997.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1999.



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

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

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

Legislación:

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

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

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