



INSTITUTO DE LA DEFENSA
PÚBLICA PENAL

REVISTA DEL DEFENSOR

8





USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

Seguridad y Justicia

"La realización de este documento, fue posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos de América proporcionado a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido aquí expresado es responsabilidad exclusiva del Instituto de la Defensa Pública Penal y el mismo no necesariamente refleja las opiniones de la USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América"

Revista del Defensor No. 8
1ra. Edición, Guatemala octubre de 2013

M.A. Blanca Aída Stalling Dávila
Directora General IDPP

M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

CONSEJO EDITORIAL

M.A. Otto Anibal Recinos Portillo
M.A. Raúl René Robles de León
Lic. Hans Aarón Noriega Salazar
M.A. Hugo Roberto Saavedra
Lic. Alfredo Aguilar Orellana
M.A. Samuel Vilalta Aguilar

Tratamiento de Contenido

M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

Diseño y Diagramación

Luis Fernando Hurtarte
Diseñador Gráfico

Revisión de Estilo
M.A. Sara Marisol Mejía Alburuz
M.Sc. Eugenia Sandoval de Paz



I D P P

Instituto de la Defensa Pública Penal

Índice

	Página
1. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN PENAL Licda. Nydia Arévalo Flores de Corzantes	9
2. LA PRUEBA INDICIARIA Y ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL Dr. Manuel Miranda Estrampes	27
3. LA CESURA DEL JUICIO M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes	59
4. SEGURIDAD VERSUS DERECHOS Y LIBERTADES CIUDADANAS (Un pensamiento filosófico) Lic. Luis Enrique Quiñonez Zeta	81
5. SUSTITUTIVO PENAL POR HUMANIDAD A LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD, CON PADECIMIENTO TERMINAL O CON DISCAPACIDAD FÍSICA. M.A. Julio César Zuñiga	97
6. ANÁLISIS DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO PARA EL SECUESTRO Alcances y consecuencias de su regulación en el Código Penal Guatemalteco. Lic. Alexander José Pacay Mendoza	111
7. CRIMINALIZACIÓN DE LAS IDEAS DELICTIVAS EN EL DELITO DE CONSPIRACIÓN M.A. Hugo Roberto Saavedra	125
8. ¿ES CONSTITUCIONAL LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA DEL TRÁMITE DEL PROCESO DE AMPARO CUANDO NO ESTÁ REGULADA ESTA FACULTAD TAXATIVAMENTE EN LA LEY CONSTITUCIONAL DE LA MATERIA? Licda. Ingrid Romero Escribá	137

9. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN CASOS CONCRETOS 151
M.Sc. Edgardo Enrique Enríquez Cabrera
10. EL RESPETO A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO DURANTE EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL 171
Lic. Hans Aarón Noriega Salazar
11. “LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN DEL AUTO QUE DENIEGA, OTORGA O REVOCA EL AMPARO PROVISIONAL” 185
Lic. Remberto Leonel Ruíz Barrientos
12. ARGUMENTACIÓN Y SENTENCIA. APRECIACIÓN ERRÓNEA DE LA SENTENCIA COMO SILOGISMO Y EL HECHO NOTORIO. 201
Lic. José Alfredo Aguilar Orellana

EDITORIAL

Con enorme privilegio se presenta la octava edición de la revista del Defensor del Instituto de la Defensa Pública Penal, la que pervive por la valiosa colaboración de Defensoras y Defensores Públicos, e invitados especiales interesados en presentar contenido innovador y actualizado relacionado con la tarea del Defensor y otras ramas conexas del derecho. Esta Revista tiene como propósito invitar a la reflexión y análisis de los grandes problemas jurídicos que enfrentamos recurrentemente. Por tal razón cada vez es mayor, la demanda que tiene esta tribuna de expresión la cual puede ser consultada en la página Web de nuestra Institución y por su puesto de manera física.

En esta octava edición se presentan doce artículos de calidad, de los cuales los autores se hacen responsables de la totalidad de su contenido. Estos artículos han sido seleccionados bajo el criterio de relevancia actual y de incidencia en el campo jurídico. La proyección de los mismos se orienta a que el lector conozca mayores temas de contenido y le sirvan de punto de referencia para que en un momento preciso puedan ayudar a resolver la problemática cotidiana y de esa manera puedan desenvolverse de mejor forma en su campo laboral y académico.

En esta ocasión la revista presenta tópicos como: La cesura del juicio; La prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal, la criminalización de las ideas delictivas en el delito de conspiración; el recurso extraordinario de casación penal; la inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos y otros de gran importancia y trascendencia en el ámbito penal.

Sirva la presente edición como un aporte doctrinario de consulta para abogados y estudiosos del derecho, aclarándose que no tenemos la verdad absoluta y que las críticas nos permitirán enriquecer nuestro conocimiento en el área que corresponda.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN PENAL



EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN PENAL

Licda. Nydia Arévalo Flores de Corzantes

INTRODUCCIÓN:

Este recurso extraordinario, altamente técnico, formalista, con motivos tasados y posibilidades limitadas, representa para el defensor público un mecanismo útil y preciso para enfrentar los fallos que causan agravio, esta impugnación está enfocada a enfrentar las sentencias con vicios de procedimiento o errores en la aplicación del derecho sustantivo, que producen fallos injustos, provocan tipos penales que no responden a los hechos, fijan penas desproporcionadas, entre otros; pero sin lugar a dudas, es la solemnidad, el rigor y la complejidad de este medio de impugnación, el llamado interesante y atractivo que nos hace inclinarnos a tratarlo más a fondo.

Por lo anterior, se estima que para poder comprender el porqué de sus particularidades, de sus motivos restringidos y el hecho de que sus fallos producen jurisprudencia, es necesario realizar una investigación sobre orígenes, antecedentes históricos, características, procedencia, requisitos y procedimiento, para finalizar en sentencias, alcances y efectos. Se considera importante, realizar este estudio, para poder arribar al status actual de este recurso extraordinario, motivo por el cual, se aprovecha esta valiosa oportunidad, para compartir algunas experiencias obtenidas al recurrir a tan especial y técnico medio de impugnación, fomentando de esta forma su mayor utilización dentro de nuestro diario quehacer como defensores públicos.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

Al tratar de establecer los antecedentes más importantes y remotos de este recurso extraordinario, se encuentra que es a partir de la Revolución Francesa, hecho histórico trascendental en la humanidad, donde generalmente se reconoce su origen, sin embargo; otros pasajes de la historia citan vestigios rudimentarios del mismo, cuya importancia e impacto fueron los que forjaron los elementos fundamentales de este recurso, de tal forma que surge la siguiente pregunta: ¿En donde se encuentran los orígenes del recurso de casación?

Brevemente se puede señalar que se encuentran los orígenes de este recurso extraordinario, en primer término en el Derecho Romano, específicamente en el período republicano, en esta época histórica no se concebía siquiera que una sentencia fuera atacada por medio de una impugnación (por medio de un recurso) ya que solo se admitía una acción de nulidad por violaciones formales, la sentencia no estaba sujeta a término que llevara a la declaración de inexistencia. En consecuencia su único y fundamental aporte radica en la distinción de errores in iudicando.

En el Derecho Intermedio, es donde aparece un aporte significativo: la querela nullitatis y su distinción de la querela iniquitatis del derecho estatutario italiano y del derecho común que permitía presentar ante un juez superior o de mayor jerarquía jurisdiccional, un fallo denunciado de contener un error iuris in iudicando y por error in procedendo, relativos al error procesal del motivo de forma y al error de derecho del motivo de fondo.

Es en el Derecho Francés, donde se estima que esta fincado su verdadero origen, ya que es aquí cuando emerge en el llamado Conseil des Parties, (órgano de control de asuntos judiciales), este era un órgano de carácter administrativo a cargo del soberano, que no solo revisaba pronunciamientos judiciales, sino que en forma paulatina fue asumiendo la facultad de dictar normas de interpretación. Posterior a la revolución francesa, nace el Tribunal de Casación que fue creado como un órgano autónomo de los demás poderes del Estado su única diferencia con el

Conseil des Parties es que este dependía del soberano. Luego, bajo el proceso de la codificación Napoleónica, la interpretación normativa apareció y es en esta etapa histórica que surge el motivo del recurso de casación, es decir encontramos cual es su finalidad, y este era el lograr la unificación de los fallos a través de sus intervenciones al hacer una interpretación del derecho.

En el año de 1837 se establece una Cour de cassation órgano jurisdiccional al que se le asigna la misión de unificar la interpretación del derecho a través de su intervención. Ya no tenía la única función de corrección (casatoria) de decisiones individuales, sino se le facultaba para que ante divergencias interpretativas sobre distintas normas estableciera la interpretación que debía entenderse como correcta y por lo tanto aplicable. En el derecho Francés aparecen los términos “annuler” y “casser” anular y casar. El tribunal de casación o Tribunal de Cassation, era igual al Conseil des Parties, representaba la suprema garantía de justicia frente a la violación de ley.

2. CONCEPTO:

Es muy interesante destacar cómo este medio de impugnación adquiere características propias, singularidades, requisitos y finalidad en el curso de la historia, los cuales permiten presentar una definición que lo identifican en la actualidad, por lo que respetando un mejor criterio, se comparte el concepto que proporciona sobre este recurso el tratadista¹ Fernando de la Rúa, quien logra conjugar sus elementos propios, al establecerlo como: “una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo, exigido por la Constitución para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva” Elevar este

¹Fernando de la Rúa, La Casación Penal, página 22, Ediciones Buenos Aires. Argentina. Año 1994.

instrumento de carácter procesal a una institución para garantizar la corrección de un proceso, significa el respeto a las garantías fundamentales de las personas en juicio. Por lo anterior no cabe duda de la trascendencia e importancia de este medio de impugnación para el respeto de las mismas, trayendo para este efecto, la calificación que de este medio de impugnación hace el tratadista Jaime Guasp al decir que la casación es un² “Recurso extraordinario por antonomasia” al referir su excelencia. El derecho procesal penal guatemalteco, hace suyo este medio de impugnación y lo regula en el artículo 438 del Código Procesal Penal, al establecer que “El recurso de casación esta dado en interés de la ley y la justicia, y podrá ser interpuesto por las partes.” Es fundamental destacar que nuestra ley procesal tiene dos presupuestos fundamentales: en primer lugar cita el interés de la ley y de la justicia, para establecer posteriormente que sólo las partes están facultadas para su interposición, de tal cuenta el artículo citado, no indica propiamente cual es el fin de este medio de impugnación, para tal efecto, se debe analizar profundamente, ya que de la lectura del mismo, determinamos que la base sobre la cual descansa la casación penal en nuestro país, responde al interés de la ley y está sometido por consiguiente a la justicia.

3. OBJETIVO DEL RECURSO:

Cuando analizamos en el código procesal penal, en lo relativo al recurso de casación, establecemos que textualmente no expresa cual es la finalidad del recurso de casación y sin embargo todos hemos observado que al dictar sentencia la cámara penal cita en primer lugar y por separado del fallo, la doctrina legal o bien jurisprudencia, sobre la cual basa su decisión, a pesar de que taxativamente no hay un artículo que así lo contemple en forma concreta, como ocurre en el derecho procesal civil, que claramente contempla y refiere, la llamada doctrina legal o jurisprudencia. Pero, pese a la falta de normativa en el tema, estimamos que debe recurrirse a la historia y naturaleza de este recurso para poder saber que la finalidad del recurso de casación lo constituye la unificación de las interpretaciones jurisprudenciales y en consecuencia la creación de doctrina legal.

² Jaime Guasp, Derecho procesal civil II, página 803, 3ra edición. Madrid, España. Año 1968.

Y sobre este tema el³ Doctor Cesar Barrientos Pellecer resalta que el objetivo (la finalidad) de la casación, es esencialmente unificar los criterios judiciales, es decir crear por este medio la doctrina legal, además, es un instrumento procesal en defensa de la ley.

4. CARACTERÍSTICAS:

Podemos observar claramente, cómo la historia forjó este medio de impugnación dotándole de particulares y elementos propios que aún permanece en la actualidad. Ahora bien, en cuanto al carácter del recurso extraordinario de la casación es un tema importante de resaltar, ya que es una característica propia y compleja, tema desarrollado de una forma muy sencilla por el fiscal del tribunal supremo de Madrid España José María Luzón Cuesta quién dice:⁴ “la casación, no difiere en el ámbito civil y en el penal, ha sido considerada como el proceso de impugnación de una resolución judicial, ante el grado supremo de jerarquía judicial, por razones inmanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada”. Basándonos en tan clara explicación podemos sintetizar diciendo que su carácter de extraordinario lo adquiere por ser un medio de impugnación de una resolución judicial, presentada, diligenciada y resuelta por el órgano supremo de la jerarquía judicial, por razones inherentes al proceso en que la resolución fue dictada.

En conclusión, podemos señalar que ese carácter de extraordinario, descansa en los siguientes puntos:

- Lo conoce el más alto tribunal del orden judicial.
- w Procede en casos taxativamente establecidos por la ley.
- w Crea jurisprudencia o doctrina legal.

Este recurso, se identifica por tener características propias que a su vez lo diferencian de otros medios de impugnación, al respecto nos permitimos señalar las más significativas:

³ Barrientos Pellecer, César, Derecho Procesal Guatemalteco, Primera Edición, Editorial Magna Terra Editores, 1995, Pág. 147.

⁴ José María Luzón Cuesta, El recurso de Casación Penal, página 15, Editorial COLEX, Madrid, España, año 1993.

1. Formalista y altamente técnico: Este medio de impugnación requiere de cumplir con requisitos de forma y fondo en su presentación, atendiendo a lugar, forma y tiempo, los cuales de no ser observados produce su inadmisibilidad. Arto 445 código procesal penal.

2. Es un recurso extraordinario. Debe ser conocido por el tribunal superior en la jerarquía judicial. (Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal) Procede en casos específicos y establecidos por la ley. Arto. 443 código procesal penal.

3. Sus motivos de interposición están legalmente tasados: Este recurso se caracteriza porque sus motivos de interposición están legalmente tasados; Arto.439 código procesal penal.

4. El tribunal de casación conocerá sobre estos motivos exclusivamente. A ellos se reduce el conocimiento del Tribunal llamado a resolverlos. Arto. 442 código procesal penal.

5. FINES DEL RECURSO:

A continuación presentamos algunas opiniones acerca de su fin, atendiendo por supuesto a su carácter y a su historia:

1. Los fallos de casación originan la creación de jurisprudencia o doctrina legal. Sobre este tema, hemos venido señalando que cuando nos es notificado un fallo de casación, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia por separado cita la doctrina legal en la cual basa o sienta su decisión final, este criterio reiterado formado por el conjunto de sentencias que han resuelto previamente y que son emitidos en forma consecutiva, sobre el mismo asunto y a su vez son emitidos por el más alto Tribunal, y estos criterios constituyen los precedentes que robustecen las próximas impugnaciones ante este mismo u otro órganos jurisdiccionales, según sea el caso.

2. La unificación interpretativa de las normas, constituyen los precedentes que garantizan la seguridad jurídica, que no es otra cosa que la igualdad de trato del órgano que resuelve, ante igualdad de circunstancias y de hechos.

3. Al presentar este medio de impugnación se denuncia una violación a normas procesales o sustantivas penales o de ambas, esperando del máximo órgano jurisdiccional la corrección correspondiente. En consecuencia, la revisión de la aplicación de la ley es uno de sus fines. Entre otras.

6. IMPUGNABILIDAD OBJETIVA:

No todas las resoluciones judiciales pueden ser impugnadas por este recurso, situación que responde a la subjetividad objetiva, que se refiere cuales son las resoluciones que pueden ser objeto de este recurso, es decir aquellas que expresamente estén establecidas por la ley procesal penal vigente y respecto de las cuales este medio de impugnación resulta procedente. Arto. 398 del código procesal penal.- Sobre este tema, estimamos necesario plantear las siguientes preguntas: ¿Tiene carácter definitivo la sentencia de segundo grado, que declara con lugar el recurso de apelación especial por motivos de forma? ¿Puede ser impugnada por medio de la casación? ¿Cómo se enfrenta una sentencia de este tipo, que nos causa agravio? ¿Cómo atacar una sentencia de segunda instancia que declara con lugar el recurso de apelación especial por motivo de forma, contra una sentencia absolutoria obtenida en Primera Instancia, que recurso presento; casación o amparo? Para poder responder estas preguntas, debemos señalar que el recurso extraordinario de casación procede únicamente contra las sentencias que tienen carácter definitivo, tal y como lo dice el: artículo 437⁵ del código procesal penal, para establecer si es o no definitivo el fallo de segundo grado, debemos analizar cuál es el efecto de una sentencia de apelación

⁵ Las sentencias definitivas dictadas por los tribunales de sentencia o en contra de las resoluciones que integran la sentencia en el caso de la cesura del debate. Los autos de sobreseimiento dictados por el tribunal de sentencia. Las sentencias de los jueces de primera instancia en el procedimiento abreviado. Los autos de los jueces de primera instancia que declaren el sobreseimiento, clausura, excepciones u obstáculos a la persecución penal. Artículo 437 del código procesal penal.

especial por motivo de forma y fácilmente concluimos en decir que este fallo anula la sentencia impugnada y denunciada de vicios de procedimiento y ordena el reenvío a efecto que el tribunal integrado con nuevos jueces conozcan el asunto sin los vicios señalados, por lo tanto, esta sentencia no tiene ese carácter de definitividad, entonces, sólo puede ser atacada por medio de una acción constitucional de amparo y si es declarado improcedente, puede apelarse el mismo ante la Corte de Constitucionalidad.

7. IMPUGNABILIDAD SUBJETIVA

Para Alberto Binder es la exigencia al interés directo, es decir, es el requisito razonable para la viabilidad del derecho a recurrir, la existencia de agravio, ya que la impugnación no es un simple mecanismo disponible, sino un mecanismo destinado a dar satisfacción de un interés real y legítimo. Entonces: ¿Qué interés puede tenerse en impugnar un fallo, quién no es afectado por el mismo? Sobre este agravio o interés en recurrir, se resume en indicar que es el perjuicio que produce una resolución judicial. Ese perjuicio no es suficiente que la decisión judicial sea desfavorable a sus intereses, para que sea agravio es necesario que la misma este basada en una violación al derecho sustantivo o procesal y que este error judicial este contenido en uno de los casos de procedencia de este recurso extraordinario. De tal forma que el agravio faculta a las partes para poder recurrir por medio de la casación, siendo estos:

El acusado y su defensor, incluso en forma autónoma. El Ministerio Público.

El querellante y las partes civiles.

Se aprovecha este apartado, del interés directo para cuestionarnos si el Ministerio Público, puede impugnar por medio de este recurso en favor del sindicado, sobre todo se toma en consideración lo expuesto sobre el agravio. Al parecer, si el ente acusador es objetivo, estaría facultado para hacerlo, pero cabe señalar que en todos los años de estar en la unidad de impugnaciones del instituto, jamás hemos visto tal actitud procesal.

Tan importante es señalar el agravio, como lo es enfocarnos en los requisitos que se deben cumplir en la presentación de la impugnación, recordando que sólo puede ser planteado por las partes siempre y cuando cumplan con las disposiciones de los artículos 398 al 401 Código Procesal Penal. Base fundamental para la interposición de este medio de impugnación está en la concurrencia del motivo, entendiéndose por este:⁶ “la enumeración taxativa de los motivos que permiten la interposición del recurso de casación siempre que la resolución sea recurrible.”

8. MOTIVOS:

Nuestro ordenamiento procesal penal, establece que los motivos de procedencia del recurso extraordinario de casación, pueden clasificarse atendiendo al vicio, de tal forma encontramos que sí es por vicios de procedimiento o por vicios de juicio, es decir que la diferencia entre ambos es sí se refiere a ley procesal penal o a ley sustantiva penal. Sus motivos pueden ser:

De Fondo: Cuando se motive en infracciones a la ley que influyan decisivamente en la parte resolutive de la sentencia o auto recurrido, y;

De Forma: Cuando se motive en violaciones esenciales de procedimiento.

El tribunal de casación únicamente conocerá de los errores denunciados en el recurso y contenidos en la resolución; la violación de una norma constitucional o legal autoriza al tribunal a disponer la anulación o reenvío para la corrección correspondiente. Para plantear el recurso, es necesario encuadrar el vicio en estos dos motivos y posteriormente, es necesario encontrar el sub motivo de procedencia, para ese efecto el artículo 440, del código procesal penal, regula que procede el recurso por motivos de forma y cita taxativamente 6 sub motivos de procedencia y el artículo 441 del mismo cuerpo letal establece los⁷ motivos de Fondo y contempla la existencia de 5

⁶ José María Luzón Cuesta, El recurso de Casación Penal, Página 42 Editorial, COLEX, Madrid, España, año 1993.

⁷ Artículo 441 código procesal penal. “Cuando por la errónea interpretación, la indebida aplicación o falta de esta se produce la violación de normas constitucionales o legales y dicha violación haya tenido una influencia decisiva en la parte resolutive de la sentencia o auto...”

sub motivos de procedencia. Por lo anterior, es que este recurso entre sus característica principales, está la de lo limitado de sus casos de procedencia.

9. REQUISITOS DEL RECURSO:

Para interponer un recurso extraordinario de casación debe de satisfacerse ciertos requisitos, los que se califican en:

Temporales: Se interpone la impugnación ante la Corte Suprema de Justicia dentro del plazo de 15 días de notificada la resolución, o bien en el tribunal que ha emitido la resolución, de donde lo elevarán inmediatamente a la Corte Suprema de Justicia.

Formales: Debe presentarse por escrito con expresión de los fundamentos legales que lo viabilizan; con expresión clara y precisa de los artículos e incisos que autorizan el recurso, así como de los artículos e incisos que consideren violados de la ley; haciendo la indicación expresa de los motivos, de forma y/o fondo. Sin embargo, es necesario que el escrito inicial contenga otros requisitos que podríamos llamarles complementarios y su ausencia o inobservancia hacen inadmisibile el mismo. Y son:

1. Indicación de otras partes que intervienen en el caso.
2. Indicación del fallo que se impugna.
3. legitimidad e interés procesal que le asiste.
4. Enunciación de la acusación, (resumida).
5. Fundamentación legal de procedencia para la interposición del recurso.
6. Motivos de procedencia.
7. Sub motivo:
8. Fundamentación.
9. Argumentación.
10. El agravio.
11. Cómo fue decisivo el agravio y como influyó dicho agravio en a sentencia.
12. La tesis

13. Señalamiento expreso de donde está contenido el vicio.
14. La crítica al error jurídico.
15. De la corrección del error jurídico.

10. PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN.

El procedimiento de esta impugnación es muy sencillo, está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, Cámara penal, y es de la siguiente forma:

1. Se interpone dentro de los 15 días de notificada la sentencia recurrida, ante la Corte Suprema de Justicia o la Sala que dictó el fallo.
2. La Corte Suprema de Justicia, realiza el examen de admisibilidad y puede:
 - a) Mandar a subsanar o corregir en 3 días.
 - b) Cumplido el plazo sin efectuar la corrección, o no se hiciera como lo pide el tribunal, se rechazará de plano el recurso.
 - c) Darle el trámite respectivo: La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal revisa el mismo y si llena los requisitos de tiempo, modo y forma, admitirá el recurso para su trámite y solicitará los autos a la Sala.
3. Declarada la admisibilidad del recurso, la Cámara Penal solicitará los autos al tribunal respectivo y señalará día y hora para la vista, según lo establece el artículo 444 del código procesal penal, y el artículo 446 del mismo cuerpo legal, regula que la vista será oral y pública e incluso, las partes pueden presentar sus argumentaciones por medio de un escrito; sin embargo, no establece el plazo para la vista, extremo que nos hace recurrir supletoriamente a la Ley del Organismo Judicial, artículo 142 que regula el plazo de 15 días de la vista.
4. El mismo artículo 446, contempla que vencida la vista, el plazo para dictar sentencia será de 15 días.

5. La Corte Suprema de Justicia dictó una circular con el objeto de priorizar la oralidad en el procedimiento de este recurso y determinó que⁸ si la vista se realiza en forma oral, la Cámara Penal, se retiraría a analizar el caso y en el mismo momento dictará la sentencia, la cual posteriormente se notificará por la vía legal. Esta innovación se estrenó con dos colegas de esta unidad y recordamos cómo la sala de vistas presentaba un lleno total de observadores cuyo objetivo era conocer el nuevo mecanismo implementado por la Corte Suprema de Justicia.

11. ORGANIGRAMA:

15 días	3 días	15 días	15 días
Para interponerlo Arto. 443 CPP	Corrección Arto. 399 CPP	Vista Arto.446 CPP	Sentencia Arto 446 CPP

12. PROCEDIMIENTO DE CORRECCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Para la corrección del escrito de casación y para evitar que rechacen la misma, proponemos tres pasos a seguir:

1. Copiar textualmente el previo.
2. Referirse a cada corrección en forma individual.
3. Argumentar y fundamentar el previo por separado.

Efectuado de esta forma, se le cierra la posibilidad de que resuelva que no se cumplió con lo solicitado. Hacemos ver que esta resolución, en la cual se rechaza el recurso, ya que a juicio del Tribunal no se cumplió con lo solicitado, es objeto de acción constitucional de amparo.

⁸ Acuerdo número 1- 2011 de la Corte Suprema de Justicia, Reglamento de Gestión y Organización del Despacho Judicial de la Cámara Penal. artículos: 21,22, 23, 24 y 25. Audiencia, Prohibiciones para los intervinientes de las vistas públicas, deliberación, pronunciamiento decisión y sentencia.

13. SENTENCIA DE CASACIÓN Y SUS EFECTOS:

La sentencia del recurso extraordinario de casación, tendrá un efecto diferente si fue planteado por infracciones del procedimiento o si se interpuso por vicios de derecho sustantivo, si la impugnación fue planteada por motivos de forma y es acogida por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia impugnada es casada y se anula todo lo actuado, ordenándose un reenvío para su corrección sin los vicios denunciados, ahora bien; si fue planteado por motivo de fondo, el efecto es que al casar la sentencia impugnada se deja sin efecto y este alto tribunal emite un nuevo fallo sin los vicios denunciados. Pero, lo que es común para ambos motivos, es el hecho que estos fallos crean la llamada JURISPRUDENCIA.

14. ANALISIS DE UN CASO CONCRETO:

Para ilustrar el tema, citamos el siguiente caso: Los tribunales de Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, constituyen un tema novedoso y de actualidad, ya que la violencia producida en contra de algunas mujeres en nuestro país, forzaron la creación de tribunales especializados para juzgar estos casos, de allí que escogimos éste y que según la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia, lo ubica en el principio de “ne bis in ídem.”

ANTECEDENTES: Oscar Israel Reyes, se le imputo el siguiente hecho: “que discutió con su esposa, la insulto y sin motivo alguno, la golpeó con una muleta que tenía en las manos, así como con un cincho, acción que provocó a la agraviada lesiones físicas principalmente en el brazo derecho que ella utilizaba para esquivar los golpes y defenderse. La víctima presenta síntomas de tristeza, alteración en el sueño, llanto frecuente y sentimiento de culpabilidad derivado de la situación física y psicológica en su contra.” Con fecha 18 de agosto del 2011, el tribunal de sentencia lo condena como autor de los delitos de violencia contra la mujer en su forma física y

psicológica, según el artículo 7 de la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, le impone 5 años de pena en concurso ideal aumentándose la misma en una tercera parte haciendo un total de 6 años con 8 meses de prisión. Contra este fallo se interpuso recurso de apelación especial, la Sala no acogió el mismo. Contra esta sentencia se planteó recurso extraordinario de casación por motivo de fondo con fundamento en el artículo 441 numeral 5) del Código procesal Penal, se denuncia que un solo hecho produjo la violencia tanto en lo físico como en lo psicológico, instando a la pena mínima.

La Cámara Penal luego del trámite respectivo, resolvió acogiendo el recurso extraordinario de casación y su fallo se basa en la siguiente doctrina legal: “carece de fundamento jurídico la subsunción de un mismo hecho en dos delitos cuando se afecta a una sola persona y se lesiona un solo tipo delictivo, porque atenta contra el principio de ne bis in ídem, al poner un mismo hecho varias veces a cargo del mismo autor. Este es el caso cuando el tribunal sentenciante tipifica dos delitos de violencia contra la mujer con base en el artículo 7 de la ley de femicidio y otras forma de violencia contra la mujer, que lo define, establece penalidades distintas según se dé por violencia física o sexual o violencia psicológica ya que el desvalor delictivo plasmado en los elementos del tipo que contiene una mayor pena destruye o extingue el que corresponde al que tiene la menor pena, en este caso el que se configura por violencia psicológica.” Se lee en la sentencia, que la Cámara Penal casa parcialmente el fallo recurrido y modifica la sentencia de primer grado en el sentido que al sindicado se le impone la pena de cinco años de prisión conmutables a Q,5.00 diarios por las razones consideradas. Dicha persona ya recuperó su libertad.

CONCLUSIONES

- El recurso extraordinario de casación es el medio idóneo para enfrentar los fallos que producen agravio.
- Los fallos de casación crean jurisprudencia o doctrina legal, la cual debe ser utilizada para reforzar las argumentaciones de otros recursos.
- La unificación interpretativa de las normas, constituyen los precedentes que garantizan la seguridad jurídica.
- La revisión de la aplicación de la ley es uno de sus fines.

BIBLIOGRAFÍA

1. DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. César Barrientos Pellecer. Editorial Magna Terra editores, Guatemala, 1995. –
2. EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL. José María Luzón Cuesta, Editorial COLEX. Madrid, España. Año 1993. –
3. EL RECURSO DE CASACION PENAL. Fernando de la Rúa. Editorial de Palma Buenos Aires Argentina. 1996.
4. ESTUDIOS PROCESALES. Jorge Fábrega P. Tomo II. Panamá 1990.
5. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Hernando Devis Echandía. Editorial ABC, Bogota – Colombia. 1972.
6. DE LAS PRUEBAS PENALES. Eugenio Florián. Tomo II tercera edición. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1998.
7. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA. Jorge Fábrega P. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1997.
8. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL. Jesús Pérez González. Editorial Civitas Madrid España. 1984.
9. DERECHO PROCESAL CIVIL II. Jaime Guasp, 3ra edición. Madrid España, año 1968.
10. APELACIÓN ESPECIAL. Alejandro Rodríguez Barillas y Carlos Roberto Enríquez Cojulum. Editorial Rukemik Naojil. Guatemala. 2005.

LA PRUEBA INDICIARIA Y ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

H: H1, H2, H3, H4,
H5, H6, H7/P, H8



H8 + H7 + H6 + H5.
H5 + H4 + H1.
H4 + H2 + H1.
H1 + H4 + H7.

LA PRUEBA INDICIARIA Y ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Manuel Miranda Estrampes
Doctor en Derecho
Universidad Barcelona
Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional
(España)

I. Introducción.

II. Prueba indiciaria.

II.1. Concepto y naturaleza.

II.2. Diferencia entre prueba directa e indirecta.

II.3. Estructura.

II.4. Concepto de indicio.

II.5. Concatenación de presunciones.

II.6. Pluralidad de indicios.

II.7. La coartada falsa o inverosímil del acusado como contraindicio.

III. Prueba indiciaria y estándar de prueba.

IV. Anexos:

Tabla I (Presunción polibásica).

Tabla II (Concatenación de presunciones/Presunción monobásica).

Tabla III (Ejemplos de inferencias no concluyentes).

I. Introducción

A modo de reflexión introductoria hay que partir de la previa constatación consistente en el escaso rigor terminológico –se podría hablar incluso de estado de caos terminológico- que en muchas ocasiones existe cuando se habla de prueba en general y singularmente de prueba indiciaria y/o de presunciones judiciales. Constatación que tiene, entre sus causas, la situación de confusión conceptual que rodea el tema de las presunciones y, en el proceso penal, de la conocida como prueba indiciaria o por indicios, también denominada prueba circunstancial o indirecta.

Cuando se aborda el estudio de la prueba indiciaria o circunstancial nos enfrentamos a muchos mitos, prejuicios y estereotipos que son fruto de concepciones histórico-culturales bien arraigadas que, sin embargo, en la actualidad no tienen en cuenta los avances de la ciencia jurídica y, singularmente, de la ciencia del Derecho Procesal. Esto hace que, en muchos casos, nos movamos aún en un escenario caracterizado por el uso de concepciones jurídicas arcaicas.

Así, en su acepción vulgar o gramatical el término presunción es equivalente a sospecha y/o conjetura, y es precisamente este aspecto el que predomina, en muchas ocasiones, cuando examinamos el concepto de presunción judicial. Sin embargo, como trataré de demostrar en este trabajo, dicha concepción vulgar nada tiene que ver con la actual concepción técnico-jurídica de la presunción judicial.

Nadie discute la importancia que en la actualidad tiene la prueba indiciaria, fruto, entre otros factores, del desarrollo de las técnicas de investigación y de la criminalística. Importancia que ha llevado a calificar a la prueba indiciaria como la reina de las pruebas¹.

¹ ROSAS YATACO, J., “Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional”, en Anuario de Derecho Penal 2004. La Reforma del Proceso Penal Peruano, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2004, pág. 290. NEYRA FLORES, J. A., Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral, IDEMSA, Lima, 2010, pág. 687.

En esta misma línea introductoria, quiero destacar que la atención de este trabajo se centra en las presunciones judiciales o presunciones hominis, sin entrar en el examen de las presunciones legales. En todo caso, sí quiero señalar que la previsión de dichas presunciones legales puede entrar en contradicción frontal no solo con un modelo probatorio de corte cognoscitivista sino, también, con el derecho fundamental a la presunción de inocencia dado que pueden comportar una verdadera inversión de la carga probatoria en claro perjuicio del imputado. La presunción de inocencia como garantía básica del proceso penal constituye en el ámbito legislativo un límite para el legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia². Por ello, los denominados tipos penales de sospecha son incompatibles con un proceso penal construido sobre la base del reconocimiento de la presunción de inocencia como derecho fundamental³.

Al analizar el tema de la prueba indiciaria o por indicios inmediatamente afloran una pluralidad de cuestiones relacionadas con su naturaleza, estructura y función probatoria, así como con su capacidad convictiva y su adecuación para alcanzar el estándar probatorio “del más allá de toda duda razonable” (beyond any reasonable doubt), característico del proceso penal frente al estándar de la “probabilidad preponderante” (preponderance of evidence) propio del proceso civil⁴. Cuestiones que, a veces, se abordan desde concepciones distintas dando lugar a respuestas, si no contradictorias, si, como mínimo, notablemente dispares. El presente trabajo tiene como objetivo analizar algunas de estas cuestiones que hacen referencia a la naturaleza y estructura de la prueba indiciaria.

² MONTAÑÉS PARDO, M. A., La presunción de inocencia, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 38.

³ La STC español 105/1088 declaró la inconstitucionalidad del art. 509 del CP de 1973, delito de tenencia de útiles para el robo, por ser contrario a la presunción de inocencia en cuanto establecía la presunción de que la finalidad que les daba su poseedor era precisamente la ejecución de tal delito, pues dicha finalidad no puede presumirse sino que debe ser probada por la acusación.

⁴ Este estándar del “más probable que no” aparece normativizado en la Rule 401 de las Federal Rules of Evidence estadounidenses que establece que una prueba es relevante si tiene “any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence”. Según dicho criterio, entre las diferentes hipótesis posibles en torno a un mismo hecho el juez deberá preferir aquella que cuenta con un grado más elevado de probabilidad. Desde una perspectiva cuantitativa, podría afirmarse que para que una hipótesis pueda darse por probada, aplicando dicho estándar, su grado de acreditación debe ser como mínimo de un 51%.

Dicho análisis se aborda en un contexto procesal presidido por el principio de valoración racional de la prueba –o valoración conforme a las reglas de la sana crítica⁵ -, característico de los actuales modelos penales acusatorios.

II. Prueba indiciaria

II.1. Concepto y naturaleza

Puede definirse la prueba indiciaria como aquella actividad intelectual de inferencia realizada por el juzgador –una vez finalizado el periodo de práctica de la prueba-, mediante la cual partiendo de una afirmación base (conjunto de indicios) llega a una afirmación consecuencia (hipótesis probada), distinta de la primera, a través de un enlace causal y lógico existente entre ambas afirmaciones, integrado por las máximas de experiencia y las reglas de la lógica⁶.

En palabras del Tribunal Constitucional español (TCE), la prueba indiciaria es aquella caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia⁷.

A la vista de tales definiciones puede concluirse que la prueba indiciaria no es, por tanto, ni un medio de prueba, ni tampoco un elemento probatorio. Se trata, en realidad, de un método probatorio⁸, aunque algunos autores prefieran utilizar el término de procedimiento probatorio⁹. Particularmente prefiero emplear el término método probatorio pues es indicativo de que la prueba indiciaria responde a una determinada sistemática

⁵Sobre el concepto de reglas de la sana crítica puede verse CERDA SAN MARTÍN, R. Valoración de la prueba. Sana crítica, Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2011, págs. 35 y ss.

⁶SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Reflexiones sobre una reciente concepción probatoria”, Estudios de Derecho Procesal, Edit. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 373.

⁷STCE 220/1998, FJ 4.

⁸MONTERO AROCA, J., La prueba en el proceso civil, Edit. Civitas, Madrid, 1996, págs. 102-103.

⁹Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, pág. 152.

y estructura –como se expone más adelante- de cuyo cumplimiento estricto depende su propia validez y eficacia probatoria.

A través de los medios de prueba se introducen en el proceso determinadas proposiciones o enunciados fácticos (en la fase que se denomina de traslación). Por su parte, el elemento probatorio es el dato que se obtiene de la práctica de un determinado medio de prueba (bien sea testifical, pericial o documental) y que debe ser objeto de depuración por parte del juez durante la fase de valoración (por ejemplo, el testigo Sempronio afirmó que vio a Ticio disparar contra Cayo y como éste caía muerto). Por el contrario, a través de la prueba indiciaria se trata de obtener, partiendo de las proposiciones fácticas introducidas y acreditadas (depuradas), nuevas afirmaciones fácticas, mediante el empleo de máximas o reglas de la experiencia y de la lógica (reglas de la sana crítica). Estas nuevas afirmaciones fácticas integraran la hipótesis probada por el órgano judicial que deberá ser objeto de posterior subsunción en alguno de los tipos penales previstos en el Código Penal.

Dada su naturaleza de método probatorio, los CPP no contemplan una específica regulación procedimental de la prueba indiciaria, a diferencia de lo que ocurre con los medios de prueba *sensu stricto* como sucede, por ejemplo, con la declaración testifical o el dictamen pericial. Precisamente esa actividad de introducción de proposiciones fácticas en el proceso, en que se traduce el medio de prueba, debe ser objeto de concreta regulación procedimental que fije con claridad quien, cómo y cuándo debe llevarse a cabo dicha incorporación (traslación). No sucede lo mismo con la prueba indiciaria, pues, como he dicho, en cuanto que se traduce en una actividad intelectual tiene su espacio natural de actuación una vez concluida la fase de incorporación de enunciados fácticos, por lo que no precisa de una regulación procedimental externa¹⁰.

Es cierto que algunos CPP hacen mención a la prueba indiciaria al establecer que los indicios deber ser graves, precisos y concordantes -tal es el ejemplo del art. 192.2 CPP italiano y del art. 158.3 CPP peruano de 2004-, pero con ello se están refiriendo a sus requisitos, mejor dicho, a la

¹⁰SERRA DOMÍNGUEZ, M., “La función del indicio en el proceso penal”, en Estudios de Derecho Procesal, Edit. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 709.

calidad –en términos de conclusividad- de la regla inferencial que debe unir los indicios (hechos base) con el hecho a probar (hecho consecuencia), no a su reglamentación procedimental.

En conclusión, cuando hablamos de prueba indiciaria nos estamos refiriendo a un determinado método probatorio, esto es, a un método de acreditación de proposiciones fácticas relevantes para el juicio sobre los hechos que se lleva a cabo, una vez debidamente depuradas por el juez, mediante un razonamiento judicial de carácter inferencial.

II.2. Diferencia entre prueba directa e indirecta

La respuesta a esta cuestión depende, en gran medida, de la concreta posición doctrinal que adoptemos sobre el propio concepto de prueba directa. Así, un sector doctrinal niega incluso la existencia de las denominadas “pruebas directas”, afirmando que, en realidad, todas las pruebas son “pruebas indirectas”, pues en materia de prueba siempre se trata de pasar de un dato de hecho, que no es en sí mismo constitutivo del thema (factum) probandum, a otro que es el que se trata de acreditar como efectivamente producido. Otros autores, por el contrario, sostienen la radical diferenciación conceptual entre ambas pruebas como dos categorías distintas, aunque los criterios de diferenciación utilizados son distintos y las consecuencias que se derivan de ellos diferentes¹¹. Dentro de esta última orientación se incluirían aquellos autores que históricamente conceptuaban a la prueba por indicios como una prueba semiplena frente a la prueba plena cuya característica esencial era generar certeza absoluta en el juez.

Sin embargo, es posible mantener una posición que puede calificarse de intermedia, en donde admitiendo la diferenciación entre ambos tipos de prueba parte de la premisa básica de que no hay pruebas fáciles, pues ninguna pone al juez en contacto directo con los hechos objeto de prueba en el proceso¹². Así es radicalmente falso que la prueba directa coloque

¹¹Una exposición de las diferentes posiciones doctrinales puede verse en GASCÓN ABELLÁN, M., ob. cit., págs. 86 y ss.

¹²IGARTUA SALAVERRÍA, J., La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 171. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre prueba y motivación”, Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate, núm. 59, julio, 2007, pág. 89.

al juez en contacto directo con los hechos de la realidad, pues éstos sucedieron en el pasado y lo único que se incorpora al proceso son afirmaciones o relatos acerca de tales hechos (por ejemplo, lo que dijo el testigo durante su declaración en el juicio oral).

Desde esta concepción, que he calificado de intermedia, se puede diferenciar la prueba directa y la indiciaria según la relación que se establezca entre el hecho a probar y el objeto de la prueba (o mejor dicho entre los hechos que son afirmados en las dos enunciaciones). Así, existirá prueba directa cuando las dos enunciaciones tienen como objeto el mismo hecho, o sea cuando la prueba versa sobre el hecho principal que se pretende probar (por ejemplo, que Ticio fue el autor de los disparos que causaron la muerte a Cayo). Existirá prueba indirecta cuando el objeto de la prueba está constituido por un hecho diferente (que llamaré secundario, periférico o concomitante) del que debe ser probado en cuanto jurídicamente relevante para los fines de la aplicación de la norma penal (por ejemplo, cuando el testigo Sempronio en su declaración afirma que vio a Ticio comprar el arma con la que después se ocasionó la muerte de Cayo)¹³.

Conforme a esta última perspectiva, no hay diferencia ontológica, ni tampoco de rendimiento, entre una prueba y la otra¹⁴, sino que la razón de su diferencia es que apuntan a objetos diversos (hecho principal y hecho secundario o periférico). Esta diferencia primaria conlleva, a su vez, una diferenciación que podemos denominar secundaria o derivada, basada en el número de pasos inferenciales que hay que realizar o llevar a cabo. Pasos o secuencias inferenciales que siempre serán más numerosos en el caso de la prueba indiciaria que en el de la prueba directa¹⁵. Por ello, no es admisible aquel criterio que basa su distinción según se exija o no un razonamiento judicial (inferencial), sosteniendo que en las pruebas directas el hecho que se quiere probar se acredita de forma directa o

¹³ IGARTUA SALAVERRÍA, J., ob. cit., pág. 171. TARUFFO, M., "Considerazioni sulle prove per induzione", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, vol. 64, n^o. 4-2010, pág. 1167.

¹⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Prueba y convicción judicial en el proceso penal, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 51.

¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, M., ob. cit., págs. 91-92. GONZÁLEZ LAGIER, D., "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)" (II), Revista Jueces para la Democracia. Información y debate, n^o 47, julio/2003, pág. 45.

espontáneamente, esto es, sin necesidad de raciocinio judicial; mientras que en la prueba indirecta al no versar directamente sobre el hecho que se pretende probar (hecho secundario), necesitaría del razonamiento inferencial. Por el contrario, en ambos tipos de prueba son necesarios razonamientos inferenciales.

Conclusión que como expondré tiene trascendencia en el ámbito de la motivación del juicio fáctico.

Así, por ejemplo, la declaración del testigo Sempronio: “vi a Ticio disparar a Cayo y a éste caer muerto” (ejemplo clásico de prueba directa), no acredita por sí sola el hecho que se pretende probar (p: que Ticio mató a Cayo). Lo único que esta declaración prueba por sí sola es que el testigo dijo que vio a Ticio disparar a Cayo y a éste caer muerto. La declaración del testigo probará que Ticio mató a Cayo (p) sólo si dice la verdad (es decir, si su declaración es creíble, no miente, ni sufrió errores de percepción, ni errores de memoria); pero este dato (que el testigo dice la verdad por cuanto su afirmación se corresponde con la realidad) es el resultado de un haz de inferencias del mismo tipo que la que define la prueba indirecta¹⁶.

La característica de esta última es que además de estas inferencias, debe conectarse el hecho secundario con el hecho principal, conexión que también se lleva a cabo por el juez mediante inferencias¹⁷.

Puede concluirse que la diferenciación entre ambos tipos de pruebas –directas e indiciarias- se basa en el número de pasos inferenciales que hay que realizar, siempre menor en la prueba directa que en la indiciaria, en cuanto que esta última siempre va a exigir de inferencias adicionales o suplementarias al recaer sobre hechos de carácter secundario o periférico.

¹⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D., “Hechos y argumentos...”, ob. cit., págs. 44 y 45.

¹⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, J., ob. cit., págs. 172-173.

II.3. Estructura

No faltan autores que sostienen que las presunciones judiciales no son admisibles en el proceso penal y de ahí extraen como consecuencia necesaria la diferenciación conceptual entre dichas presunciones y la denominada prueba indiciaria. Posición que parte de una concepción de presunción como equivalente a mera sospecha y/o hipótesis. Frente a esta posición, otros autores sostienen que tanto las presunciones judiciales como la prueba indiciaria presentan la misma naturaleza, estructura y función probatoria¹⁸. En otras palabras, son términos equivalentes, o mejor dicho, la prueba indiciaria, como método probatorio, se desenvuelve a través de una presunción judicial (*praesumptio hominis*), opinión de la que participo plenamente¹⁹. En el momento actual el término presunción, en su acepción técnico-jurídica, ya no puede ser utilizado como equivalente al de simple sospecha o conjetura.

Situados en esta última concepción, el análisis de los elementos integrantes de su estructura permite sostener la existencia de una sustancial identidad. Los elementos estructurales de la presunción judicial y, por tanto, de la prueba indiciaria, son los siguientes:

1º. Afirmación Base (AB): dicha afirmación o conjunto de enunciados fácticos son introducidos en el proceso a través de los diferentes medios de prueba practicados y constituye el punto de apoyo o de arranque sobre el que se construye la presunción judicial. Dicha afirmación está integrada por indicios como equivalentes a datos fácticos (hechos) acreditados. Acreditación que se puede llevar a cabo por cualquier medio de prueba admitido legalmente, como se expone más adelante.

La afirmación base (AB) puede estar integrada por uno o varios indicios. Y en función del número de indicios podemos hablar de presunciones

¹⁸ Posición adoptada por la STC español 169/1986.

¹⁹ Vid. con más detalle mi trabajo *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, págs. 226 y ss.

monobásicas o polibásicas, caracterizadas estas últimas por la concurrencia de una pluralidad de indicios. Es, por tanto, un error afirmar que en este último supuesto hay tantas presunciones como indicios. La presunción judicial será única aunque integrada por una pluralidad (concurso) de indicios.

Los indicios pueden ser equívocos o unívocos. Los primeros, también llamados contingentes, son aquellos que pueden ser debidos a muchas causas o ser causa de muchos efectos. Por el contrario, los indicios unívocos o necesarios son los que conducen necesariamente al hecho desconocido²⁰.

Distinción que tiene trascendencia en orden a examinar el grado de conclusividad de la inferencia construida por el juez, como desarrollo posteriormente.

En definitiva, no hay que confundir los indicios y las presunciones judiciales. Los indicios no son ni más ni menos que la presunción, sino que forman parte de su estructura, integrándose en la AB como uno de sus elementos. El indicio es, por tanto, uno de los elementos que integran la prueba indiciaria. Indicio, como expondré más adelante, que debe estar acreditado.

2º. Afirmación Consecuencia (AC): dicha afirmación (hipótesis fáctica) deriva y se obtiene de la afirmación base (AB), pero su característica principal es que se trata de una proposición fáctica (enunciado fáctico) distinta de la que integra la afirmación base (AB) en cuanto que incorpora un dato nuevo. Esta diversidad es lo que dota de especificidad a dicha AC

²⁰ Una clasificación de los indicios, atendiendo a su diversa eficacia probatoria, puede consultarse en IGARTUA SALAVERRIA, J., en AA.VV., 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continua, núm. 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, págs. 666-667, quien distingue entre: a) indicios equiprobables, esto es, aquellos que son reconducibles, además de a la hipótesis acusatoria, a otra hipótesis con el mismo o parecido grado de probabilidad; b) indicios orientados (o de probabilidad prevalente), son aquéllos que conectan, además de con la hipótesis acusatoria, con otra hipótesis alternativa pero con un grado de probabilidad superior a favor de la primera; c) indicios cualificados (o de alta probabilidad), que acrecientan sobremanera la probabilidad de la hipótesis acusatoria, no tanto por el dato indiciante en sí sino fundamentalmente porque no se vislumbra ninguna hipótesis alternativa, y d) indicios necesarios, que son aquéllos que, en aplicación de leyes científicas o de constataciones sin excepción, excluyen la posibilidad de cualquier alternativa a la hipótesis acusatoria.

frente a la AB²¹. Precisamente la afirmación consecuencia (AC) es la que formará parte del supuesto fáctico de la sentencia, en cuanto relevante jurídicamente para el enjuiciamiento.

3º. Enlace entre afirmaciones (E): dicho enlace o nexo es el que permite el paso de la afirmación base (AB) a la afirmación consecuencia (AC). Se habla, así, del elemento dinámico de la presunción judicial. Enlace que debe ser directo y preciso, esto es, ajustado a las máximas o criterios de la experiencia comunes, a las reglas de la lógica y/o a los conocimientos científicos afianzados²². Y es precisamente este enlace el que acaba dotando de significación probatoria al indicio o indicios integrantes de la AB que resulten acreditados.

Un ejemplo de la estructura de las presunciones judiciales y, por tanto, de la prueba indiciaria así como de sus elementos integrantes puede verse en la Tabla I (Anexos) que acompaña a este trabajo.

II.4. Concepto de indicio

Hay que empezar descartando rotundamente que en la actual concepción técnico-jurídica de las presunciones judiciales y, por tanto, de la prueba indiciaria, el indicio sea equivalente a una mera sospecha y/o a una intuición, corazonada, o mera conjetura (acepción vulgar). Este era el significado que se le atribuía en la Edad Media y de ahí que se afirmara que los indicios no podían constituir prueba plena, sino solo prueba semiplena y, por tanto, insuficiente para fundamentar un pronunciamiento penal condenatorio²³, o solo permitían la imposición de una pena menor o

²¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XVI, Vol. 2º (Director Manuel Albaladejo), Edit. EDERSA, Madrid, 1991, pág. 622, destaca, de forma gráfica, que si la afirmación base está compuesta por A + B, la afirmación consecuencia (o presumida) tiene que ser forzosamente distinta de A, de B y de A + B, ya que en otro caso no existiría una nueva afirmación, sino una desintegración de afirmaciones ya existentes.

²² Vid., por ejemplo, SSTC español 174/1985; 169/1986; 51/1991; 78/1994; 17/2002; 111/2008; 109/2009.

²³ Como destaca SERRA DOMÍNGUEZ, M., ob. cit., pág. 701, en esa época los indicios únicamente permitían, cuando concurrían varios, la aplicación del tormento al objeto de lograr la confesión de los hechos, considerada como la "reina de las pruebas".

extraordinaria.²⁴

Esta acepción romano-canónica se encuentra aun presente, muchas veces, en nuestro subconsciente cuando hablamos de prueba por indicios y ello se deja traslucir en el propio lenguaje judicial y extrajudicial cuando se equipara indicio con mera sospecha. Concepción, insisto, que debe ser frontalmente descartada y desechada desde la actual concepción técnico-jurídica que aquí se propone.

En la actualidad cuando se habla de indicio, como uno de los elementos integrantes de la estructura de la prueba indiciaria (en su sentido técnico-jurídico), se debe utilizar dicho término como equivalente a dato fáctico (hecho) acreditado, esto es, una vez depurado judicialmente. El indicio no es un medio de prueba²⁵, sino un elemento (dato fáctico²⁶) de prueba a partir del cual se construye la presunción judicial²⁷.

Por tanto, tampoco cuando se alude al indicio estamos ante un razonamiento judicial, sino ante uno de los elementos de la estructura de la prueba indiciaria (elemento estático), integrado dentro la afirmación base (AB), a la que ya me he referido. Es erróneo, también, equiparar indicio con presunción. El indicio es un elemento (estructural) integrante de la presunción, concretamente, de la afirmación base (AB), pero no agota todo su contenido ni estructura. Constituye lo que podemos denominar su elemento estático, esto es, el punto de apoyo o de arranque a partir del cual se llega a la afirmación consecuencia (AC) a través de un enlace preciso y directo (elemento dinámico = E), en cuanto elementos integrantes de la estructura de toda presunción judicial, como ya he expuesto.

²⁴ TOMÁS y VALIENTE, F. "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 20, mayo-agosto 1987, págs. 12-13.

²⁵ JAUCHEN, E. M., Tratado de la Prueba en Materia Penal, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, págs. 583-584.

²⁶ ANDRÉS IBAÑEZ, P., Prueba..., ob. cit., pág. 51, nos dice que se habla de indicios porque remiten a..., señalan; son datos que indican.

²⁷ Vid. Anexos, Tabla I: indicio (H): H1, H2, H3, H4....

El indicio, en cuanto dato fáctico (hecho) o elemento de prueba, puede acreditarse por cualquier medio de prueba (testifical, documental, pericial.....)²⁸, o en los procesos que así lo admiten, a través de cualquier mecanismo de fijación procesal de hechos (como, por ejemplo, la admisión por las partes). En todo caso, debe tratarse de medios de prueba lícitos y no prohibidos por la ley.

A lo dicho con anterioridad, hay que añadir la posibilidad de que de una misma fuente de prueba puedan obtenerse varios indicios. Un ejemplo quizás sirva para explicar mejor esta afirmación: Sempronio declara que escuchó un disparo y que a los pocos segundos vio como Ticio salía corriendo de la casa de Cayo portando un arma de fuego en la mano. Si el juez, tras su adecuada ponderación, llega a la conclusión de que Sempronio dice la verdad obtendrá varios datos (fácticos) relevantes probatoriamente que tendrán la calidad de indicios integrantes de la AB: 1º. Que Sempronio escuchó un disparo, 2º. Que a los pocos segundos vio como Ticio salía corriendo de casa de Cayo y 3º. Que Ticio portaba un arma de fuego en su mano.

También cabe la opción de que un mismo indicio pueda ser acreditado por varias fuentes de prueba. Así, siguiendo con el ejemplo anterior, además de la declaración de Sempronio en el acto del juicio oral tenemos, también, la de Ulpiano quien manifestó que vio a Ticio portando un arma de fuego en la mano. En este caso, desde un plano cuantitativo, no estamos ante dos (2) indicios distintos, sino ante un único (1) indicio, esto es, que Ticio portaba un arma de fuego en la mano, acreditado sobre la base de dos declaraciones testificales distintas (dos fuentes probatorias). Por ello, no podemos incurrir en el error de identificar tantos indicios como fuentes de prueba. A la misma conclusión hay que llegar cuando el indicio es acreditado mediante la declaración de un testigo presencial y otro testigo de oídas. No habría, tampoco, dos indicios, sino uno sólo, y, además, debería prevalecer la declaración del testigo presencial y no la de referencia o de oídas, por el carácter meramente residual e insuficiente de esta última prueba para acreditar, por sí misma, un enunciado fáctico.

²⁸ Véase Anexos, Tabla I.

En todo caso, la acreditación procedente de distintas fuentes probatorias siempre presentará una mayor calidad epistemológica que los casos en que el indicio se acredite a través de una única fuente probatoria, por la mayor posibilidad de contraste y de corroboración del dato fáctico obtenido.

En definitiva, el indicio en cuanto dato fáctico integrante de la AB puede ser acreditado por cualquier medio de prueba lícito y no prohibido legalmente.

II.5. Concatenación de presunciones

Un sector de la doctrina procesalista española se muestra contraria a la admisión en el proceso penal de la denominada concatenación de presunciones o presunción de segundo grado²⁹. Esta posición viene avalada por un sector de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español (TS) al rechazar que un indicio pueda acreditarse mediante prueba indiciaria, exigiendo que el mismo quede plenamente acreditado, esto es, mediante prueba directa, dando entrada así a la regla praesumptio de praesumptione non admittitur.

El argumento principal que se alega para fundamentar esta posición de rechazo consiste en los riesgos que derivarían de la admisión de una concatenación de indicios (mejor dicho, de presunciones) en el proceso penal, en la medida en que se reduciría el grado de probabilidad de las inferencias.

No obstante, aún admitiendo este mayor riesgo, no existe ninguna razón, ni dogmática ni epistemológica, para excluir la concatenación de presunciones en el proceso penal. Es cierto, que su fuerza probatoria puede ser menor, pero no la anula ni la excluye totalmente.

²⁹ Vid., por ejemplo, MARTÍNEZ ARRIETA, A., "La prueba indiciaria", en AA.VV., La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, págs. 64-65.

La anterior posición doctrinal y jurisprudencial contraria a su admisión lo que denota, en realidad, es una exagerada prevención frente a la prueba indiciaria. Llevada hasta sus últimas consecuencias debería, en lógica conclusión, determinar la exclusión del uso de la prueba indiciaria en el proceso penal. Conclusión que, no obstante, resulta absurda y carece de todo soporte epistemológico³⁰.

Por el contrario, la práctica demuestra muchas veces el uso de dicha concatenación o cadena de inferencias. Por ejemplo, cuando mediante una prueba pericial dactiloscópica se descubre la huella de Ticio en el lugar del robo podemos llegar a la conclusión –inobjetable- de que Ticio estuvo en ese lugar, y ese dato, a su vez, puede ser usado junto a otros datos fácticos (indicios) para llegar a la conclusión de que realmente fue el autor del robo³¹. Estamos ante lo que algunos autores denominan indicios mediatos, sobre cuya base se construye una cadena de inferencias.

El TCE acabó aceptando la admisibilidad de la concatenación de presunciones. En este sentido la STCE 186/2005, FJ 6, afirma que “no cabe excluir a limine la posibilidad de que los indicios vengan a su vez acreditados por prueba indirecta, sino que ello habrá de depender de las circunstancias del caso concreto, atendiendo en particular a la solidez que quepa atribuir a la constancia probatoria de esos indicios”. No obstante, a continuación añade que “no puede ocultársenos que la ausencia de prueba directa, unida a la sucesiva concatenación de inferencias indiciarias, vendrá a arrojar mayores dudas acerca del carácter abierto o débil de la inferencia final, y a suscitar, en consecuencia, mayores interrogantes en relación con el respeto a las exigencias derivadas de la presunción de inocencia”.

En conclusión, siendo consciente de lo anterior, no hay ningún obstáculo, desde el plano epistemológico, para admitir que un indicio pueda resultar fijado mediante una presunción, integrando de este modo la afirmación consecuencia (AC) de una primera presunción judicial y, a su

³⁰ En este mismo sentido, GASCÓN ABELLÁN, M., ob. cit., págs. 154-155. TARUFFO, M., “Considerazioni...”, ob. cit., pág. 1179.

³¹ Véase otro ejemplo en Anexos, Tabla II.

vez, pueda actuar como afirmación base (AB) de una segunda presunción. Un ejemplo puede verse en las Tablas I y II que acompañan al presente trabajo (Anexos).

II.6. Pluralidad de indicios.

Tanto el TS como el TC español vienen exigiendo como requisito esencial de la prueba indiciaria la concurrencia de una pluralidad de indicios, esto es, que la prueba indiciaria, mejor dicho, la afirmación base (AB), esté integrada por más de un indicio (presunción polibásica)³², fruto de la aplicación de la regla clásica prohibitiva *indicium unus, indicium nullus*.

En línea de principio, estaría de acuerdo en que esta exigencia resulta razonable, en la medida en que cuantos más indicios concurren y mayor sea su grado de concordancia en relación con el *thema probandum*, más plausible y, por tanto, más fiable será el resultado. Dicho lo cual hay que hacer una serie de precisiones. La anterior conclusión es predicable, especialmente, de los denominados indicios equívocos o contingentes (o polivalentes), esto es, aquellos que pueden ser debidos a muchas causas o ser causa de muchos efectos, a diferencia de los indicios unívocos o necesarios que conducen necesariamente al hecho desconocido. Aunque hay que advertir que la univocidad se presenta con menor frecuencia en la práctica que los indicios contingentes.

Segunda precisión. Esta exigencia de pluralidad no puede erigirse en *conditio sine qua non* de la propia existencia de la prueba indiciaria en el proceso penal. Por el contrario, no hay razón alguna –ni dogmática ni epistémica– que impida que una presunción judicial pueda construirse sobre la base de un único indicio (por ejemplo, tal es el caso de la identificación de una huella dactilar, lo que nos permite afirmar que el titular de esa huella necesariamente estuvo en el lugar donde se localizó³³; cuestión distinta será determinar si es autor o no del robo cometido en ese lugar), en cuyo caso hablaríamos de presunción monobásica. Incluso en algunos casos, cuando la calidad epistemológica del indicio (indicio cualificado) y, por tanto,

³² Vid., por ejemplo, STC español 111/1990.

³³ Vid. Anexos, Tabla II.

su potencial indicativo sea muy elevado, es posible incluso obtener la culpabilidad de un acusado sobre la base de un único indicio cualificado (por ejemplo, en el caso anterior supongamos que la huella es localizada en el interior del cajetín donde se almacenan las monedas de una “máquina tragaperras” que apareció fracturada, donde podemos concluir que la persona a quien le pertenece la huella fue el autor de la sustracción)³⁴.

En todo caso, lo relevante no es el número de indicios (criterio cuantitativo), pues no se trata de sumar y/o acumular indicios (a + b + c + d)³⁵ sino, precisamente, su capacidad indicativa (como sucede, por ejemplo, con los indicios necesarios y los cualificados), que vendrá determinada por el enlace (E) entre la AB y la AC y, por tanto, por su capacidad de interrelación, concordancia y convergencia (criterio cualitativo). Un ejemplo de presunción monobásica puede verse en la Tabla II que acompañaba a este trabajo.

II.7. La coartada falsa o inverosímil del acusado como contraindicio

La cuestión aquí planteada guarda relación con el valor probatorio que puede concederse a la coartada esgrimida por el acusado cuando resulta acreditada su falsedad o bien resulta manifiestamente inverosímil (indicio de falsa justificación). Debate que adquiere significación constitucional desde la perspectiva del derecho fundamental a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.

Un importante sector jurisprudencial y doctrinal le concede el valor de contra-indicio, admitiendo su integración en la AB sobre la cual se construye la presunción (indicio de coartada), válido para integrar el requisito de pluralidad indiciaria.

Sin combatir frontalmente esta posición, hay que introducir una importante matización. Aún reconociendo su carácter de contraindicio, no

³⁴ Un ejemplo nos lo ofrece la STC español 135/2003, en donde el único indicio consistía en el hallazgo de las huellas dactilares del acusado en una de las puertas interiores del banco donde tuvo lugar el asalto, señalando que la inferencia alcanzada consistente en la participación del acusado en el robo resultaba lógica, coherente y con un suficiente grado de solidez.

³⁵ La suma de indicios de carácter débil no torna a la presunción en sólida y consistente.

obstante, del mismo no puede inferirse, sin más, la culpabilidad del acusado, como parece sostenerse por algunos autores³⁶. La inferencia de culpabilidad sobre la base de la falsedad y/o inverosimilitud de la coartada sería contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto comportaría una inversión de la carga de la prueba que corresponde a la acusación, incompatible con las exigencias que derivan de dicho derecho en su acepción como regla probatoria³⁷. El fracaso de la coartada lo único que permite afirmar, por ejemplo, es que el acusado no estuvo donde dice estar o con quien dice estar, o no hizo lo que afirma que llevó a cabo.

Su papel es mucho más restringido, pues debe limitarse a robustecer indirectamente el valor epistemológico de los indicios incriminatorios ya acreditados, al resultar desacreditada la hipótesis fáctica explicativa (alternativa) ofrecida por el acusado³⁸. Por ello, quizás es más correcto atribuir a la coartada falsa o inverosímil un mero valor argumentativo y no valor probatorio autónomo. En otras palabras, aportados por la acusación indicios consistentes, sólidos y suficientes (graves y precisos) de culpabilidad, la inverosimilitud de la coartada o su acreditada falsedad conllevaría, indirectamente, un robustecimiento o fortalecimiento de la hipótesis acusatoria y, por tanto, del valor epistemológico de dichos indicios así como de la solidez y conclusividad de la inferencia de participación criminal, ante la falta de una hipótesis explicativa alternativa por parte del acusado, en términos de razonabilidad suficiente para generar una duda en el juzgador³⁹.

³⁶ Vid. DÖHRING, E., La prueba. Su práctica y apreciación, Edit. EJE, Buenos Aires, 1986, págs. 227-229.

³⁷ Vid. STEDH caso Telfner vs. Austria, de 20 de marzo de 2001.

³⁸ Vid., por ejemplo, STC español 94/1990. La STCE 174/1985, FJ 4, ya estableció que “hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. Ciertamente, éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente”. La reciente STCE 111/2011, FJ 9, con cita de la STCE 55/2005, FJ 5, nos dice que “la futilidad del relato alternativo del acusado, aunque no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales inferir la culpabilidad”. Vid., también, SSTCE 229/1998, FJ 6; 155/2002, FJ 15 y 135/2003, FJ 3.

³⁹ En este sentido, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., en AA.VV., 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continua, núm. 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pág. 100.

A contrario sensu, cuando los indicios acreditados carecen de la necesaria gravedad y precisión la falsedad de la coartada o su inverosimilitud no los convierte ni transmuta en “graves y precisos” dotándolos de una mayor eficacia probatoria a efectos de fundamentar un pronunciamiento condenatorio.

Desde la óptica inversa, la consistencia de los contraindicios –entre los cuales cabe mencionar a la coartada del acusado- determina la falta de solidez y de conclusividad de la inferencia de culpabilidad y, por tanto, de la propia capacidad incriminatoria de la prueba indiciaria. Por ejemplo, si la coartada del acusado está sólidamente acreditada es evidente que la consistencia incriminatoria que deriva de los indicios aportados por la acusación decae impidiendo un pronunciamiento condenatorio por aplicación del principio in dubio pro reo. No obstante, como ya he dicho, la inconsistencia del contraindicio no da lugar, por sí mismo, a la consistencia de los indicios incriminatorios, sino que está dependerá de su grado de concordancia y convergencia.

III. Prueba indiciaria y estándar de prueba

La consideración de la prueba indiciaria como una prueba subsidiaria o de segundo grado es una concepción que aún está bien arraigada en la práctica judicial o forense, y que se deja traslucir a través de la lectura de los razonamientos probatorios. Tiene su reflejo en frases tales como “a falta de prueba directa, hay que recurrir a la prueba indiciaria...”; “la prueba indiciaria suple la ausencia de prueba directa”, y otras similares. Responde, también, a esta concepción la propia invocación que se hace a la necesidad de evitar la “impunidad de ciertos delitos” como argumento para admitir la prueba indiciaria en el proceso penal⁴⁰. En el fondo de dicho posicionamiento subyace la idea de que la prueba indiciaria sería una prueba de carácter subsidiario, supletorio o incluso un sucedáneo de prueba, de segunda categoría, en cuanto conlleva una reducción del módulo o estándar de prueba. Serían razones de defensa social las que avalarían su admisión en el proceso penal frente a determinados tipos de hechos delictivos⁴¹.

⁴⁰ Vid., por ejemplo, STC español 174/1985.

⁴¹ Una crítica a este argumento defensista puede verse en ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre prueba...”, ob. cit., pág. 88.

Con ello se establece una jerarquización entre las pruebas directas y las indirectas (indiciaria), de tal modo que éstas últimas ocuparían un escalón inferior dado, se afirma, su menor valor probatorio⁴².

Dicha concepción ha generado en el proceso penal un fenómeno de hipovaluación de las presunciones judiciales y, por tanto, de la prueba por indicios. De aceptarse esta tesis deberíamos llegar a la conclusión necesaria de que la prueba indiciaria no permite alcanzar el estándar probatorio del “más allá de toda duda razonable”, sino un estándar de menor fiabilidad. En otras palabras, si la prueba indiciaria es una prueba subsidiaria, en cuanto sólo puede acudir a ella cuando no hay prueba directa, es que el grado de convicción fáctica que permite alcanzar es inferior. Esta tesis encierra en sí misma un contrasentido, pues no resulta coherente atribuirle carácter supletorio o de segundo grado y, a continuación, admitir su condición de prueba suficiente para estimar destruida la presunción de inocencia.

Frente a esta posición, y desde la concepción de la prueba indiciaria o de presunciones como método probatorio que aquí se defiende, hay que concluir, por el contrario, que la misma no produce un nivel de convicción fáctica inferior al que pueda producir una prueba directa⁴³. Así, históricamente se distinguía entre prueba plena y prueba semiplena, reservando la primera a las pruebas directas (singularmente, la prueba testifical) y la segunda a la prueba circunstancial o por indicios. Prueba semiplena (semiplena probatio) que, como he dicho, no permitía fundar por sí sola una decisión de condena. Dicha clasificación ya no resulta admisible en el momento actual y no podemos calificar a la prueba indiciaria como una prueba semiplena en su concepción canónica originaria.

Aun admitiendo que el riesgo de error en la prueba indiciaria puede ser superior, al ser más –desde el plano cuantitativo- los pasos inferenciales a realizar, no obstante este riesgo de error existe, también, en las

⁴²Vid., por ejemplo, PASTOR ALCOY, F., Prueba indiciaria y presunción de inocencia, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1995, pág. 61.

⁴³SERRA DOMÍNGUEZ, M., ob. cit., pág. 710. MUÑOZ SABATÉ, L., Técnica probatoria, Edit. Praxis, 2ª edición, Barcelona, 1983, págs. 205 y ss.

denominadas pruebas directas, por lo que no puede servir de parámetro cualitativo para fijar una gradación jerárquica entre ambos tipos de pruebas.

Por otro lado, en la mayoría de las ocasiones la solidez de la AB depende del medio o medios de prueba utilizados para la fijación de los indicios, lo que tiene repercusión directa en la mayor o menor solidez del enlace entre afirmaciones (E).

Por eso merece elogio la afirmación que lleva a cabo el ATCE 427/2004, FJ 5, que frente a la alegación del recurrente que cuestionaba que el órgano judicial pudiera acudir a la prueba indiciaria para declarar acreditados determinados hechos cuando existía la posibilidad de comprobar su acaecimiento mediante prueba directa, rechaza este planteamiento afirmando que “en nuestro ordenamiento jurídico no puede sostenerse la prevalencia general de las pruebas directas sobre la indiciaria, ni que los órganos judiciales sólo puedan valorar la prueba de indicios con carácter subsidiario a las pruebas directas”.

Descartada toda prevalencia de la prueba directa, la capacidad probatoria de la prueba indiciaria vendrá determinada por la corrección en el uso de las reglas o las máximas de experiencia aplicadas, esto es, debe tratarse de verdaderas máximas de la experiencia, entendidas como “regularidades empíricamente observadas” (basadas en un principio de normalidad⁴⁴ y/o de causalidad)⁴⁵. Y, por tanto, de la conclusividad de las reglas inferenciales empleadas⁴⁶, esto es, de la fuerza dell’ inferenza en palabras del profesor TARUFFO⁴⁷.

Partiendo de lo anterior, puede concluirse que la prueba indiciaria no impide alcanzar el estándar de prueba del “más allá de toda duda razonable”.

⁴⁴ O como dice el TCE “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTCE 25/2011, FJ 8; 70/2010, FJ 3; 111/2008, FJ 3).

⁴⁵ Acerca del concepto de máximas de experiencia puede consultarse el libro de STEIN, F., *El conocimiento privado del Juez*, Edít. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

⁴⁶ Vid. SSTC español 220/1998; 229/2003; 109/2009; 70/2010 y 133/2011.

⁴⁷ TARUFFO, M., “Considerazioni...”, ob. cit., pág. 1171.

Desde el plano epistemológico no hay diferencias cualitativas entre las pruebas directas y las indirectas y ambas permiten alcanzar la verdad (entendida como conocimiento probable) en términos de correspondencia con la realidad⁴⁸. No puede sostenerse la tesis de que la prueba indiciaria deja un margen más amplio de duda que la directa. Como he dicho con anterioridad, la única diferencia entre ambas es el número de pasos o secuencias inferenciales, y si bien es cierto que cuanto mayor sea su número menor es el grado de probabilidad⁴⁹, ello no es obstáculo para poder fundamentar una sentencia condenatoria sobre la base de una prueba indiciaria. Todo dependerá del uso que se haga de la misma, esto es, de su buen uso y, por tanto, de su calidad epistemológica.

Por ello, no puede elevarse a la categoría de regla absoluta aquella que afirma que la prueba directa tiene más valor probatorio que la indirecta, con el argumento de que es posible fundar la decisión condenatoria del juez sobre la base de una sola prueba directa (a modo de ejemplo, cuando se afirma que la simple declaración de la víctima es suficiente para estimar destruida la presunción de inocencia). Aunque tendencialmente pueda ser así, el valor probatorio dependerá no de su carácter directo o indirecto, sino exclusivamente de la calidad epistemológica de la prueba.

En todo caso, lo que deberá ser objeto de control es la solidez y conclusividad de la inferencia, de tal modo que una inferencia excesivamente abierta o débil, en la medida en que admita otras hipótesis alternativas razonables (por probables), deberá dar lugar a que el juez se decante por aquella que más favorezca al acusado, por aplicación del derecho a la presunción de inocencia en su acepción como regla de juicio penal (in dubio pro reo)⁵⁰. La solidez de la inferencia ha venido siendo exigida por la propia

⁴⁸ Sobre el concepto de verdad como correspondencia con la realidad puede consultarse TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Edit. Trotta, Madrid, 2002; y *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010. FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

⁴⁹ En este sentido, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Edit. Trotta, Madrid, 1995, pág. 131, afirma que "es claro que cuanto mayor es el número de las inferencias necesarias para inducir de la prueba la conclusión de la responsabilidad por el delito del que es causa, tanto menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria".

⁵⁰ El derecho a la presunción de inocencia se entenderá vulnerado cuando la inferencia sea tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada: SSTC español 220/1998; 74/2006; 123/2006; 256/2007; 111/2008; 108/2009; 109/2009; 70/2010; 25/2011; 111/2011; 126/2011 y 133/2011. Vid. algunos ejemplos de inferencias no concluyentes en la Tabla III de los Anexos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, en reiteradas ocasiones, ha declarado que además de la prueba directa, sea testimonial, pericial o documental, los Tribunales pueden fundar la sentencia en prueba circunstancial, indicios y presunciones, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones sólidas sobre los hechos⁵¹.

En otras palabras, la hipótesis acusatoria podrá ser acreditada mediante prueba indiciaria, en la medida en que se descarte la opción por otras hipótesis alternativas razonables (probables)⁵². Esto sucederá cuando el cuadro indiciario sea concordante en cuanto todos los indicios, examinados en su conjunto, sean compatibles entre sí (concordancia) y apunten hacia una única hipótesis (convergencia). Dicho de otra forma, el grado de polivalencia de un indicio puede disminuir en cuanto lo conectamos o relacionamos articuladamente con los otros indicios que resultan acreditados, de tal modo que el cuadro indiciario, considerado en su globalidad, adquiera el necesario grado de concordancia y convergencia. Por ello, en cada caso sometido a enjuiciamiento el juez deberá testar el grado de conclusividad de la inferencia. Solo cuando el grado de concordancia y convergencia de los indicios permita descartar razonablemente otras hipótesis alternativas por improbables podremos afirmar que la hipótesis de culpabilidad alcanza el estándar probatorio del “más allá de toda duda razonable”. De lo contrario la presunción de inocencia como regla de juicio penal, esto es, el principio *in dubio pro reo*, impondría la necesaria absolución del acusado⁵³.

⁵¹ SSCIDH caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú, 30 de mayo de 1999, apartado 62.; caso Cantoral Benavides v. Perú, de 18 de agosto de 2000, apartado 47.

⁵² LEONE, G., “Spunti sul problema della prova nel processo penale”, *Revista Italiana di Diritto Penale*, 1956, pág. 395.

⁵³ Como afirma el TC español, el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia ha de ser «coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes..... La falta de concordancia con «las reglas del criterio humano» —la irrazonabilidad— se puede producir tanto por la falta de lógica o de coherencia de la inferencia, en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como por el carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado de la misma..... En este ámbito de enjuiciamiento sólo podremos afirmar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada..... (STCE 220/1998, FJ 4)..

El grado de solidez o de conclusividad de la inferencia se podrá controlar a través de la motivación en clave de justificación fáctica, en la medida en que la sentencia cumpla con las exigencias de completitud y suficiencia.

En sede de prueba indiciaria la motivación fáctica exigirá que el Juez o Tribunal explicité los indicios y los medios a través de los cuales han resultado acreditados, así como las máximas o reglas de experiencia o de la lógica empleadas para pasar de la AB a la AC. Tesis que el TCE ya estableció en sus sentencias 174/1985 y 175/1985, al exigir que la motivación “expresé los criterios que han presidido la valoración de los indicios para llevarle a considerar probados los hechos constitutivos de delito”, esto es, el razonamiento inferencial empleado por el órgano judicial o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia⁵⁴.

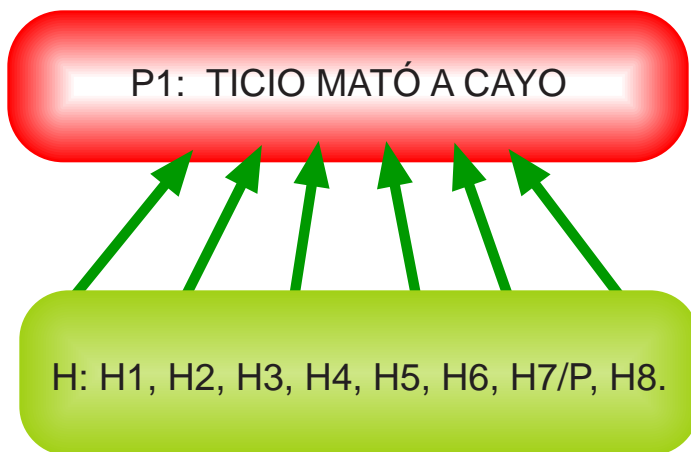
⁵⁴ Vid., entre otras muchas, SSTCE 123/2002, FJ 9; 135/2003, FJ 2; 137/2005, FJ 2b; 111/2008, FJ 3b; 25/2011, FJ 8.

IV. Anexos

Tabla I

(PRESUNCIÓN POLIBÁSICA)

AFIRMACIÓN CONSECUENCIA/AC = (P1)



AFIRMACIÓN BASE/AB = (H: INDICIOS)

- H1: Ticio y Cayo tenían malas relaciones por un problema de deslinde de tierras (testifical).
- H2: Ticio amenazó de muerte el día anterior a Cayo (testifical).
- H3: La muerte de Cayo tuvo lugar entre las 14-16 horas (pericial médico forense).
- H4: Ticio fue visto corriendo en la calle a escasas cuadras de la casa de Cayo subirse a un coche y salir a gran velocidad a primera hora de la tarde, entre las 15'30-16'00 horas (testifical).
- H5: La muerte de Cayo se ocasionó con arma de fuego (pericial médico forense).

- H6: El arma encontrada (revolver) fue la utilizada para disparar a Cayo (pericial balística).
- H7: El arma de fuego había sido empuñada por Ticio pues tenía sus huellas dactilares (pericial dactiloscópica).
- H8: En un registro practicado en el domicilio de Ticio se ocupó una camisa con restos de sangre que una vez analizados se determinó que pertenecían a Cayo (prueba pericial)

La combinación de indicios (H)⁵⁵ que puede realizarse es múltiple y, en cada caso, habrá que testar el grado de solidez y consistencia de la inferencia para alcanzar la AC (P1); a modo de ejemplo de dichas combinaciones:

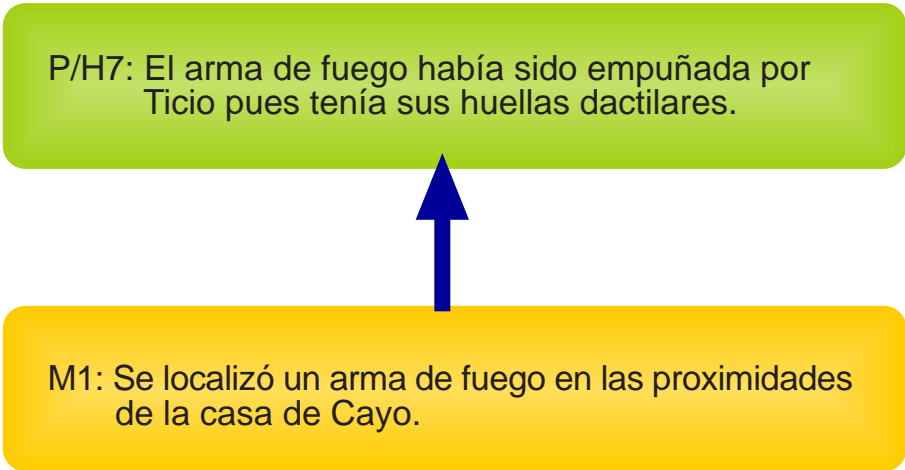
1. H8+ H7 + H6 + H5.
2. H5 + H4 + H1.
3. H4 + H2 + H1.
4. H1 + H4 + H7 [.....]

⁵⁵ A estos indicios (H) le podemos añadir como otra variable la versión que, en su caso, ofrezca el imputado.

Tabla II

(CONCATENACIÓN DE PRESUNCIONES/PRESUNCIÓN
MONOBÁSICA)

AFIRMACIÓN CONSECUENCIA/AC = (P)



P/H7: El arma de fuego había sido empuñada por
Ticio pues tenía sus huellas dactilares.

M1: Se localizó un arma de fuego en las proximidades
de la casa de Cayo.

AFIRMACIÓN BASE/AB = M1 (INDICIO)

M1: Se localizó un arma de fuego en las proximidades de la casa de Cayo
(inspección ocular policial).

El enlace (E) entre la AB y la AC se construye sobre la base de un único
indicio (M1). A su vez, la AC (P) actúa, también, como indicio (H7) de la AB
de una segunda presunción (vid. Tabla I).

Tabla III

(EJEMPLOS DE INFERENCIAS NO CONCLUYENTES SEGÚN LA
DOCTRINA DEL TC ESPAÑOL)

En la siguiente Tabla se mencionan algunas sentencias del TC español donde se estimó que la inferencia no presentaba el suficiente grado de solidez y conclusividad para estimar destruida la presunción de inocencia por lo que se anuló la condena penal⁵⁶.

SSTCE	INFERENCIAS NO CONCLUYENTES
STCE 105/1988	Insuficiencia de la simple ocupación de los efectos sustraídos en poder del acusado para concluir que fue el autor de la sustracción, o de la simple tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo.
STCE 45/1997	La simple titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca no es suficiente para concluir la autoría de dicha conducta.
STCE 157/1998	El hecho de acompañar al aeropuerto a la persona que iba a recoger la droga no es suficiente para concluir la participación de este tercero en la operación de tráfico de drogas.
STCE 24/1997	La simple posesión de unos pájaros que fueron sustraídos no es suficiente para concluir la autoría en el robo de los mismos ocurrido en la vivienda.

⁵⁶ Todas las SSTC pueden consultarse en la siguiente página web: www.tribunalconstitucional.es.

STCE 137/2002	El simple hecho de ser destinatario de un paquete postal que contenía droga no es suficiente para concluir que su destinatario conocía su contenido y participaba en la operación de tráfico de drogas.
STCE 61/2005	Del dato único de que en el mismo vehículo viajaban una semana antes los acusados no cabe concluir necesariamente que todos ellos también lo ocupaban una semana después en el momento y en el lugar donde se cometió un nuevo robo y, por tanto, fueran autores del mismo.
STCE 66/2006	Revocación de una condena penal fundada en prueba de indicios consistente en haber estado el acusado en compañía de los autores del robo de un vehículo y del atraco a una gasolinera sin inmediatez temporal en un lugar frecuentado por drogadictos.
STCE 137/2007	La asunción de las funciones de dirección y coordinación de la edición de una obra no es suficiente para concluir que el acusado conocía el plagio cometido por uno de los colaboradores y participantes en el proyecto editorial (coacusado).

LA CENSURA DEL JUICIO

Artículo 108
Artículo 353

DEFENSOR PÚBLICO

MINISTERIO PÚBLICO

LA CENSURA DEL JUICIO

M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador UNIFOCADEP

1. El debate

Durante el juicio oral y público están en juego aspectos de vital importancia para el o los acusados (su libertad e incluso su vida), el o los agraviados (respuesta a su petición), y en términos generales para la sociedad, por lo que existen garantías constitucionales que enmarcan su realización.

El debate se caracteriza por la inmediación entre los sujetos procesales, los órganos y los medios de prueba con quienes se trata de establecer los hechos contenidos en la acusación, correspondiendo al tribunal de sentencia el análisis y la valoración para establecer los extremos que lo prueban o no. De esta manera el tribunal de sentencia obtiene la visión concreta, imparcial, objetiva y directa, de cómo las partes pretenden probar sus respectivas afirmaciones.

El proceso penal guatemalteco predominantemente acusatorio tiene como principios fundamentales del juicio oral, como, el contradictorio, en el que las partes tienen igualdad de posiciones, sus propias tesis, libertad de pruebas y argumentos para que el tribunal los conozca directamente y tenga medios de convicción suficientes para dictar una sentencia justa.

En Guatemala al Tribunal se le considera como un juzgador y no un lego, por lo que es usual pensar en ¿quién soy yo para tratar de convencer al juez, es mejor no hacer nada? Generalmente se considera la planificación de las acciones tales como la preparación previa de los testigos, la forma de interrogar, la discusión final, pero planifica en la conveniencia del solicitar la división del debate como herramienta para poder obtener ante una probable condena se emitan los argumentos convenientes para la técnica graduación o ponderación de la pena.

2. Preparación del Debate

Para obtener la credibilidad del tribunal y determinar la exactitud o no de la información en el debate y obtener una sentencia justa, es necesario pensar desde el momento que se toma un proceso entre otras probabilidades de llegar al debate.

La calidad de preparación previa que el abogado elabore sobre el caso se hace evidente en la presentación en el debate. La preparación inadecuada puede tener efectos negativos en el resultado.

Una formidable preparación previa consiste en la observancia legal de todos los elementos que permitan el desarrollo del debate, esta actividad procesal favorece la depuración de las circunstancias que podrían obstaculizar el normal desarrollo del debate, verbigracia una mala aplicación de la técnica de entrevista a los testigos impide que la información carezca de certeza, en consecuencia la prueba resulta ineficaz, o en otro caso cuando por inseguridad el testigo nervioso evidenciándolo en el debate, estas situaciones pueden ser aprovechadas por la contraparte para su beneficio.

2.1. Preparación para la actividad probatoria

La actividad probatoria es la fase en la cual los sujetos procesales desarrollan la tendencia para producir, recibir y valorar la prueba, a fin de describir en forma imparcial la verdad; en ese sentido es imprescindible para la preparación de la tesis del caso, realizar una investigación en el caso de la fiscalía la que por ley le corresponda y el caso de la defensa la que beneficie la tesis del caso, que complemente y refuerce la de la etapa preparatoria para determinar si la persecución penal procede o no. La investigación referida es importante para la preparación del debate ya que se entrevista a cualquier testigo potencial, se requisa la escena del crimen u otro lugar relevante. En el caso del abogado defensor la visita del lugar del hecho es importante para poder preparar la prueba que va a ofrecer o que conocer las incidencias la prueba de contraparte, debido a que no es igual interrogar a un testigo presencial del hecho sin conocer el

lugar donde el mismo aconteció que ignorarlo, pues pone en situación de desventaja no saber de qué lugar se está hablando o conocerlo por referencia o en base a documentos.

La investigación personal tanto para el Ministerio Público como para la defensa además de contribuir a obtener las pruebas necesarias e incidir en la justa actuación de la ley penal, ayudará entre otros aspectos a los siguientes:

- Determinar y despejar la tesis del caso.
- Preparar y desarrollar la defensa de la tesis del caso.
- Conocer las fortalezas y debilidades de la contraparte, prever las formas en que pueden ser usadas o plantear y obtener una resolución alternativa.
- Identificar otros testigos.
- Preparar un interrogatorio más efectivo.
- Seleccionar los elementos conclusivos.
- Considerar las probabilidades de solicitar la cesura del juicio o división del debate único como también se conoce.

3. La cesura del juicio

Como abogados fiscales o defensores deberíamos de salir de la idea que ir al juicio y obtener la condena (en el caso del Ministerio Público) o pensar solo en la impugnación de la sentencia es como la única solución al caso (para la defensa), es más el ente acusador en atención al artículo 108 del código Procesal Penal guatemalteco, es el primer sujeto procesal obligado a pensar en la objetividad al procesar a una persona y en derecho penal garantista y no de impunidad como se pretende creer. El Código Procesal Penal fija un sistema de debate en el cual se discute en un mismo acto la culpabilidad del acusado así como la pena a imponer. Sin Embargo esto no debería tomarse como una regla general, pues existe la posibilidad contemplada en el artículo 353 de dividir el debate. Esta modalidad procesal es conocida en la doctrina como la cesura del juicio penal. Consiste en dividir el debate en dos partes: una dedicada al análisis de la existencia del hecho y el discernimiento de la culpabilidad y la otra

dedicada a la determinación o individualización de la pena aplicando para el efecto el artículo 65 del código penal en lo que corresponda.

La cesura del juicio o división de debate permite ordenar el debate teniendo en cuenta la importancia de la concreta aplicación de la pena. En la primera parte del debate se determinará si el acusado ha cometido la acción por la que se le juzga y si es culpable. Finalizada la primera parte se emitirá una resolución interlocutoria que resuelve sobre la culpabilidad y la misma habilita la imposición de una pena o de una medida de seguridad, el debate continuará al siguiente día hábil. En la segunda parte se discutirá sobre la pena o medida de seguridad a imponer.

En esta segunda fase las partes harán sus argumentos pertinentes únicamente relacionados a los motivos para imponer la pena que solicitan, y ésta etapa es determinante para que la defensa del condenado demuestre al tribunal porque razón no debe imponerse una pena elevada, tomando en consideración los principios de la ponderación de la pena. El plazo para recurrir la sentencia comenzará en el momento en el que se fije la pena.

3.1. Aspectos positivos de la cesura del juicio

Para el sistema de justicia democrática en donde se aplica un derecho penal de acto y no de autor, esta forma de dividir el juicio tiene dos aspectos positivos:

- Facilita la implantación de un derecho penal de acto y no de autor

En la primera parte del debate, la discusión versará sobre si el acusado realizó la acción descrita en la acusación y la calificación jurídica de tal acción.

Para ello, no se deberá discutir sobre la persona del autor, sino tan solo sobre si él cometió el delito. En la segunda fase se entrarán a evaluar sus circunstancias personales, de cara a la imposición de una pena, aquí es cuando tendrá sentido aportar

informes socioeconómicos, o sociales, testigos de buena conducta, informes médicos de tratamientos si el condenado padece de alguna enfermedad, constancia de estudios si se encuentra matriculado en algún establecimiento escolar o universidad para los efectos de que pueda continuar al cumplir su pena continuar con sus estudios, entre otros. Probablemente esto suena como una forma complaciente de impartir justicia, pero en realidad el artículo 19 de la Constitución Política de la República, establece el régimen de resocialización del condenado, y no considerarlo como un objeto o lacra dentro de la sociedad.

- Favorece el derecho de defensa del acusado

En un debate no dividido, es frecuente que el acusado tenga que elegir entre negar la comisión del delito buscando una absolución y que el abogado defensor tienda a atacar las pruebas de la acusación, o aceptar los hechos y buscar una pena mínima o reducida. Si elige la primera opción se arriesga a la imposición de una pena alta que no permite la discusión de la pena a imponer que en muchos casos se puede ser cincuenta años o en otros hasta la pena de muerte aún vigente e en Guatemala.

Al solicitar la división del debate técnicamente no se debería pensar en que necesariamente será condenado, sino que será ante la probabilidad de llegar a ser condenado, y es por ello que debe ser explícito al hacerlo oralmente.

- Evita la aplicación del derecho penal antigarantista

En los últimos años, se ha proliferado la idea del tratadista sobre el derecho penal del enemigo (Jakobs: 2003, 57), en donde se pretende tratar de manera diferente a las personas que cometen delitos de grave impacto o de delincuencia organizada y a los ciudadanos que cometen delitos comunes, esto negativamente ha influido tanto en el organismo legislativo y el judicial, por cuanto se existen una incremento de leyes que contienen tipos penales con penas altas. Considero que a la fecha en que escribo el presente documento bibliográfico, es conveniente que se le preste atención

de parte de los abogados que nos dedicamos al área procesal penal, al solicitar la cesura del juicio o división del debate, tomando en consideración que el artículo 353 del código procesal penal de Guatemala, limita la aplicación de la cesura del juicio a los delitos graves. Por lo que tomando que la división del debate es un garantía procesal para el sindicado debería de solicitarse en todos los casos graves, ya que equívocamente se está llegando a aplicar la teoría del etiquetamiento, y a todas las personas que son procesadas por delitos graves se les considera que no gozan de garantías constitucionales y procesales, violando el principio de igualdad que regula la Constitución Política de la República en su artículo 4.

4. Momento y forma procesal para solicitar la división del debate

En el código procesal de Guatemala no se establece el momento procesal para solicitar la división del Debate, ya que el artículo 353 solamente hace referencia del derecho que se tiene de solicitarlo, dejando un vacío legal, que requiere que en aplicación al principio de estricta legalidad conviene hacer una reforma de tal artículo para enriquecerlo y fortalecerlo.

Ante esta situación y teniendo la llave para solicitarlo, los que acudimos ante los órganos jurisdiccionales hemos tenido que encontrar el camino procesal para solicitarlo, y en base a mi experiencia (proceso 22-98 tribunal de sentencia de Amatitlán, delito plagio o secuestro) como abogado defensor, sugiero que la solicitud se haga al momento de ofrecer la prueba, primero se ofrece la prueba relacionado relacionada a la culpabilidad y luego se ofrece la prueba relacionada a la pena a imponer, la que deberá solicitarse en forma verbal, de conformidad con lo establecido por el artículo 343 del código procesal penal, reformado por el Decreto 18-2010 del Congreso de la República, que si bien es cierto no lo determina es de inferirse que por tratarse se ofrece para la culpabilidad también corresponde ofrecer la que corresponde para discutir la pena a imponer, en concordancia con el artículo 353 del código Procesal Penal.

5. Órgano jurisdiccional ante quien se solicita la división del debate

Antes de las reformas del artículo 343 código procesal penal, contenidas en el Decreto 18-2010 del Congreso de la República, se hacía ante el tribunal de sentencia y por escrito, pero con las reformas se podrá solicitar ante el juzgado de primera instancia penal. Al respecto el referido artículo estatuye “al tercer día de declarar la apertura a juicio, se llevará a cabo la audiencia de ofrecimiento de prueba ante el juez de primera instancia que controla la investigación, para el efecto se concederá la palabra a la parte acusadora para que proponga sus medios de prueba. Individualizando cada uno con indicación del nombre del testigo o perito y documento de identidad, y señalando los hechos sobre los cuales serán examinados en el debate. En caso de otros medios de prueba, se identificarán adecuadamente, indicando la forma de diligenciamiento y el hecho o circunstancias que se pretende probar”.

“Ofrecida la prueba se le concederá la palabra a la defensa y demás partes sujetos procesales para que se manifiesten al respecto”
“De igual forma, se le concederá procederá para el ofrecimiento de prueba de los otros sujetos procesales”.

“El juez resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la prueba abundante, innecesaria, impertinente o ilegal”. A mi criterio el Decreto Legislativo 18-2010 debió haber ampliado el artículo 353 del código procesal en sentido de establecer el momento procesal para solicitar la división de debate.

Los redactores del Código Procesal Penal crearon el debate único como regla general mientras que la división es excepcional (Rosales, 2000, 91) ya que esta ha sido reservada para delitos graves y únicamente a petición de parte. La división del debate es una institución procesal muy importante pues tiene estrecha relación con la debida defensa, y la elaboración efectiva de una estrategia.

En primer término conviene advertir que la terminología es

inadecuada, derivado que no debe hablarse de debate único o de división del debate sino de audiencias del debate, es decir audiencias para determinar la existencia del delito, la participación y culpabilidad del acusado y audiencias para la fijación y pronunciamiento de la pena.

Tómese en cuenta que la pena se determina únicamente si existe declaración de culpabilidad de parte del tribunal correspondiente, y se pronuncia inmediatamente después de dicha declaración o en una fecha posterior. Ese orden lógico no puede alterarse y, en virtud de que el pronunciamiento de una pena tiene consecuencias graves para el acusado, es preferible separar las dos audiencias.

En el debate único se mezclan elementos esenciales sobre la culpabilidad y la pena, tanto a nivel de la prueba como la argumentación. Sin embargo cabe advertirse que en la actualidad en casi la totalidad de juicios realizados hasta ahora el Ministerio Público y la defensa han ofrecido e incorporado prueba sin distinguir la prueba relativa a la culpabilidad y la prueba relativa a la individualización de la prueba, tales como los antecedentes penales y policíacos informes socioeconómicos de la trabajadora social atenuantes o agravantes, testigos sobre la conducta o antecedentes personales del acusado, entre otros.

Por otro lado los órganos jurisdiccionales, pocas veces reciben y valoran separadamente la prueba para fijar la pena lo que provoca una violación al debido proceso, derivado a que le dan importancia únicamente a la prueba relacionada a la culpabilidad del acusado, dejando a la deriva o más bien dicho a la prueba relacionada a la pena.

En la audiencia de discusión sobre la culpabilidad del acusado salvo algunas excepciones, no deberían aceptarse pruebas sobre el carácter y la personalidad del procesado o sobre cualquier otro extremo que sirva para imponer la sanción. La incorporación de dicha prueba conlleva un riesgo de perjudicar al acusado indebidamente, ya que su valor probatorio respectos a los hechos reprochados y a la participación en el mismo, son casi nulos pero pueden influir negativamente en el ánimo del juzgador.

El artículo 65 del código Penal enumera los criterios que el tribunal de sentencia deberá considerar antes de imponer una pena, a saber: la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de él y de la víctima, el móvil del delito, la extensión y intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes o agravantes a concurren en el hecho apreciadas tanto por el número como por su entidad e importancia.

Un abogado defensor debe oponerse a que, en la audiencia para determinar la culpabilidad o absolución del imputado, se incorpore pruebas que sirvan exclusivamente para determinar la sanción.

De lo anteriormente mencionado se desprende que la división del debate debería de ser la regla, no la excepción (Rosales, 2000, 92).

En la práctica y actualmente, la omisión de una audiencia exclusiva para incorporar prueba a efecto de fijar la pena provoca que muchas de las veces el tribunal de sentencia la imponga arbitrariamente.

6. Debate para discutir la culpabilidad o inocencia del imputado

Lo ideal sería que en los delitos graves, las partes soliciten al juez de primera instancia o al tribunal de sentencia, la división del debate, por lo que en este segmento haré algunos comentarios en relación al debate que tiende a discutir la culpabilidad o inocencia del acusado.

Es importante hacer notar las garantías constitucionales y procesales que deben servir de marco referencial para que una persona se defienda frente al poder punitivo del Estado, y por supuesto las garantías que tiene la víctima dentro de un proceso penal, especialmente en Guatemala en donde el mismo se pretende que el mismo sea garantista y al decir esto no debe confundirse que la garantía se inclina como equívocamente se piensa a favor del sindicado, sino a favor de los sujetos procesales por igual.

Las garantías son entonces procedimientos e instituciones de seguridad, creadas para favorecer a las partes involucradas en el proceso penal, a fin de hacer efectivos los derechos subjetivos y respetando el debido proceso. A continuación se describen brevemente algunas siendo las siguientes:

- **Derecho a un juicio previo**
Es de decir que nadie puede ser juzgado ante un tribunal competente si no es por la imputación de un acto calificado por ley como delito o falta, con observancia de las formas establecidas en las leyes preexistentes. (Artículo 12 de la Constitución Política de la República y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)
- **Derecho a la intimación**
El tribunal debe advertir al acusado, en forma verbal y de manera comprensible sobre la importancia del hecho por el que se está juzgado.
- **Ministerio Público tiene la carga de la prueba**
Contrario a otras ramas del derecho, la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, es decir que sus afirmaciones las debe probar durante el juicio.
- **Derecho de Defensa**
Nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante el juez o tribunal competente.
- **Presunción de Inocencia e indubio pro reo o pro persona**
Toda persona es inocente mientras no se le prueba lo contrario, y en caso de duda se aplica el principio pro persona, o a favor de la persona procesada.
- **Ne bis in idem**
Este principio tiene dos vertientes, una procesal en donde nadie puede ser perseguido penalmente por el mismo hecho más de una

vez. Y la vertiente sustantiva en las que nadie puede ser penado dos veces por un mismo hecho. Este principio tiene como requisito la identidad de objeto, personas sometidas a un proceso penal, (Artículo 7 del código procesal penal; 8.4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)

- Cosa juzgada
Un proceso fenecido no puede ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión conforme a los procedimientos legales establecidos.

- Derecho a recurrir o impugnar
Toda resolución judicial puede recurrirse por los medios y en los casos legalmente establecidos.

- Derecho a un intérprete
Cuando el idioma materno de la persona no es el español o cuando no entienda no pueda darse a entender en español se tiene el derecho de asistirse de un intérprete o traductor.

- Derecho a ofrecer nuevas pruebas
Si en el transcurso del debate aparecieran nuevas pruebas y fuese indispensable su ofrecimiento y presentación por considerarlas útiles para la averiguación de la verdad.

La culpabilidad puede definirse como un juicio de reproche, que se realiza al sujeto que se juzga, siempre y cuando tenga capacidad para motivarse o determinarse de acuerdo con la comprensión de sus acciones u omisiones, que además tenga conocimiento de la antijuricidad de la conducta realizada, y que al sujeto le era exigible obrar de otro modo, y no como lo hizo. Cumpliendo estas circunstancias. Se le puede imponer una pena a la persona acusada.

La responsabilidad penal es el predicado de la culpabilidad y necesidad preventiva de la sanción penal y obedece a la necesidad preventiva de la sanción penal. Si el sujeto no fuera capaz, o no

conociera la antijuricidad de sus actos, o le era exigible obrar de otra forma, no se podría imponer una pena, sino una medida de seguridad si es adulto, o una medida socio educativa si fuese adolescente en conflicto con la ley penal.

Por lo tanto si se solicita la división del debate, los sujetos procesales en la primera parte se dedican ver la teoría del caso entendiendo esta como el ejercicio intelectual y de abstracción que busca con esfuerzo y máximo provecho la concatenación entre la plataforma fáctica, la plataforma probatoria y la jurídica, para esa reconstrucción histórica de lo descrito en la sindicación o acusación según corresponda.

7. Debate para discutir la imposición de la pena

Existen dos teorías relacionadas a la pena, ellas son la teoría absoluta y la relativa, esto revela la incidencia de la división del debate para la aplicación de pena.

Guatemala sigue ambas corrientes, por una parte las teorías relativas con la prevención especial regulada en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúa; “El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos con las siguientes normas mínimas”.

Desarrolla esta idea la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 5.6 “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. Sin embargo aplica la teoría absoluta porque en determinados tipos penales no procede la rehabilitación y además se encuentra vigente la pena de muerte a determinados delitos, tales como para el asesinato (art. 132 CP) ejecución extrajudicial (Art.132 Bis CP) plagio o secuestro (Art.201 CP) en donde en su párrafo final se establece que “a quienes no se les aplique la pena de muerte no podrá concedérseles la rebaja de penas por ninguna causa.”

Sin embargo a mi criterio esto es para la aplicarse en la etapa de ejecución de la pena específicamente los beneficios de reducción pena y no para el debate en donde se discute la imposición de la pena, dándole una interpretación pro persona en beneficio de la persona sometida a proceso penal.

Terminada la primera parte del debate, el tribunal resolverá la cuestión de la culpabilidad y, si la decisión habilita la imposición de una pena o media de seguridad y corrección, fijará día y hora para la prosecución del debate. Como lo establece el artículo 353 en su cuarto párrafo, “el debate sobre la pena comenzará el día hábil siguiente con recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para individualizarla, prosiguiendo de allí en adelante según las normas comunes. Por lo que una guía para la recepción de la prueba sobre el tema, sería el siguiente:

- El tribunal procede a la recepción de la prueba relacionada la pena así:
- Si son testigos que refieran buena conducta del condenado, procederá a escucharlos y someterlos al interrogatorios de los sujetos procesales, empezando por quien los propuso
- Sin son peritos como trabajadoras sociales, se le concede la palabra para que lean sus informes socioeconómicos, lo ratifique, amplíe o corrija si fuese el caso, y luego deben ser interrogados por los sujetos procesales comenzando quien lo ofreció.
- Podrían ser médicos tratantes, si la persona condenada estuviera enferma, y recibe un tratamiento, ya que no es igual condenar a una persona sana físicamente, que a alguien que padece de enfermedades del corazón.
- La recepción de la prueba documental, como lo son constancia de carencia de antecedentes penales.

- Recepción de constancias de ser estudiante universitario o de diversificado, derivado a que si la condena es prolongada, prácticamente se está vedando el derecho a la educación, que garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 71 que establece “que es obligación del Estado proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna” y el artículo 72 “la educación tiene como fin primordial el desarrollo integral de la persona humana.
- Lectura de constancias laborales, que refieren la conducta laboriosa del condenado, ya que al imponerse una pena, se ven afectados quienes dependen económicamente de él o ella.
- Seguidamente se procederán a escuchar las argumentaciones de los sujetos procesales, principiando por quien los propuso. En este segmento es conveniente que quien solicitó la división del debate, resalte las razones por las que el tribunal debe inclinarse por una decisión justa, tomando en cuenta que le pena afectará no solamente al condenado, sino a su entorno familiar, principalmente cuanto existen niños, esposas, padres, invocando para el efecto los tratados internacionales que promueven la protección el niño o niña, las mujeres, y las personas consideradas como adultos mayores, y por qué no decirlo las 100 reglas de Brasilia, instrumentos que de acuerdo al ius cogens deben ser acatados por los Estados a través de los tribunales correspondientes, tomando en cuenta que son grupos vulnerables.
- Considero que atendiendo lo estipulado en el artículo 353 del código procesal penal, que determina que debe proseguir según las normas comunes, procede el derecho de réplica y concederle la palabra al condenado en atención a su derecho de defensa material.
- Por última se cierra la segunda audiencia de debate, y el tribunal procede a retirarse para deliberar.
- Se dicta el fallo correspondiente inmediatamente.

- El plazo para recurrir comenzará a computarse a partir del momento en que fije la pena, que en todo caso es apelación especial.

8. La sanción penal

La importancia del estudio de la pena estriba en que el derecho penal es eminente sancionador.

“En el este trabajo utilizamos el concepto analítico del delito como una acción típica, antijurídica y culpable. Desde un punto de vista formal delito es una conducta punible a la que se le agrega una pena o una medida de seguridad. Los tipos penales protegen derechos a los que se denomina bienes jurídicos, conminando o amenazando a la persona que los violente con una sanción denominada pena” (Girón Palles, 2010, 4).

La estructura de la norma jurídico penal es: a) supuesto de hecho o sea la conducta prohibida o el mandato ordenado por la norma; y b) la consecuencia jurídica que es la sanción impuesta a la persona que trasgredió la ley. Las consecuencias jurídicas del delito pueden ser penas, medidas de seguridad o responsabilidades civiles derivadas de delito. La primera se impone a la persona que es capaz de comprender la ilicitud de sus actos y que además puede determinarse en su actuar y conoce la norma penal, y la conducta prohibida u ordenada que de les exigible. Si no fuera así como el caso de los inimputables se le impondrá después de haber comprobado la existencia del delito una medida de seguridad. Definir las responsabilidades civiles provenientes de delitos.

9. Principio de proporcionalidad de la pena

Este principio es una de los principios que limitan el poder punitivo del Estado. Establece que debe existir proporcionalidad entre la afectación o daño efectivo al bien jurídico con la sanción impuesta. Uno de sus orígenes es la ley de Talión que preceptuaba “ojo por ojo, diente por diente”.

Actualmente es una exigencia que el legislador tiene que cumplir en la creación de tipos penales, es por ello que este principio tiene dos momentos, el primero en la creación de la ley el segundo en la imposición de la pena, en la cual los jueces al imponer la pena lo harán en proporción al daño causado, entre otros criterios regulados en el artículo 65 del Código Penal. “el juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito teniendo en cuenta, la extensión e intensidad del daño causado, por lo que los jueces para dictar una sentencia deben tomar en cuenta los parámetros del artículo 65 del código penal e integrarlo con el artículo 11 bis del código procesal penal, como se desarrollará en el siguiente tema.

Como un derecho humano, la persona a la que se le han conculcado sus derechos o es imputada de un delito, tiene derecho a un abogado defensor para que la defienda técnicamente durante todo el proceso incluyendo la fase de ejecución de la pena. Este derecho tiene rango constitucional (Art. 12 y lo desarrolla la Convención Americana sobre derechos humanos (Art. 8.2). En su ejercicio va concatenado con el principio del contradictorio como la facultad de las partes de refutar los argumentos del contrario. Aplicado a la división del debate, en el ejercicio de la defensa técnica del acusado, el defensor tiene la oportunidad de refutar la sanción solicitada por el Ministerio Público, y probar sus argumentos con pruebas que previamente ofreció, de manera que en la audiencia para la discusión de la pena se llevan a la práctica estos derechos en beneficio del acusado, para lograr una pena justa y proporcional, propios del derecho penal liberal.

Estos principios se incluyen en los axiomas procesales “10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación. Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen con cierto forzamiento lingüístico el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal”. (Ferrajoli, 1995:93)

10. Fundamentación en la imposición de la pena

En un sistema democrático de derecho las decisiones judiciales deben de fundamentarse, motivarse o explicar al pueblo de Guatemala, la imposición de la pena, no solo para que los sujetos procesales comprendan la sanción sino como legitimación de la función jurisdiccional los jueces ordenada por el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal en concordancia con el artículo 65 del Código Penal, considerada como una norma procesal dentro de un ordenamiento sustantivo, que en el último párrafo preceptúa: “ El juez o tribunal deberá consignar, expresamente los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena.”

En caso que el juez o tribunal no explique las razones que tuvo para imponer y ponderar la pena, las partes pueden interponer recurso de apelación especial por los motivos que correspondan.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal Parte General. Editorial Temis S.A. Santa Fé Bogotá. Colombia. 1994.
2. Borja Mapelli Caffarena, Las Consecuencia Jurídicas del Delito. Editorial Cevitas. Madrid, 1996.
3. Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Editorial Ariel S.A. Barcelona 1989.
4. Carbonell Mateu, Juan Carlos. Derecho penal concepto y principios constitucionales. 3ª edición. Editorial Tirant lo blanch. Valencia, España. 1999.
5. Ferrajoli, Luigi. Razón y Derecho, Teoría del Galantismo Penal. Editorial Trotta S.A. Madrid. 1995.
6. Gómez de la Torre. Ignacio Berdugo. Arroyo Zapatero, Luis. Ferré Olivé, Juan Carlos. Serrano Piedecosas, José Ramón. García Rivas, Nicaolas. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Praxis S.A. Barcelona, España. 1996.
7. Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy. 2ª Edición 1ª reimpresión. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina. 2003.
8. Girón palles, José Gustavo, Teoría de la Pena. Guatemala, 2010.
9. Girón Palles, José Gustavo, Teoría del Delito. 2010.
10. Gunther Jakobs, Derecho Penal del Enemigo. Editorial Cevita, Madrid 2003.
11. Manual de Fiscal. 2ª Edición. Ministerio Público. Guatemala. 2000.

12. Manual de Técnicas para el debate. Crea, Guatemala, 1999
13. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Manual de Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Tirant lo blanch. Valencia, España.
14. Rosales Barrientos, Moisés Efraín, El Juicio Oral en Guatemala, Técnicas para el Debate, Editorial FD, Guatemala, 2000.
15. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Apuntes Derechos Penal Liberal y Derecho Penal Autoritario. Proporcionados por Renato Luís Vanelli Viela. Argentina.2006.
16. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Estructura Básica del Derecho Penal. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2009.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente de 1985.
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos
3. Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República
4. Código Procesal Penal. Decreto 54.92 Congreso de la República.
5. Ley del Régimen Penitenciario.
6. 100 Reglas de Brasilia.

**SEGURIDAD VERSUS DERECHOS Y
LIBERTADES CIUDADANAS
(UN PENSAMIENTO FILOSÓFICO)**



Seguridad versus Derechos y Libertades ciudadanas (Un pensamiento filosófico)

Lic. Luis Enrique Quiñonez Zeta

Abreviaturas o símbolos clave

DLC	Derechos y Libertades Ciudadanas
Es.Jc	Estructura Jurídica de control
GJ	Garantía Jurisdiccional
IP	Ius Puniendi
PP	Proceso Penal
pd.p	poder político
Pr.C	Protección Ciudadana
->	por lo tanto
↔	Si, y solo si
Vs.	En contra de

1. Premisas relacionales

El régimen normativo penal establece un conjunto de expectativas¹, cuya frustración tiene como consecuencia la reacción del Estado, que entre otras, se manifiesta en la imposición de la pena, la cual se presenta como la forma más drástica que dispone el Estado, con el objetivo de mantener

¹ “La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas, que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren el peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces se frustran, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo puede canalizarse para asegurar la convivencia. El sistema elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración.” Muñoz Conde, Francisco; Mercedes García Arán, Derecho Penal Parte General. 2da. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Pág. 30-32

las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en sociedad. De este modo, como medio de control social, el derecho penal actúa para garantizar la seguridad y el orden, dando lugar a disipar la venganza privada.²

Manzini se manifiesta en cuanto a que el derecho penal es un dispositivo de coacción indirecta, de tal manera que la consecuencia de aquella aspiración depende de la intervención de la garantía jurisdiccional³ y esa coacción se manifiesta con claridad en el Derecho penal.

De Esta manera, en el caso del ordenamiento jurídico Guatemalteco, el artículo 203 de la Constitución Política de la República, hace relación a que: “Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.”, pero además se debe tener en cuenta que el monopolio de dicha facultad esta determinado con arreglo a que “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.”, según la norma citada.

De tal manera que la actividad jurisdiccional esta regida y limitada por los Derechos y Libertades ciudadanas, los cuales se encuentran contenidos en la Constitución Política de la República, los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos⁴; he ahí la relación entre Seguridad vs. Derechos y libertades ciudadanas.

² “El conjunto de estas normas jurídicas constituyen el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social la sociedad. Tanto el orden social, como el jurídico se presenta como un medio de represión del individuo, y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia.” Ídem

³ Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951. Pág. 106.

⁴ Artículo 31 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de Los tratados. En este sentido, el objeto y fin de los tratados de Derechos Humanos es la protección de la dignidad Humana; de tal cuenta que la Jurisprudencia de la Corte IDH orienta a cerca de cual es el fin de cada disposición de la Convención IDH.

En este orden de ideas, la facultad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, se presenta como garantía jurisdiccional, cuando el actuar de la jurisdicción antepone los Derechos y libertades ciudadanas a la “seguridad”, entendiendo que no hay “seguridad” sin Derechos y libertades ciudadanas, tal cuestión se presento en el caso: Recinos Martínez vs. El Estado de Guatemala⁵, en el cual se Juzgaba por el delito de Tenencia ilegal de armas de fuego artesanales o hechizas, armas con numero de Registro alterado..., donde se presenta como prueba documental ACTA DE ALLANAMIENTO, INSPECCION Y REGISTRO, la cual fue signada con fecha veintiocho de enero del año dos mil once, a las diecisiete horas con cinco minutos; en el debate, al ser exhibido el documento por parte de la defensa a los agentes de la seguridad pública que participaron en el allanamiento, lo reconocieron, reconocieron su firma; claro esta, previamente informaron que dicho allanamiento se llevo acabo, en la fecha relacionada, pero entre las dieciocho y veinte horas. Como consecuencia se absuelve a la señora Recinos, haciendo relación el tribunal en la motivación de la sentencia a “que se duda en cuanto a la hora en la cual inicio la diligencia durante la cual se incautaron las armas”; lamentablemente, a pesar que se discutió en el alegato final, y aunque no fue parte de la motivación en la sentencia; como es natural, si la diligencia de allanamiento, inspección y registro se llevo a cabo superando las dieciocho horas, como consecuencia existió violación de Derechos y Libertades ciudadanas; lamentablemente esto no fue reconocido por el tribunal sentenciador y condenó con fundamento en el eficientísimo.

Bajo esta perspectiva, la concepción jurídico-penal del abogado que ejerce defensa penal debe acentuar la afirmación que el proceso penal, entre otras, se presta como única estructura jurídica legitima para la imposición de una sanción penal, pero también, constituye un mecanismo de control de la actuación Estatal, sirviendo de instrumento de protección del ciudadano en contra del ejercicio del ius puniendi.

⁵ Carpeta Judicial 46-2011 del Tribunal de Sentencia Penal del Municipio de Amatitlán. Caso tramitado por el Instituto de la Defensa Publica Penal del Municipio de Amatitlán.

De esta manera se podría decir que garantía jurisdiccional (GJ), sí y sólo sí, cuando el ius puniendi (IP), surge como manifestación en el proceso penal (PP). Simbólicamente podríamos decir que:
GJ \Leftrightarrow IP \rightarrow PP

Pero también se debe afirmar que la protección del ciudadano (Pr.C), sí y sólo sí, cuando el proceso penal (PP), se presenta como una estructura jurídica de control (Es.Jc) del ius puniendi (IP). Simbólicamente podríamos decir que:
Pr.C \Leftrightarrow PP \rightarrow Es.Jc-IP

En este sentido, es importante también, hacer relación a que a partir de la realización de la conducta descrita en la norma penal, surge e instantáneamente se desarrollan en conflicto dos intereses distintos. En un ángulo, el ius puniendi del Estado, reclamando la realización del derecho penal para el restablecimiento de la paz social, y la seguridad pública, y en otro, la aspiración de los derechos y libertades ciudadanas (del agente transgresor). De tal manera que el proceso penal debe ser la ecuación destinada a resolver este conflicto.

De esta manera se podría decir que: Proceso penal, en tanto, seguridad en Inter relación, de Derechos y libertades ciudadanas .

Simbólicamente se podría decir que:

Seguridad \Leftrightarrow Derechos y Libertades ciudadanas

Proceso Penal

Lo que se pretende develar a través de estas fórmulas es el eterno dilema entre brindar seguridad ciudadana frente a la criminalidad, tutelando a los ciudadanos que reclaman esa protección del Estado a través de un Derecho penal eficientista e utilitarista sin importar si se conculcan libertades públicas o garantías de los incoados en el proceso penal del enemigo, ese dilema lo vive a diario él o la Defensora pública penal.

1.2 Aproximación a una relación de correspondencia entre ius puniendi y, derechos y libertades ciudadanas (IP-DLC).

Nótese que al ser activado el poder de coacción Estatal, ejercido a través del proceso penal, y “destinado a garantizar la paz social, y la seguridad pública”, con el combate a la criminalidad común u organizada; en poder de correspondencia, se presenta también, la obligación de respeto a los derechos y libertades de la persona humana, bajo pena de convertirse, la coacción Estatal, en un instrumento de arbitrio.

Tal cuestión es confirmada por Ferrajoli cuando indica: “Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse la justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que este persigue, en coherencia con la doble función preventiva del derecho penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes. Es esta segunda preocupación lo que está en la base de todas las garantías procesales que lo circundan y que condicionan de distintas maneras las instancias represivas expresadas por la primera. La historia del proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre ambas finalidades, lógicamente complementarias pero contrastantes en la práctica.”⁶

Como garantía jurisdiccional, se visualiza al proceso penal, cuando todas las funciones del Estado encaminadas a la reacción penal, son limitadas por la esfera de los derechos y libertades del ser humano,

⁶ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón: teoría del garantismo penal. 2da Edición. Editorial Trotta Madrid, 1997. Pág. 604

concepción que se sigue y que se sostiene en el presente artículo, precisamente, como una de las notas característica del Estado de Derecho⁷, así lo confirma Ferrajoli cuando indica: "...en un estado de derecho, los derechos exigen ser tutelados, aun cuando sus presupuestos legales sean vagos e inciertos; y el progreso de la democracia se mide precisamente por la expansión de los derechos y de su justiciabilidad."⁸

En este orden de ideas, los ciudadanos somos detentadores de un amplio conjunto de derechos y libertades que se presentan como barreras de la actuación de los poderes constituidos del Estado. Y de esta manera, en el campo de la persecución penal, el respeto a los derechos y libertades del perseguido penalmente, constituyen condición de legitimidad de la actuación jurisdiccional, y aún más, se sostiene que es el proceso penal en sí mismo, el que se constituye en un instrumento de tutela del perseguido penalmente (debido proceso), así lo concebimos los y las Defensoras.

Desde esta perspectiva, que debe ser acentuada por el abogado que ejerce defensa penal, el proceso penal ejerce una función de tutela de los derechos y libertades del ser humano, en la medida en que impone límites a la actuación persecutoria del Estado, transformándose de este modo en algo más que un simple instrumento técnico al servicio de la imposición de una pena, al perseguido penalmente, ya que también es un poderoso instrumento de derechos y libertades ciudadanas, en ese proceso se manifiestan con toda claridad las garantías constitucionales, por ello se habla hoy en día del constitucionalismo del proceso penal.

⁷ "El termino estado de derecho...designa no simplemente un estado legal o regulado por la ley, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a)en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b)en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial." Idem. Pág. 856-857.

⁸ Idem. Pág. 918

Un ejemplo de ello quedo ilustrado en el caso Nicolás y otros vs. El Estado de Guatemala⁹, en el cual se juzga a tres personas, que se indica ingresaron a un salón de belleza, los tres con arma de fuego, encañonando a la propietaria, dos trabajadoras y a otros que recibían el servicio, despojando a todos de joyas, dinero en efectivo, y otros objetos del lugar.

Al darse a la fuga, son copados por agentes de la PNC y ejército de Guatemala, dando lugar a un enfrentamiento armado, en el cual queda herido un miembro del Ejército de Guatemala, y son capturados los sindicados, que luego de ser puestos a disposición de juez de turno, son ligados a proceso por el delito de robo agravado.

En audiencia se conoce la solicitud de la defensa de los sindicados de la reforma del auto de procesamiento, para su modificación del delito de robo agravado al de encubrimiento propio, y revisión de la medida de prisión preventiva, audiencia en la cual la defensa argumenta; el Ministerio Público se limita a oponerse a la reforma solicitada por la defensa; pero al resolver, el órgano jurisdiccional declara sin lugar la reforma del auto de procesamiento solicitada por la defensa de los sindicados, y de oficio reforma el auto de procesamiento en contra de los sindicados del delito de robo agravado, ampliando además, por los delitos de homicidio en grado de tentativa, atentado con agravaciones específicas, y asociaciones ilícitas. Dando lugar a plantear por parte de la defensa recurso de reposición, bajo tres aspectos, en resumen: a) La audiencia de reforma del auto de procesamiento fue solicitada por los sindicados, con exclusividad. b) El Ministerio Público, al momento de pronunciarse en audiencia, como ente que ejercita la acción penal se limito a oponerse a la reforma del auto de procesamiento del delito de robo agravado al de encubrimiento propio, presentando el expediente de investigación en el cual se contenía declaraciones de los agentes captadores, de los agraviados, y fotografías de un arma de fuego, objetos, y dinero. c) Lo anterior dio lugar al argumento de no reforma en perjuicio, por parte del juzgador, cuando la fiscalía no cuenta con investigación en cuanto a estructura criminal, informe forense de la persona herida, y la falta de determinación en cuanto a quien se le

⁹ Carpeta Judicial 147-2013 del Juzgado de Primera Instancia del Ramo Penal del Municipio de Amatitlán. Caso tramitado por el Instituto de la Defensa Pública Penal de Amatitlán.

encontró el arma de fuego. Resolución: Se acogió el Recurso de Reposición, y dentro de la motivación de la juzgadora acoge el argumento de la garantía de Reformatio in peius.

Con esta orientación se debe confirmar que en el seno del proceso penal se produce una constante tensión dialéctica entre dos pretensiones, la una, la realización del ius puniendi, y la otra la afirmación de los derechos y libertades del ser humano (garantías). De tal cuenta que el cumplimiento efectivo de la misión reservada al proceso penal no se podrá jamás alcanzar sin el equilibrio de estos dos intereses: seguridad y, derechos y libertades del perseguido penalmente.

1.3 Aproximación a una relación de correspondencia entre Poder Político-Proceso penal-Derechos y libertades ciudadanas (pd.p-PP-DLC).

Todo proceso penal responde a una determinada política criminal que necesariamente está vinculada a la política general adoptada por el Estado al cual corresponde. Tal cuestión la ilustra Mir Puig cuando indica que: “La política criminal de un determinado país entronca directamente con los principios de su organización política...”¹⁰. De esta manera el proceso penal concluye por establecer un tratamiento político-criminal que es idóneo para la consolidación de los valores que son fundamentales a una determinada forma de Estado. De ello resulta que la naturaleza y la forma en la cual se ordenan los diversos institutos que integran el proceso penal, dependen en forma directa e indirecta, de la interconexión con la estructura política general del Estado, que desemboca en la relación entre autoridad y, derechos y libertades ciudadanas.¹¹, se percibe actualmente una política criminal exclusivamente retributiva y eficientista, produciendo un desequilibrio mayor tutela del ciudadano y menos garantías al enemigo.

¹⁰ Mir Puig, Santiago. Estado Pena y Delito. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006. Pág. 3

¹¹ Ver Gaceta No. 73, expediente No. 1250-2004, pagina No. 13, opinión consultiva: 05-08-04. Corte de Constitucionalidad.

En ese orden de ideas, cada modelo de Estado observa de modo particular el fenómeno de la criminalidad, instituyendo mecanismos para su control, concordados a su política ordinaria de mandato de los programas públicos. De este modo, la política criminal¹² acogida por las instancias que componen el sistema penal de un Estado se propone asegurar los valores que fundamentan su propia existencia. De tal manera puede ser ilustrado con la orientación de Roxin, y referirnos a que el orden interno de un Estado se deja entre ver en el modo en que está regulada esa situación de conflicto: los Estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exceden fácilmente la categoría del interés Estatal en la realización, lo más efectivo posible, del procedimiento penal. En el Estado de Derecho la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines –aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano-.¹³

De este modo, en un Estado de Derecho, el proceso penal no puede dejar de representar la defensa de las libertades individuales, debiendo la persecución criminal desarrollarse en un modelo, que “Zaffaroni ha llamado un “modelo jus-humanista”. Un modelo que sea “humanista” porque debe sostener una determinada concepción del ser humano y orientarse a preservarla. “Jus-humanista” porque no debe renegar del derecho en ningún momento sino, al contrario, considerarlo como el instrumento privilegiado para la realización de esa política criminal, en especial en lo que respecta al establecimiento de una política criminal “autolimitada”.¹⁴

En este sentido la imperiosa necesidad de propugnar que tanto políticamente, como también, científicamente, debe el proceso penal, mediante la garantía jurisdiccional, dejar de lado la aplicación de leyes que

¹² Delmás-Marty hace referencia a que “Política criminal es el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”. Citado por Alberto M. Binder, en Política Criminal: de la Formulación a la Praxis. Editorial AD-HOC, SRL. 1ra Edición. Buenos Aires, 1997. Pág. 33 “La organización que la política criminal hace de las diferentes respuestas del cuerpo social al fenómeno del delito, ha ido adoptando diferentes modelos a lo largo de la historia, según la diferente importancia que se le ha concedido a uno de los siguientes conceptos: la idea de libertad, la idea de igualdad y la idea de autoridad.” Idem. Pág. 35

¹³ Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del puerto. Buenos Aires, 2000. Pág. 258

¹⁴ Citado por Alberto M. Binder. Ob. Cit. Pág. 38

se consideren contrarias a la Constitución Política de la República, y los tratados y convenios sobre derechos humanos, lo cual podría ilustrarse con el caso *Marbury contra Madison*¹⁵, "...sentencia que reconoció a los jueces la facultad de dejar de aplicar una ley proferida por el congreso cuando se considerara contraria a la constitución política"¹⁶, y que en el caso de nuestro país se hace relación en forma muy tímida¹⁷. De tal cuenta que se visualice que los valores fundamentales del proceso penal están condensados en la Constitución Política de la República y los tratados y convenios en materia de derechos humanos.

Sin embargo, debe tomarse conciencia que esta relación entre poder político, proceso penal, y derechos y libertades ciudadanas no deben limitarse a un aspecto meramente formal, sino como instrumento del orden constitucional, debe el proceso penal reflejar las bases del régimen democrático, de modo que el vínculo que los une imponga que toda la actividad punitiva Estatal este orientada a la consolidación de los derechos y libertades ciudadanas. Tal cuestión la ilustra el maestro Ferrajoli cuando indica que: "La legitimación formal es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley. La legitimación sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos."¹⁸

Tal cuestión debe argumentarse desde el efectivo cumplimiento del artículo 27 de la Convención de Viena, que en sus presupuestos indica "...una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado..."; lo cual debe relacionarse con las sucesivas reformas constitucionales en Latino América, que otorgan jerarquía constitucional, como en nuestro país¹⁹, a los tratados y convenios

¹⁵ Citado por Bastidas Mora, Patricia. *La Constitucionalización del proceso*. En revista *Fundamentos del Derecho*. Universidad Nacional de Colombia. 2009. Pág. 245.

¹⁶ *Idem*

¹⁷ Ver, entre otras, *Gaceta No. 69*, expediente No. 1098-03, página No. 166, Sentencia: 18-09-03; *Gaceta No. 71*, expediente No. 2085-03, Sentencia: 08-01-04.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Ob. Cit. Pág. 918

¹⁹ *Gaceta No. 18*, Expediente No. 280-90, Página No. 99, Sentencia: 19-10-90. *Gaceta No. 43*, expediente No. 131-95, página No. 47, Sentencia: 12-03-97. *gaceta No. 60*, expediente No. 872-00, página No. 362, Sentencia: 28-06-01; entre otras. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

internacionales sobre derechos humanos.²⁰ Como resultado, la labor defensiva en proceso penal exige una constante crítica entre las leyes y las prácticas jurídicas, exigiendo argumentación y denuncia, dirigido a legitimar el proceso penal, científica y políticamente, en la relación de una efectiva coordinación de Infra y supra estructura jurídica.

Ejemplo notorio el caso Fermín Ramírez vs. El Estado de Guatemala, en el cual la Corte IDH en Sentencia de fecha 20 de junio de 2005 resolvió que el Estado violó en perjuicio del señor Fermín Ramírez el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.2.b) y 8.2.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.12 de la misma; Así también, que en un plazo razonable, el Estado debía llevar a cabo un nuevo enjuiciamiento en contra del señor Fermín Ramírez, en el cual se cumplieran las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa para el inculpado. Y que en el caso que se le imputara la comisión del delito de asesinato, debería aplicarse la legislación penal vigente, con exclusión de la referencia a la peligrosidad y abstenerse de aplicarle la pena de muerte.²¹

Finalmente dejo plasmada mi inquietud de que la o él defensor público se convierte en dique ante las arbitrariedades del Estado y sus agencias de seguridad, que actúan utilitaristamente desde las detenciones y en todo el tránsito del proceso pena, por lo que las reflexiones plasmadas en el presente trabajo es evidenciar que estamos en el punto medio de la tensión entre seguridad versus tutela de las libertades ciudadanas.

²⁰ Gozaini, Osvaldo Alfredo. Ob. Cit. Pág. 35

²¹ Sentencia de 20 de junio 2005. (Fondo, reparación y Constas). XIV Puntos Resolutivos: Del 1 al 15.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bastidas Mora, Patricia. La Constitucionalización del proceso. En revista Fundamentos del Derecho. Universidad Nacional de Colombia. 2009.
2. Bustos Ramírez, Juan. Política Criminal y Estado. Estudios Jurídicos, Volumen I, Universidad de Valencia, 1997.
3. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón: teoría del garantismo penal. 2da Edición. Editorial Trotta Madrid, 1997.
4. García-Pablos de Molina, Antonio. El principio de intervención mínima en Derecho Penal. Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996
5. García-Pablos de Molina, Antonio. Criminología, Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas. 3ra. Edición corregida y aumentada. Editorial Tirant lo Lanch, Valencia 1996.
6. Gómez Orbaneja, Emilio, y Vicente, Herce Quemada. Derecho Procesal Penal. 10ma Edición. Editorial Agesa, Madrid 1987.
7. Gozaini, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional, el debido proceso. Rubinzal-Culzoni, Editores. Buenos Aires.
8. Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
9. Mir Puig, Santiago. Estado Pena y Delito. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

10. Mir Puig, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
11. Muñoz Conde, Francisco; Mercedes García Arán, Derecho Penal Parte General. 2da. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
12. Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del puerto. Buenos Aires, 2000.

**SUSTITUTIVO PENAL POR
HUMANIDAD
A LAS PERSONAS DE LA
TERCERA EDAD,
CON PADECIMIENTO TERMINAL
O CON DISCAPACIDAD FÍSICA**



SUSTITUTIVO PENAL POR HUMANIDAD A LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD, CON PADECIMIENTO TERMINAL O CON DISCAPACIDAD FÍSICA.

M.A. Julio César Zuñiga

ANTECEDENTES

La posibilidad de aplicar la privación de libertad ha estado presente en todas las etapas de la historia, como ejemplo la prisión por deudas para exigir su cumplimiento en el Derecho Romano, sin embargo su consolidación como pena encuentra sus antecedentes en el siglo XVI, donde los métodos punitivos iniciaron un proceso lento y profundo¹. Además de la prisión, alternativamente se encuentra el arresto y para delitos que se han considerado de mayor gravedad la pena de muerte.

Sin embargo la evolución de las sociedades ha tenido como efecto concentrar la atención de quienes aplican la justicia, en los efectos perniciosos que conlleva para el individuo su reclusión en centros carcelarios de cumplimiento de condena, a efecto de lograr su rehabilitación y devolverlo como un ente útil a la sociedad, a la que serviría como modelo ejemplificador de las consecuencias personales perniciosas que conlleva el quebrantamiento de la ley en perjuicio de terceros, lo que ha motivado la búsqueda de alternativas que satisfagan además del cumplimiento de la condena, garantizarle al condenado el disfrute de sus derechos fundamentales que le son inherentes como persona y que le permitan desarrollar en armonía el plan de vida que se ha propuesto.

Tradicionalmente se han instituido las figuras de la amnistía, el indulto y los sustitutivos penales, para garantizarle a los condenados el

¹ Díaz Repolles José Luis. Coordinadores, Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General. Impresos Industriales S. A. Guatemala. 2001. Pág. 579

disfrute de la libertad personal, esencialmente mediante los sustitutivos penales, que permiten alejarlos de sufrir las inclemencias propias de los recintos carcelarios, evitando así que el reo primario se convierta en un desajustado social y pueda volver a reincidir en una conducta convulsiva para la sociedad.

¿QUÉ ES UN SUSTITUTIVO PENAL?

“Son medios que desde el punto de vista penal, sean capaces de sustituir ventajosamente la pena privativa de libertad más generalizada que es la prisión...” o “Medios que utiliza el Estado a través de los órganos jurisdiccionales, encaminados a sustituir la pena de prisión, atendiendo a una política criminal con el fin de resocializar al delincuente, dándole la oportunidad de reintegrarse a la sociedad y que no vuelva a delinquir”.²

Como se puede ver el sustitutivo penal persigue suplir para el condenado, la prisión personal y en su lugar, proveerle de otro mecanismo que le permita viabilizar la posibilidad de continuar con el plan de vida propuesto, sujetándolo al cumplimiento previo y posterior de reglas de conducta, a efecto de garantizarle su derecho a la libertad personal, alejándolo así de los efectos perniciosos que puedan devenir para su persona y la sociedad como consecuencia del cumplimiento en encierro de la pena impuesta.

PRINCIPIO DE HUMANIDAD

Este principio conlleva para el Estado la obligación de ser el garante en el ejercicio y disfrute de los derechos subjetivos de las personas, esencialmente de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, encontrándose comprendidos dentro de este rubro según las 100 Reglas de Brasilia -los reclusos, las mujeres, los discapacitados, indígenas, niños

² De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela José Francisco. Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Especial, Magna Terra Editores S. A Guatemala, 2008 Pág. 296

y niñas, entre otros-; personas a la cuales el Estado tiene la obligación de proveerles de condiciones estructurales, legales y de cualquier otra índole, que les permitan al igual que el resto del conglomerado social, viabilizar el disfrute de sus derechos de acuerdo a la condición personal que presentan.

En el medio guatemalteco, el legislador constitucional haciendo acopio al compromiso adquirido por el Estado con la comunidad internacional, ante la ratificación de instrumentos concernientes a derechos humanos; ha dejado plasmado en la Constitución Política de la República aspectos que garantizan un adecuado tratamiento para los reclusos, por las autoridades del Sistema penitenciario, garantizando la aplicación de derechos en lato sensu, lo que se evidencia de la regulación contenida en el artículo 44 el cual preceptúa: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana...” Complementándose con lo que establece el artículo 46 de la misma en el sentido que: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Si bien la Corte de Constitucionalidad ha sido enfática en considerar al hacer la interpretación de la aplicación a este extremo, que para tal efecto la norma que regula el derecho que se alega, debe guardar armonía con lo expresado en la normativa constitucional, ya que de lo contrario la estaría reformando o derogando. Sin embargo ello no impide el hacer uso de otras instancias a efecto de que se haga efectivo el disfrute del derecho plasmado en la normativa internacional y que se considere inherente a la persona humana.

En la ley suprema del ordenamiento jurídico se han establecido parámetros de actuación de las fuerzas de seguridad en el tratamiento de los reclusos, específicamente el artículo 19 el cual en su parte conducente establece que “deben ser tratados como seres humanos, no deben ser discriminados por motivo alguno, no podrá infringírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad o hacerles víctimas

de exacciones ni ser sometidas a experimentos científicos, entre otros". Por lo que de sufrir tales restricciones a sus derechos, la autoridad está en la obligación de tomar todas las medidas necesarias que permitan restablecer el derecho que ha sido conculcado.

SUSTITUTIVOS PENALES QUE REGULA EL CODIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO

Si bien existen otras clasificaciones doctrinarias, es menester en este caso adentrarnos específicamente a los sustitutivos penales que regula nuestro Código Penal, a efecto de tener una idea clara de los mismos, siendo estos: La suspensión Condicional de la Pena, (Arto. 72), El Perdón Judicial (Artículo 83) y La Libertad Condicional (Arto. 78 al 82), cada uno se encuentra condicionado al cumplimiento de requisitos legales.

Si bien los sustitutivos penales toman en consideración para su otorgamiento factores que llevan implícito esencialmente la cuantía de la pena, una conducta adecuada y la reparación del daño ocasionado, entre otros, no se toman en cuenta para su otorgamiento las circunstancias personales de quien se ve compelido al cumplimiento de la ejecución de una condena con restricción de libertad personal, ya que su aplicación se confiere a quienes se les ha impuesto condenas con pena mínima en delitos de poca trascendencia social, cumpliendo previamente los requisitos legales establecidos por el legislador para su aplicación o a quienes habiendo cumplido parte de la pena es candidato para gozar de tal beneficio.

EL INDULTO POR HUMANIDAD Y EL SUSTITUTIVO PENAL POR HUMANIDAD

El tratadista Luigi Ferrajoli en la introducción de su obra Derecho y Razón expresa: "El <garantismo> no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales- de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos

individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses materiales y pre políticos que fundan y justifican la existencia de aquellos “artificios”, como los llamó Hobbes, que son el derecho y el estado cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.³

Es así como uno de los factores necesarios que el juzgador debería tener en cuenta al momento de imponer una pena, es la viabilidad de garantizarle al condenado el disfrute de sus derechos fundamentales de acuerdo a su condición personal, proveyéndole de los medios estructurales y de servicios que le permitan gozar de una expectativa de subsistencia y muerte en condiciones que garanticen el disfrute de su dignidad como persona, para lo cual el Estado deberá alejarlo de las inclemencias negativas que puedan incidir en la restricción a tal derecho.

En otros sistemas judiciales, se hace acopio a la aplicación de la figura del Indulto por Humanidad, que persigue propiciar la libertad del condenado, si en cumplimiento de la condena surgen circunstancias personales que hacen viable su excarcelación, generalmente mediante la aplicación del Arresto Domiciliario, ya que por la vulnerabilidad en que se encuentra la persona, se le da un trato preferente en garantizarle su libertad personal y pueda ser atendido en las necesidades que de acuerdo a su condición le sean prioritarias, permitiéndole vivir con dignidad el tiempo que le resta de la condena.

En cuanto al sustitutivo penal por humanidad, este no se encuentra regulado dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, sin embargo se hace necesaria su regulación, a efecto de evitar colocar a los jueces en la disyuntiva del garantismo a la legalidad y la sensibilidad humana, para lograr la concreción efectiva del cumplimiento de la condena, sirviendo como mecanismo para garantizar el disfrute de derechos los fundamentales, siendo una alternativa para garantizar la subsistencia y muerte digna del condenado, pero desde el momento en que le es impuesta la condena, a efecto de evitar así, que sea conducido a los recintos de cumplimiento de condena ordinarios.

³ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón “Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, España 1995, Página 28

Si bien debe cumplir la pena impuesta tanto la principal como la accesoria, es necesario que ésta se haga efectiva en recintos especializados, donde se ubique a todos aquellos que se encuentren en iguales condiciones personales o se le confiera en esa calidad de un arresto domiciliario, con el fin de que se le provea de las atenciones que contribuyan a proporcionarle los satisfactores de mantenimiento necesarios para su subsistencia como: atención médica, psicológica, o cuidados especiales.

FACTORES PERSONALES QUE IMPLICAN LA NECESIDAD DE UN SUSTITUTIVO PENAL POR HUMANIDAD

Como consecuencia del incremento en la comisión de hechos delictivos que llevan implícita la imposición de penas exorbitantes limitativas de la libertad personal debido a la gravedad de los hechos objeto de juzgamiento, los condenados se ven compelidos a sufrir el agravio del cumplimiento de una pena generalmente limitativa de la libertad personal, ello con la finalidad de que tal gravamen personal contribuya a su rehabilitación y reencausar el actuar del culpable para reincorporarlo como una persona útil a la sociedad, sirviendo de ejemplo a terceros y prevenir así la comisión de nuevos hechos ilícitos, concientizándoles que si optan por quebrantar la norma penal, sufrirán las consecuencias jurídicas que conlleva la limitación de derechos tanto personales como patrimoniales.

Si bien toda pena debe contribuir a concretizar tales fines, en algunos casos, su ejecución viene siendo una utopía, ello debido a la existencia de factores devenidos de la propia naturaleza humana -enfermedades terminales como: cáncer, leucemia, sida, pancreatitis u otras o por circunstancias acaecidas en el transcurso de la vida del condenado -inmovilidad corporal, que le imposibilitan cumplir con los objetivos de la pena impuesta o que en todo caso ya no está en condiciones aptas para reincorporarse como una persona productiva para la sociedad -personas de avanzada edad con padecimientos físicos o mentales-.

En las personas de edad avanzada, con el transcurrir del tiempo su vida útil se ve reducida, debido a que empieza un deterioro natural del

cuerpo y la mente, requiriendo para satisfacer sus necesidades esenciales mayores cuidados y atenciones en forma personalizada, los cuales solo serían posibles fuera del recinto carcelario o en lugares que contaran con los implementos y personal de asistencia adecuados, lo cual conlleva para el Estado y la sociedad una erogación de recursos que en nada contribuye a la rehabilitación del individuo, sino más bien a proporcionarle los satisfactores que contribuyan a su mantenimiento a efecto de prolongar su existencia y lograr así el cumplimiento efectivo del tiempo de la condena impuesta, sin considerar si es viable su reincorporación como un ente útil a la sociedad.

Las personas en esas condiciones pueden ver constantemente lesionada su dignidad, al restringírseles el acceso al aseo personal, recreación, ocupación laboral, u otros- sin poder repeler los agravios ocasionados a su persona o ver limitada la utilización de los mecanismos internos que contribuyan garantizar la reparación de tales violaciones.

Ello porque generalmente los centros carcelarios no cuentan con los servicios adecuados o suficientes para atender a enfermos crónicos o desahuciados, adultos mayores, o con limitantes físicas que les impiden su movilidad, lo que hace que el encierro en un centro carcelario se convierta más que una sanción ejemplificadora, una vindicta del sistema social en que se impone.

GARANTISMO EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución Política de la República de Guatemala estipula en el artículo 3° que “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona” y en el artículo 4° en su parte conducente establece: “Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad”, preceptos que si bien el Estado se ve en la obligación de acatar, debe también garantizar que existan los mecanismos estructurales que garanticen su concreción en forma objetiva, para ello debe crear las condiciones

jurídicas, sociales, políticas, de infraestructura u otras, para no queden éstos como una utopía a alcanzar.

El estado ante la ratificación de los instrumentos de carácter internacional –Tratados y Convenios-, ha sometido su voluntad al respeto del contenido de la normativa de tales instrumentos, debiendo además garantizar la efectividad de los mismos, mediante la creación de las condiciones –normativas, políticas públicas, infraestructura, u otros que hagan viable el efectivo disfrute de tales derechos, ello como una expresión de su sometimiento a la voluntad internacional, ya que de no hacerlo por descuido, negligencia u otra circunstancia, le implica padecer las consecuencias jurídicas que devienen de tal normativa.

Como ejemplo se ha sometido al criterio sustentado por la Corte Interamericana de derechos Humanos, a efecto que en Guatemala y no se imponga la pena de muerte, debido a que es criterio de la Corte que para ello es preciso que el Estado de Guatemala, deberá garantizar el acceso al recurso de gracia, creando el órgano competente para ello, lo cual se encuentra en un limbo jurídico.

En el Caso Tobi, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reitera el razonamiento y señala que la situación personal de las personas privadas de libertad se enmarcan en el art. 5.2 de la CADH y por tanto, se consagra el derecho de toda persona “a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal”, derecho que se encuentra íntimamente ligado con las condiciones de vida del detenido. El Estado en atención a su condición de garante de las condiciones de vida de las personas, privadas de libertad y como responsable final de los establecimientos de reclusión, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos”⁴.

El garantismo a los derechos humanos, no debe estar desvinculado del cumplimiento de la condena que se impone, ya sea en un recinto

⁴ Nashi Rojas, Claudio. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción. “Aciertos y Desafíos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Editorial Porrúa. México 2009 Pág. 245.

especializado o en el domicilio del condenado, siempre bajo la custodia o controles del Estado, a efecto de que la sociedad no quede desprotegida en la aplicación de justicia, ya que de no ser así, que razón tendría imponer una condena que quedaría en el limbo, y cuyos efectos sancionadores no tendrían efecto alguno en quien es objeto de la misma, que si bien no es posible su reinserción a sociedad como un ente útil, si ejemplifica.

CONCLUSIÓN

Ante el padecimiento de tales circunstancias de vulnerabilidad, que puedan mantener latente en el condenado el riesgo a que padezca constantes vejaciones físicas o psicológicas, así como la restricción en el ejercicio de las acciones que hagan viable la prevención o reparación de sus derechos fundamentales, es preciso que el Estado regule dentro del orden normativo la figura del sustitutivo penal por humanidad.

Ello a efecto que quienes administran la justicia, cuando exista restricción a la libertad personal y habiendo comprobado científicamente en el condenado la existencia de: a) Padecimiento de enfermedad terminal, b) Persona de avanzada edad con limitaciones físicas o psicológicas o c) Personas con limitaciones de movilidad corporal total, se vean en la obligación de remitirlos a un centro especializado distinto de los de cumplimiento de la ejecución de la pena o se les confiera arresto domiciliario, bajo la custodia y mecanismos de prevención que considere pertinentes, ello a efecto que de acuerdo a su condición personal, se le provea de todos los satisfactores necesarios que le permitan vivir y morir con dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela José Francisco. Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Especial, Magna Terra Editores S. A Guatemala, 2008.
2. Díaz Repolles José Luis. Coordinadores, Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General. Impresos Industriales S. A. Guatemala. 2001.
3. Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón “Teoría del Garantismo Penal”. Editorial Trotta, España 1995.
4. Nashi Rojas, Claudio. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción. “Aciertos y Desafíos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Editorial Porrúa. Mexico 2009.

NORMATIVA

- Constitución Política de la República de Guatemala 1985
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Las 100 Reglas de Brasilia
- Código Penal
- Código Procesal Penal

A photograph of a woman with her hands covering her face, suggesting a state of distress or fear. The image is used as a background for the title of the document.

ANÁLISIS DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO PARA EL SECUESTRO

**ALCANCES Y CONSECUENCIAS DE SU REGULACIÓN
EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO.**

ANÁLISIS DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO PARA EL SECUESTRO

Alcances y consecuencias de su regulación en el Código Penal Guatemalteco.

Lic. Alexander José Pacay Mendoza
Defensor Público de la Libertad, Petén.

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Son pocos los antecedentes que existen en cuanto al delito relacionado, pero ya se tiene noticia del encubrimiento – en general– en época muy antigua, así lo expresa De Mata Vela y De León Velasco, cuando indican que “(...) aunque el encubrimiento es un delito de antiguas raíces mencionada en la Ley de las XII Tablas, es en la época del Imperio Romano en que el crimen receptatorum evoluciona, abarcando el favorecimiento real y el personal considerándose receptatores o receptores a quienes prestan ayuda en graves delitos contra la propiedad”.¹

Los mencionados juristas citan a Kohler, quién afirmaba que no puede admitirse que los romanos concibiesen el encubrimiento como una participación posterior al delito, entre otras razones porque hubiere carecido de sentido, entonces, la creación del crimen receptatorum, que castigaba precisamente la participación posterior al crimen cometido.² Por otra parte afirman que “En el antiguo derecho germánico, también se conoció el favorecimiento y fue castigado en forma severa y en algunos casos con la misma pena que correspondía al autor del delito. Antecedentes del encubrimiento también se encuentran en la edad media. En preceptos del derecho municipal, y es en esta época cuando por influjo del Derecho Italiano se afirma en la doctrina y en las legislaciones la Teoría de que el Encubrimiento es una forma de participación criminal”.³

¹ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Anibal De León Velasco. Derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Parte Especial. Págs. 665-666

² Ibid.

³ Ibid.

II.- EL ENCUBRIMIENTO COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ANTERIOR.

Son pocos los antecedentes históricos que existen en nuestra legislación. Es en el Código Penal de 1936 que el encubrimiento se reguló como una tercera forma de participación, a la par de la autoría y la complicidad, no como se encuentra actualmente. La figura delictiva exigía el conocimiento de la comisión del delito, pero sin tener participación como autores ni cómplices, para dar lugar a la participación posterior.⁴

III.- EL ENCUBRIMIENTO COMO FIGURA AUTÓNOMA.

Puede afirmarse que fue Karl Binding, quien precisó los elementos que caracterizan el delito de encubrimiento en la actualidad, visión que predomina en la doctrina y en las legislaciones. El citado autor destaca algunos errores que perturban la esencia del favorecimiento: "(...) en primer lugar, por la teoría que asimila el encubrimiento a la complicidad; y finalmente, y en mayor medida, por considerar que el encubrimiento tiene un carácter unitario".⁵ Los errores se fundamentan en oponer el argumento, de que cómo el encubrimiento, es posterior a la determinación del delito, no cabe hablar de una participación en su comisión. En lo referente al error de atribuir al encubrimiento, el carácter de complicidad, es decir, a la circunstancia de que sólo se puede prestar ayuda al delincuente para evitar la pena y tener el botín, destaca el inconveniente de que se castigaría el auxilio, mientras que la conducta principal realizada por el autor del delito precedente sería impune, lo cual está en contradicción – afirma -- con la naturaleza accesoria de la complicidad.

Por otra parte Binding en cuanto al error de afirmar la unidad del encubrimiento, manifiesta que éste es punible precisamente en atención a la finalidad perseguida por el encubridor. Finalidad que puede ser doble,

⁴ El artículo 32 del Decreto 2164 de las Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, regulaba: "Artículo 32. Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración del delito o de los actos ejecutados para llevarlos a cabo sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes...".

⁵ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Anibal De León Velasco, op. cit., págs. 666-667

como la de sustraer al delincuente a la pena o asegurarle los provechos del hecho punible. Es importante destacar que en el primer caso el encubrimiento se dirige contra el Estado y en el segundo caso se atenta contra los derechos de aquél a cuya costa ha obtenido el delincuente el botín, siendo en esencia este tipo de encubrimiento un delito contra el patrimonio, para lo cual opina el autor, se conserve el nombre de receptación.⁶ De la contribución doctrinaria de Binding es que ganó fuerza la tendencia a colocar el favorecimiento personal dentro de los Delitos contra la Administración de Justicia y la Receptación dentro de los Delitos Contra el patrimonio.

IV.- DEFINICIÓN DEL ENCUBRIMIENTO.

Existen algunas definiciones del delito de encubrimiento, entre las cuales podemos señalar, por una parte la del Diccionario Jurídico Mexicano, que encubrimiento proviene de la voz latina occultatio que significa ocultación, la acción de ocultar u ocultarse, ocultado, encubierto, escondido, oculto. Según el referido Diccionario, aplicado al campo penal, el encubrimiento, de acuerdo al Código Toscano en Italia, es un acto mediante el cual, con conocimiento y después de la consumación del delito, pero sin acuerdo anterior y sin llevar al delito mismo a consecuencias ulteriores, se ayuda a sus autores para asegurar el provecho criminal resultante o eludir las investigaciones de la justicia.⁷ Por otra parte tenemos la definición destacada por Manuel Ossorio, al indicar que el encubrimiento es un delito "(...) que lesiona la administración pública de justicia como bien jurídicamente protegido. Supone la existencia anterior de un delito y consiste en ocultar a quien lo cometió, en facilitarle la fuga o en hacer desaparecer los rastros o pruebas del delito, o bien en guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o en cambio los efectos sustraídos".⁸ Pero de igual manera se

⁶ Ibid.

⁷ Ibid. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. Pág. 62

⁸ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales. Pág. 385-386

comete encubrimiento cuando se deja de comunicar a la autoridad las noticias que se tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando la persona estuviere obligada a hacerlo por su profesión o empleo, o negare a la autoridad, sin motivo legítimo, el permiso de penetrar en su domicilio para detener al delincuente que se encuentre en él.⁹

V.- CLASES DE ENCUBRIMIENTO.

En nuestra legislación, no existe una integración de las leyes en un solo código, máxima con la hemorragia legislativa en materia penal del Congreso de la República en los últimos años. Resultado de ello, las leyes penales se encuentran dispersas, reinando el desorden y la confusión. Es en el Código Penal, en donde se encuentran tipificados los diferentes delitos y las conductas que se encuentran prohibidas por la ley, coexistiendo en la actualidad con numerosas leyes especiales.

El delito que nos atañe, el encubrimiento, se encuentra regulado en los artículos 474 y 475, divididos en Encubrimiento Propio y Encubrimiento Impropio. En estos dos tipos penales, se define cada uno de los delitos relacionados y la forma de comisión de los mismos. El análisis de su estructura nos proporciona sus características especiales y cuáles son las diferencias con otros delitos.¹⁰ El encubrimiento propio exige para su configuración, que no exista concierto, convivencia o acuerdo entre el sujeto activo del delito y el autor del delito precedente, pero si conocimiento de su ejecución. La intervención por lo tanto debe ser posterior, realizando las conductas que la ley precisa, como ocultar, facilitar la fuga o no entregar al delincuente (favorecimiento personal) y recibir, traficar o aprovechar los efectos materiales del delito (favorecimiento real).

⁹ Ibid.

¹⁰ “Artículo 474.- (Encubrimiento Propio). Es responsable de encubrimiento propio quien sin concierto, connivencia o acuerdos previos con los autores o cómplices del delito pero con conocimiento de su perpetración, interviniere con posterioridad, ejecutando alguno de los siguientes hechos:1º. Ocultar al delincuente o facilitar la fuga.2º. Negar a la autoridad sin motivo justificado la entrega de un sindicado, perseguido o delincuente que se encuentre en la residencia o morada de la persona requerida.3º. Ayudar al autor o cómplice a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la pesquisa de esa.4º. Recibir, ocultar, suprimir, inutilizar, aprovechar, guardar, esconder, traficar o negociar; en cualquier forma, objetos, efectos, instrumentos, pruebas o rastros del delito. Los responsables del delito de encubrimiento serán sancionados con prisión de dos meses a tres años.

En cuanto al encubrimiento impropio,¹¹ el elemento principal a destacar es el desconocimiento “determinado” de la comisión del delito precedente, pero sí la presunción del mismo por las circunstancias de la comisión, lo que lleva al sujeto activo a realizar en forma habitual acciones de albergar, ocultar o proteger delincuentes o a realizar las conductas del artículo 474, que contiene el delito de encubrimiento propio.

El legislador consideró adecuado, hacer la división entre Encubrimiento Propio e Impropio, pues no se puede crear un delito de encubrimiento por cada delito que exista, como lo sería por ejemplo, el encubrimiento para el asesinato, encubrimiento para el robo... y así indefinidamente. Existen figuras delictivas diferentes y no se puede tipificar el encubrimiento para cada delito existente en nuestra legislación. Además el bien jurídico tutelado en cada delito es diferente, mientras que en el encubrimiento, en sus dos variantes, es el mismo.

Por otra parte, es necesario destacar la excusa absolutoria del artículo 476 del Código Penal, que exime de responsabilidad penal al sujeto activo, cuando se dan los requisitos que el referido artículo señala, en protección del bien jurídico de unidad familiar que el legislador lo prioriza por sobre el bien jurídico tutelado en el encubrimiento.

VI.- EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO PARA EL SECUESTRO.

En nuestra legislación penal, al realizar el estudio de la ley y especialmente del Capítulo VI, del Título XIV, del Libro segundo, del Código Penal Guatemalteco, que regula la figura del encubrimiento, vemos que no está tipificado el delito de “encubrimiento para el secuestro”. Esta figura

¹¹ Artículo 475. (Encubrimiento Impropio). Es responsable del delito de encubrimiento impropio quien: 1°. Habitualmente albergare, ocultare o protegiere delincuentes o, en cualquier forma, ocultare armas o efectos de delito, aunque no tuviere conocimiento determinado del mismo. 2°. Debiendo presumir de acuerdo con las circunstancias la comisión del delito, realizare cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo anterior. Al responsable del delito a que se refiere el inciso primero de este artículo, se le sancionara con prisión de dos a cuatro años. Al responsable del delito a que se refiere el inciso 2°. de este artículo, se le sancionará con multa de cincuenta a un mil quetzales. Si el responsable tuviere negocio de los objetos de que se trate o realizare actividades de tráfico habitual con los mismos, ya sean nuevos o usados, la sanción será de seis meses a dos años y multa de cien a dos mil quetzales.

la encontramos en el artículo 201 del referido cuerpo legal, en dicho artículo aparece el nomen legal, pero no contiene la descripción de conducta alguna, por lo que su tipificación es inexistente y sancionar por encubrimiento para el secuestro, tal como hacen algunos órganos jurisdiccionales, es violatorio del principio de legalidad criminal.

En efecto, el artículo 201 del Código Penal, refiere: “Los cómplices o encubridores serán sancionados con pena de veinte a cuarenta años de prisión”. Esto llama la atención, que el legislador haya ignorado la más elemental técnica legislativa, atentando contra el principio de legalidad, pues vagamente hace alusión a la pena que debe imponérsele a una persona por la comisión de ese delito, al referirse a los cómplices o encubridores, pero sin crear la figura de encubrimiento para el secuestro, porque al incluir un tipo penal, igual debe de establecerse una descripción detallada y concreta del tipo penal (legalidad criminal), además de la pena (legalidad penal) que debe aplicarse. En ese sentido no puede hablarse del delito de encubrimiento para el secuestro, por no estar plenamente establecida en el Código Penal esta figura legal. Este es un ejemplo de cómo algunas veces caprichosamente se crean delitos, violentando la ley, únicamente encuadrando las palabras a un supuesto tipo penal a conveniencia del resultado que se persigue.

VII.- CASO CONCRETO DE UNA PERSONA SINDICADA DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO PARA EL SECUESTRO.

En la práctica penal en Guatemala, es frecuente que las personas soporten penas por el delito de encubrimiento para el secuestro, que como ya vimos, no existe realmente. Como defensor tengo la experiencia de conocer algunos casos, pero quiero traer a colación uno en el cual ejercí la defensa técnica. En el caso de marras¹² el Ministerio Público, a través de la Fiscalía de Sección Contra el Crimen Organizado, acusa a una persona por el delito de encubrimiento para el secuestro, para lo cual solicita que

¹² Causa Judicial 247-2012, del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, de La Libertad, Petén.

se emita el correspondiente auto de apertura a juicio. El juez contralor, como sucede en algunos casos, acepta la acusación sin mayor análisis y lo eleva al Tribunal de Sentencia competente para el respectivo Juicio Oral y Público.¹³

Me parece oportuno, citarlo regulado en el artículo 1 del Código Penal, el cual preceptúa: “Artículo 1. (De la legalidad). Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”.

Por otra parte tenemos el artículo 7 del mismo cuerpo legal, que señala: “(Artículo 7. (Exclusión de la analogía). Por analogía los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”.

Pero además tenemos el importante principio de interpretación restrictiva, de toda disposición que no favorezca al imputado del artículo 14 del Código Procesal Penal, que regula: “Tratamiento como Inocente...la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades”.

De conformidad con los artículos relacionados, se puede establecer en primer punto que al referirnos al artículo 1 del Código Penal, es bien claro, en cuanto a establecer que ninguna persona puede ser penada por hechos que no estén calificados en la ley, del ya referido principio de legalidad. Esto porque la pretendida tipificación del delito de “encubrimiento para el secuestro”, el legislador la incluye en el delito de Plagio o Secuestro, pero no es la forma técnica ni adecuada, porque el delito de encubrimiento tiene su apartado especial y su división, tal como se ha mencionado, en el cual no se encuentra regulado el delito de “encubrimiento para el secuestro”, que por demás como ya lo mencionara no sería técnico regular una figura para cada delito contenido en la parte especial del Código Penal. En ese sentido, considero que por dicha figura legal no puede ser condenada una persona, por no encontrarse encuadrada ley, porque si se aplica la sanción

¹³ Por competencia territorial conoció el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente de San Benito, Petén.

contenida para esta figura inexistente del artículo 201, se estaría contraviniendo la ley y en especial el principio de legalidad.

Los principios de legalidad y de interpretación restrictiva de las disposiciones que restringe la libertad o el ejercicio de los derechos del imputado ya citados, tiene un carácter imperativo y por lo tanto obligan al juzgador. De manera que no puede aplicarse la analogía a menos que favorezca la libertad de la persona, por lo que al determinar, sin tipificar, el delito de encubrimiento para el secuestro, como se hizo, se está interpretando de forma extensiva la ley y aplicando analogía, lo que contraviene nuestro ordenamiento jurídico.

VIII.- SENTENCIA QUE RESUELVE LA ACUSACIÓN DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO POR SECUESTRO.¹⁴

El Tribunal al finalizar el Juicio Oral y Público, al emitir la sentencia de carácter absolutoria, luego de citar el artículo 1 del Código Penal, que contiene el principio de legalidad criminal, expresa el fallo lo siguiente: “(...) Al analizar la plataforma fáctica contenida en el memorial de acusación, los suscritos jueces, consideramos que a la señorita BERTA LIDIA CHO GARCÍA el Ministerio Público la acusó de la comisión del delito de ENCUBRIMIENTO PARA EL SECUESTRO, de conformidad con lo estipulado en el artículo 201, segundo párrafo, del Código Penal (...)”.

Seguidamente el Tribunal analiza: “(...) sin embargo se debió acudir al tipo penal que regula lo relativo al delito de encubrimiento propio y de allí desplegar la conducta que realizó en su caso la acusada, al tenor de lo estipulado en la norma en que base el Ministerio Público su acusación para que los juzgadores pudiesen encuadrarla dentro de los presupuestos contenidos en el tipo de encubrimiento propio, para no violentar este principio (el de legalidad, la acotación es mía) y por ende su derecho de defensa (...)”.

¹⁴ Sentencia de fecha 12 de marzo de 2013, dictada por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente de San Benito, Petén, Carpeta Judicial C-341-2012.

El órgano jurisdiccional, además realiza en el fallo, un análisis de la conducta atribuida por el ente investigador a la acusada, arribando a la conclusión que no se tuvo por acreditada con la actividad probatoria del Ministerio Público, que haya realizado una o algunas de las acciones propias del tipo penal de secuestro del artículo 201 del Código Penal, para luego expresar: "(...) Nuestro ordenamiento sustantivo claramente determina la conducta que debe ejercer la o las personas para la comisión de ese hecho delictivo y no contempla la figura como tipo penal de ENCUBRIMIENTO PARA EL SECUESTRO, por lo tanto, haciendo acopio a dicha normativa, en el presente caso no se puede determinar con los argumentos dados por el Ministerio Público que la acusada haya cometido con su conducta algún hecho delictivo, ni ha violentado ninguna norma legal establecida. Los extremos de la imputación, no pudieron ser corroborados con ningún órgano de prueba generado en la audiencia del debate (...)".

El Tribunal cita el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el artículo 17 de la Constitución Política de la República, además del artículo 2 del Código Procesal Penal, que expresamente contienen la declaración de que ninguna persona puede ser detenida o presa sino por acciones u omisiones calificados como delito o falta. De forma clara los juzgadores perfilan las características del derecho penal de acto que fundamenta el proceso penal guatemalteco, que impone a los jueces la obligación de juzgar únicamente las acciones u omisiones que cometan las personas y que revistan características de delito y que al Ministerio Público – así lo dicen expresamente los jueces -- también le impone la obligación de determinar en forma precisa y concreta que cada persona imputada haya materializado las acciones que estén claramente contenidas en un tipo penal.

La sentencia relacionada hace más que evidente la ilegalidad que pretendió el Ministerio Público, al presentar una acusación con una aberración jurídica de esa naturaleza, pues al analizar los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Sentencia, aclara el porqué, no procede el delito de encubrimiento para el secuestro. Claramente señalan que la figura genérica del encubrimiento propio, debió ser la base en la que el ente investigador

pudo – en todo caso -- encuadrar las acciones de la persona acusada. En ese sentido, se considera atinado los argumentos utilizados por el Tribunal para absolver a la sindicada, porque si bien es cierto, no lo menciona textualmente, se puede entender, que la sentencia absolutoria fue dictada, por la circunstancia legal e imperativa, de que el delito de encubrimiento para el secuestro no se encuentra tipificado en nuestra legislación.

Como defensores somos celosos de que se respete el debido proceso y que las condenas que dicten los órganos jurisdiccionales, estén basadas en la fiel observancia de todas las garantías que fundamentan el proceso penal en un estado democrático de derecho, con medios de prueba que acrediten que las acciones delictivas fueron ejecutadas por los imputados. Por ello, debemos invocar las garantías penales y acudir a otras instancias superiores cuando no se logra su observancia en primera instancia. En ese sentido, es menester mencionar nuevamente sobre la falta de tipificación del delito de “encubrimiento para el secuestro”, que a todas luces se está violando la ley al utilizar el Ministerio Público esta figura arbitraria, pues se estaría aplicando la analogía en un caso concreto, esto está prohibido por nuestra legislación, lo que vulnera los derechos de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. Editorial Porrúa. UNAM. México, 1985.
2. De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. Derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Parte Especial. 20ª, edición. Corregida y actualizada, Guatemala, 2010,
3. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, 28ª, edición. Actualizada, corregida y aumentada. Argentina, 2001.

LEYES

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Código Penal.
3. Código Procesal Penal.

FALLO JUDICIAL

1. Sentencia de fecha 12 de marzo del 2013, emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, San Benito, Petén, carpeta judicial C-341-2012.

CRIMINALIZACIÓN DE LAS IDEAS DELICTIVAS EN EL DELITO DE CONSPIRACIÓN



CRIMINALIZACIÓN DE LAS IDEAS DELICTIVAS EN EL DELITO DE CONSPIRACIÓN

M.A. Hugo Roberto Saavedra

Cogitationes poenam nemo patitur, es la máxima en latín que significa que sólo la conducta (acción u omisión) exteriorizada es susceptible de penalización y no el pensamiento, las ideas internas quedan allí en el fuero subjetivo, excluidas de punibilidad, sin embargo esa garantía del Derecho penal liberal se está transformando ante la nueva modalidad del crimen organizado transnacional.

Analizaré algunas tendencias que están minimizando el garantismo, lo están relativizando, al extremo que se niegan ciertos derechos fundamentales o garantías so pretexto de tutelar a la sociedad de nuevas esferas de criminalidad transnacional y frente a este fenómeno dialéctico se requiere de nuevas figuras delictivas de última generación, capaces de frenar ese flagelo.

Hoy en día el Derecho penal ya no es de ultima ratio, por el contrario, es de prima ratio para resolver diversidad de conflictos, por lo que se está experimentando el fenómeno del expansionismo penal, que consiste en la creación de un sin número de delitos, contenidos en un cúmulo de leyes penales especiales asistemáticas. Al respecto indica Carlos Julio Lascaso, citando a Ramón Ragues, expone que "...en los últimos años el Derecho Penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que esta vez no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En la actualidad, el Derecho, Penal sustantivo está creciendo en los siguientes tres sentidos: primero, se esta ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido,

introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes, segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho Penal. Se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito”¹

Resultado de ese maximalismo penal o expansionismo, el Derecho penal ha ingresado a espacios que antes no trastocaba, produciéndose la referida inflación penal, que han rebasado al propio código penal, por ende se está produciendo una descodificación penal.

Recordemos que el movimiento codificador tiene como antecedente la época romanista al aparecer el Código de Justiniano que marco la tendencia a la codificación, hasta que en el medio evo sufre un declive, pues la única materia objeto de codificación, fue la religiosa y no otra, es decir el Derecho Canónico era el imperante. Transcurren algunos siglos para poder hablar del renacer de este movimiento, hasta llegar a otro código celebre cuya influencia irradia a diferentes países de Europa y América latina como lo fueron los Códigos de Napoleón, de 1804 en materia civil y en 1810 en el ámbito penal, desencadenándose nuevamente el movimiento codificador en toda Europa, como panacea de los diferentes conflictos del recién Estado- Nación.

Esa codificación se justificó por el hecho de la dispersión de leyes existente en Francia, que afectaban el poder central y le debilitaban, pues en el lado norte operaba las costumbres germánicas en tanto que en el sur se aplicaba el Derecho Romano a través del denominado *Iuris Corpus Civiles*, además la ilustración producto de la revolución francesa debía arrasar con legislaciones arcaicas y actualizarlas tal como lo reclamaba la coyuntura económica y mercantilista, de ese momento histórico.

Se puede afirmar que el fenómeno de la descodificación penal es un retroceso a la dispersión de leyes especiales, que debilitan la sistemática

¹Lascano, Carlos Julio. Página 162

que por esencia se exige a la codificación, dispersión que a superado al mismo código, tal como lo indique anteriormente, por lo que estamos a presencia de una neocodificación que prescinde de la histórica codificación que ya no responde al contexto actual y es más un estorbo que un beneficio en el combate al crimen organizado transnacional. Este neocódigo está compuesto por ese cúmulo de leyes penales especiales.

En esas leyes penales se han plasmado delitos denominados de última generación, que cumplen con las directrices establecidas en la histórica Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas del año 1988, que manda a penalizar la participación en un grupo criminal organizado y la más reciente Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional o Convención de Palermo² que brinda una definición de estructura de qué es un grupo criminal organizado, brinda directrices para tipificar el delito conspiración, de lavado de dinero, obstrucción a la justicia por ejemplo. Reflejo de esta última Convención es nuestra ley contra la delincuencia organizada, Decreto 21-2006, que explica también qué debe entenderse con grupo delictivo organizado, tipificando el delito de conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada y obstrucción a la justicia entre otros.

Esa nueva fenomenología delincriminal nutre una nueva modalidad de etiquetamiento, pues se ha generalizado la criminalización de que los detenidos pertenecen a una peligrosa banda del crimen organizado, generándose la creación de juzgados de primera instancia y tribunales para conocer procesos de mayor riesgo³, que brinda seguridad extrema a jueces, fiscales y otros sujetos procesales, ante el peligro inminente a su integridad física o vida, derivado del juzgamiento de personas consideradas del crimen organizado. Esa es la neocriminalización primaria y secundaria, que impera en la persecución penal: todo es crimen organizado en lo normativo y en lo óptico.

² Esa Convención contempla el protocolo, el de Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, el de Prevenir, Reprimir y sancionar la trata de personas especialmente de mujeres y niños y el protocolo contra la fabricación y tráfico de armas de fuego, la cual fue aprobada mediante el Decreto número 36-2003 del Congreso de la República de Guatemala, de fecha 19 de Agosto del año 2003.

³ Ley de competencia penal en procesos de mayor riesgo, Decreto 21- 2009 Congreso de la República de Guatemala.

Desde ya esos juzgados y tribunales de mayor riesgo, etiquetan o rotulan a los incoados de personas altamente peligrosas, prejuiciando al juzgador y a la sociedad, de que debe condenárseles por esa peligrosidad, con lo cual se está aplicando un Derecho penal autor y un Derecho penal de riesgo, pues existe una probabilidad de si quedan libres surge el riesgo de que volverán a delinquir, por lo tanto estos enemigos deben queda inocuizados.

Ante ese escenario, el fiscal intima por regla general el delito conspiración y asociación ilícita, más el delito específico cometido ya sea narcoactividad, trata de persona, lavado de dinero, etcétera.

Para efectos del presente trabajo me limitaré al delito de conspiración, contenido en el artículo 3 de la Ley contra la delincuencia organizado, el cual prescribe: “Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra u otras personas con el fin de cometer uno o más delitos de los enunciados en el presente artículo. Las penas a imponer a cada persona por conspirar serán las mismas señaladas para el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos. Los delitos a los que se hace referencia en le primer párrafo de este artículo son los siguientes: Los contenidos en la narcoactividad, en la ley contra el lavado de dinero, los contenidos en el código penal, de los delitos de la propia ley contra la delincuencia organizada, en la ley contra la defraudación y el contrabando aduanero, ley de migración y ley para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo.

El doctor mexicano Samuel González García, explica que el Ministerio Fiscal debe investigar y probar los denominados delitos de doble piso, cometidos por el crimen organizado: “En el primer nivel o base está la concertación y en el segundo piso están los delitos predicado”⁴

Esto significa que el Fiscal debiera investigar de primero el acuerdo criminal y posteriormente el delito cometido específicamente, con ello se tendrá éxito en el combate a esa criminalidad.

⁴ González García, Samuel. Como diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada, Programa de las Naciones Unidas para la fiscalización internacional de drogas, Lima Perú, 2001. Página 32

Considero, que ese acuerdo es un eje transversal, en los diferentes delitos cometidos por el crimen organizado, entendida tal como lo prescribe el artículo 32 del Acuerdo Gubernativo número 189- 2007 del Ministerio de Gobernación: “Existencia de un grupo delictivo organizado. Para considerar la existencia de un grupo delictivo organizado se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias: b) Que exista concertación. Por concertación se entenderá el acuerdo de voluntades, de cada uno de los miembros, para: i) pertenecer o colaborar con el grupo delictivo; II) Para cometer alguno de los hechos delictivos estipulados en la ley contra la delincuencia organizada; III) ocultar personas o el producto del ilícito o favorecer la impunidad de los miembros de la organización”. En la probanza, el fiscal, debe recolectar todo el material investigativo que demuestre esa concertación del grupo criminal organizado, es prácticamente una lluvia de ideas en que se planifica, delibera y organiza la comisión de futuros delitos, como primer nivel, solo así podrá pasar con posterioridad al segundo nivel, que es probar la comisión del o los delitos específicos, esa es la ruta lógica de análisis de los delitos de doble piso. La praxis demuestra que el fiscal solo logra probar el segundo piso, el delito específico, y no demuestra la base o concertación.

Este delito de conspiración, es considerado por la doctrina dominante como un acto preparatorio punible, a diferencia de los no punibles, en el iter criminis, que constituyen actividades previas, reflexivas, a la ejecución del o los delitos. “Entre la fase interna y el inicio de la ejecución del tipo previsto en la parte especial existe una categoría intermedia: los actos preparatorios. Es en ese estadio en el que el sujeto se previene de los medios necesarios, de los instrumentos, es cuando, por ejemplo, se observa el lugar o las costumbres de la futura víctima”⁵ La doctrina norteamericana se refiere a delitos inacabados, pues aún no se han ejecutado.

Surge la cuestionante de ¿qué criterio fundamenta la punición de las ideas delictivas, en el delito de conspiración, sin lesión o puesta en riesgo algún bien jurídico tutelado?. Ese acto preparatorio, que son los acuerdos, se encuentran alejados de la ejecución y de la consumación del

⁵ Rebollo Vargas, Rafael. La provocación y la apología en el nuevo código penal, Tirant monografías, Valencia, España, 1997. Página 19

delito, por ende, considero que aún no es necesaria la presencia del Derecho penal, ya que una de las características de él es la de ser de ultima ratio, y si ese acuerdo de voluntad no representa peligro alguno para algún bien jurídico, esa presencia sería injustificada, pues esas ideas delictivas, que podrían quedar en simples ideas, incluso, podría surgir un arrepentimiento por parte del grupo.

Por lo que esa figura delictiva está inspirada en un Derecho penal de riesgo, al penalizar a las personas que representan un peligro a la sociedad, es un claro Derecho penal de autor, pues no se ha lesionado ningún jurídico ni se ha puesto en un peligro objetivo, tal como lo exponen las teorías objetivas para justificar la punición de ciertos actos preparatorios, al indicar que: “El núcleo argumental de las teorías objetivas para fundamentar la punibilidad de las fases anteriores a la consumación, no reside en la voluntad del autor sino en la objetiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado”.⁶ Los ejemplos de esa puesta en peligro de algunos bienes tutelados, serían el delito de responsabilidad de conductor, al penalizar el conducir bajo efectos de ebriedad o el delito de posesión de arma de fuego sin licencia.

Esa puesta en peligro, es característica de los delitos de mera actividad en los que no se lesiona aún el bien jurídico. “Ahora bien, la configuración de estos delitos implica una clara lejanía respecto del menoscabo material de bienes jurídicos individuales es necesario exigir, como lo ha hecho la doctrina respecto a los delitos de peligro abstracto, que la conducta, en el momento de su ejecución, deba resultar objetivamente peligrosa, esto es, deba ser una acción que ex ante puede considerarse con posibilidades objetivas de lesionar bienes jurídicos cuya tutela en los delitos de tenencia ilícita de armas, como ha quedado dicho, constituye sólo la ratio legis del tipo.”⁷ Aquí la acción en sí misma, es la que consuma el delito sin existir resultados penalmente relevantes que transforman la realidad objetivamente.

⁶ Rebollo Vargas, Rafael. Ob. Cit. Página 22

⁷ Cruz Blanca, María José. Tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas, Editorial Dykinson S.L., Madrid, España, 2005. Página 51

En cuanto al delito de conspiración, el mismo no puede ser catalogado como de resultado ni de mera actividad, por lo anteriormente expuesto, pues carece de una acción que lesione o ponga en peligro efectivamente un bien jurídico, por lo tanto las referidas teorías objetivas que justifican la punibilidad de los actos preparatorios, no aplica al delito de conspiración, ya que en el mismo no se pone en peligro objetivo algún bien jurídico, por lo que descarto la doctrina objetiva para justificar la penalización de las ideas delictivas.

Parfraseando al profesor Raúl Zaffaroni, quién explica que la teoría del delito es un análisis del pragma conflictivo, contenido en un delito determinado, en forma estratificada o de niveles, que inicia desde la categoría de la acción, tipifica, antijurídica y finaliza en la culpabilidad⁸. Esa acción humana, debe ser penalmente relevante, que modifica el mundo exterior, excluyéndose otras acciones que operan en un magma de mundaneidad, que interesan al Derecho penal, debe existir lesividad.

Zaffaroni, al igual que otros doctrinarios como Muñoz Conde, Baccigalupo por ejemplo, parten de analizar en la teoría del delito la acción, incluso, se estudian circunstancias en la que existe ausencia de acción, verbigracia: fuerza irresistible, el miedo invencible, actos reflejos, estados de inconciencia y el trastorno mental transitorio, esa ausencia es una función negativa del concepto acción, por ende no podría imputarse los hechos delictivos a la persona que los ocasiono.

En este orden de ideas, esa figura delictiva no tiene sustrato constitucional, si la contrastamos con el precepto 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.

Hasssemer, al respecto expone que: “El precepto suena más inofensivo que como lo entienden los juristas penales. Pues se extrae de

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Estructura básica del Derecho Penal, Editorial Editar, videoconferencia, en formato dvd, Argentina, 2009.

él - en un frecuente acuerdo, y en coincidencia con la extensa tradición del principio *nullum crime nulla poena sine lege*- cuatro estrictas instrucciones para el legislador y el juez penales”.⁹ Esas cuatro directrices son: a) *Lex praevia*: ley previa; b) *Lex scripta*: ley escrita; c) *Lex stricta*: prohibición de la analogía; d) *Lex certa*: La ley debe ser clara, precisa, sin ambigüedades, sin tipicidades abiertas, todo ello equivale a respetar el principio de taxatividad. Este principio, pues, opera a contrario sensu como al *ius incertum*.

Se concluye, que aquel tipo penal de conspiración, vulnera el principio de legalidad sustantivo, que exige una acción u omisión que lesiones o pongan en peligro un bien jurídico tutelado, lo cual no ocurre en la conspiración, por ello también se viola el principio lesividad u ofensividad, por ende se están conculcando Derechos humanos de los incoados, reconocidos a manera de ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe en su artículo 9 que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el derecho aplicable”.

Reitero que la única justificación para que subsistan los diferentes tipos penales contenidos en nuestra ley contra la delincuencia organizada y puntualmente el delito de conspiración, es la tendencia eficientista basada en un derecho penal de riesgo, que penaliza al sujeto peligro mediante el adelantamiento de la punibilidad, cuya etiqueta es el pertenecer al crimen organizado como una neocriminalización, relativizando garantías constitucionales so pretexto de tutelar a la sociedad del enemigo, que no es un ciudadano por tanto no goza de derechos, por el contrario, ese enemigo carece de los mismos, juzgado por un Derecho penal de tercera velocidad, que es el nefasto Derecho penal del enemigo.

⁹ Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho penal de hoy, Ediciones Ad Hoc, Argentina, 2003. Página 21

BIBLIOGRAFÍA

1. Cruz Blanca, María José. Tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas, Editorial Dykinson S.L., Madrid, España, 2005.
2. González García, Samuel. Como diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada, Programa de las Naciones Unidas para la fiscalización internacional de drogas, Lima Perú, 2001.
3. Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho penal de hoy, Ediciones Ad Hoc, Argentina, 2003.
4. Rebollo Vargas, Rafael. La provocación y la apología en el nuevo código penal, Tirant monografías, Valencia, España, 1997. Página 19.
5. Sintura Varela, Francisco y otros. Sistema Penal Acusatorio, Colección de textos jurídicos, Dike, Colombia, 2005.
6. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Estructura básica del Derecho Penal, Editorial Editar, videoconferencia, en formato dvd, Argentina, 2009.

LEYES

- Constitución política de la república de Guatemala
- Convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Ley contra la delincuencia organizada
- Acuerdo gubernativo 189- 2007, Reglamento de operaciones encubiertas
- Ley de competencia penal en procesos de mayor riesgo, Decreto 21- 2009 Congreso de la República de Guatemala.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas del año 1988.

**¿ES CONSTITUCIONAL LA
SUSPENSIÓN DEFINITIVA
DEL TRÁMITE DEL PROCESO
DE AMPARO CUANDO NO
ESTÁ REGULADA ESTA
FACULTAD TAXATIVAMENTE
EN LA LEY CONSTITUCIONAL
DE LA MATERIA?**



¿ES CONSTITUCIONAL LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA DEL TRÁMITE DEL PROCESO DE AMPARO CUANDO NO ESTÁ REGULADA ESTA FACULTAD TAXATIVAMENTE EN LA LEY CONSTITUCIONAL DE LA MATERIA?

Licda. Ingrid Romero Escribá

INTRODUCCIÓN

El amparo en la legislación guatemalteca advierte una especial y relevante importancia, toda vez que constituye un medio jurídico que garantiza el respeto de los derechos inherentes al ser humano, a la libertad de su ejercicio y a las normas fundamentales que rigen la vida de la República de Guatemala, con el fin de asegurar el régimen de Derecho.¹

Tiene por objeto proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos, o bien, restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido²; y está contemplado en el sistema general de garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, regulados en el Título VI de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Sin embargo, se presentan temas puramente procesales que pueden obstaculizar el trámite del proceso de amparo, en atención a ciertos presupuestos legales que debieron de haberse cumplido, como por ejemplo, que no sea extemporáneo, que exista legitimación activa y pasiva, y por supuesto, que se cumpla con el principio de definitividad; este último, presupone el agotamiento de todos los recursos y procedimientos que la ley que rige el acto reclamado establece para impugnarlo, en virtud de que

¹Primer Considerando de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

²Léase artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

por regla general, se ha sostenido el criterio que acudir al amparo sin haber instado las defensas idóneas, hace imposible su conocimiento de fondo. La consecuencia del incumplimiento de los presupuestos de procedibilidad aludidos, es precisamente la suspensión definitiva del trámite del amparo.

No escapa de la atención pública, que en Guatemala, la promoción del proceso de amparo ha sido objeto de abuso; por lo que la Corte de Constitucionalidad ha fijado criterio para que no se agoten todas las fases previstas en la ley hasta dictar sentencia, a consecuencia, de que según ha considerado, se puede establecer desde el inicio del proceso, que no se otorgará la protección constitucional solicitada, porque se advierte la omisión de requisitos que se consideran insubsanables.

En la actualidad, la Corte de Constitucionalidad ha fijado “criterio reiterado” en cuanto a la suspensión definitiva, orientado a que los Tribunales Constitucionales al conocer de una acción de amparo, tienen la facultad de suspenderla –aunque taxativamente no está regulada en la ley de la materia, cuando verifiquen la falta de un presupuesto procesal esencial. Es precisamente ese criterio reiterado de la Corte de Constitucionalidad sobre el cual se enfoca brevemente este ensayo, porque me generó la inquietud en cuanto a que ¿Es constitucional el atribuir al Tribunal Constitucional de Amparo la facultad de suspender definitivamente el trámite de un proceso de amparo, en virtud de que la relacionada facultad no está regulada expresamente en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad?, y que además, el fundamento para ejercer la misma, no deriva de jurisprudencia, porque en mi apreciación, el criterio aludido, no es consecuencia de interpretación de normas constituciones y demás leyes, contenida en sentencias, que sientan doctrina legal³ y que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte, y en tal sentido, para no incurrir en una aplicación antojadiza del “criterio”, ya que actualmente obedece a interpretación del máximo Tribunal Constitucional para determinar la procedencia o improcedencia de la

³ La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad norma en el artículo 43: “Artículo 43. Doctrina legal. La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitir tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido”.

suspensión definitiva del trámite del amparo, por la falta de cumplimiento de presupuestos procesales, sin necesidad de emitir un análisis de fondo del acto reclamado. Además, la “suspensión definitiva del amparo”, es una forma sui generis de finalizar el trámite de esta acción constitucional, porque de acuerdo con la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad no constituye una forma normal (sentencia) o anormal (desistimiento y sobreseimiento) de finalizar el trámite del proceso de amparo.

¿ES CONSTITUCIONAL LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA DEL TRÁMITE DEL PROCESO DE AMPARO CUANDO NO ESTÁ REGULADA ESTA FACULTAD TAXATIVAMENTE EN LA LEY CONSTITUCIONAL DE LA MATERIA?

Edmundo Vásquez Martínez ha definido el amparo como “...el proceso constitucional especial, por razón jurídico-material, que tiende a obtener la satisfacción de una pretensión de mantenimiento o restitución en el goce de derechos fundamentales...”⁴. También se le define como una garantía constitucional contra la arbitrariedad, los actos lesivos de imperio, que se traduzcan en amenaza o violación a los derechos fundamentales individuales consagrados y establecidos en la Constitución y la leyes de República, con excepción de los derechos relativos a la libertad e integridad física de las personas cuya tutela se reserva a la Exhibición Personal⁵. Asimismo, en cuanto a la definición del amparo, la propia Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en el sentido que es un “proceso de carácter extraordinario” cuya procedencia está sujeta a la concurrencia obligada de requisitos procesales.⁶

⁴ Vásquez Martínez, Edmundo. “El proceso de amparo en Guatemala”. Pág. 107.

⁵ Papadópolo, Midori. “La jurisdicción constitucional en Guatemala”. Página 62.

⁶ En los expedientes números 596-95 y 162-95, apelación de sentencia de amparo, la Corte de Constitucionalidad en sentencias de fecha diecisiete y dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y cinco respectivamente, consideró en lo conducente: “...El amparo es un proceso de carácter extraordinario cuya procedencia está sujeta a la concurrencia obligada de requisitos procesales (el resaltado es propio), entre ellos la legitimación activa del postulante. Esta Corte ha declarado en reiteradas oportunidades que cuando el amparo se fundamente en violación constitucional, debe expresarse concretamente el agravio que se ha causado y establecerse que entre el reclamante y el derecho constitucional que se invoca como violado hay una relación directa, en función del interés personal que tiene quien pide amparo. La no concurrencia de legitimación activa en el postulante determina la improcedencia de este proceso constitucional, al no existir acción pública para su planteamiento...”.

También, lo ha calificado en reiterados fallos como "medio" o "instrumento" de protección a las personas, contra actos de autoridad que impliquen amenaza o violación de sus derechos.

En concordancia con el objeto del amparo, el artículo 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala norma: “Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y, procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”. Con base en la norma jurídica referida, se puede evidenciar la extensión con la que se plasmó en el texto constitucional el amparo, reconociéndosele como un mecanismo preventivo y restaurador para la defensa de los derechos de la persona, sin supresión alguna, además de indicarse claramente, la inexistencia de ámbito que no pueda ser exigido por esa vía constitucional.

Por otra parte, la figura de la suspensión definitiva del trámite del amparo se ha definido como “...medio anormal de concluir el proceso de amparo, el cual consiste en decretar la suspensión, con carácter definitivo, ante la verificación indubitada, por parte del Tribunal Constitucional, de la ausencia de unos o varios presupuestos procesales en la acción intentada”⁷. También, se ha definido como “la paralización anormal del proceso de amparo que el juez decreta al tener la certeza de que su interponente ha incumplido con alguno de los presupuestos procesales... La suspensión es un acto procesal que pone fin al juicio de amparo, sin resolver la controversia de fondo, sin determinar si el acto reclamado es o no contrario a la Constitución y, por lo mismo, sin fincar derechos y obligaciones en relación con el quejoso y las autoridades responsables.”⁸.

⁷ Castillo Mayén, Víctor Manuel. “Las instituciones procesales que defienden al amparo de su uso innecesario. (Su Correcta ubicación en el sistema guatemalteco)”. Página 73.

⁸ Barahona, Marlon. “Los efectos de las resoluciones en la jurisprudencia constitucional, a la luz del precedente, la doctrina y jurisprudencia”. Página 7.

Los presupuestos procesales se han definido como “... un conjunto de requisitos formales y legales necesarios de obligado cumplimiento previo para cualquier persona que interponga un amparo. La no observancia de los mismos derivaría que el Tribunal Constitucional, por imposibilidad y razones de certeza jurídica no puede entrar a conocer del fondo del caso concreto que se le somete por medio del amparo, y en consecuencia, éste último no cumplirá con el objeto para el que fue planteado.”⁹

“...requisitos, de carácter precisamente procesal, cuya observancia o cumplimiento ha de ser ineludible y de primer orden en la petición que se presente para obtener el otorgamiento de dicha garantía constitucional, y ello con el objeto de que la misma adquiera la viabilidad necesaria para que el tribunal competente estudie y resuelva, constatado el hecho de que fueron cumplidos dichos presupuestos, la esencia o fondo del asunto que se somete a su jurisdicción.”¹⁰

Partiendo de las definiciones anteriormente citadas, se concluye que los presupuestos de procedibilidad del amparo, son todos aquellos requisitos esenciales que se necesitan para que el Tribunal de Amparo pueda pronunciarse respecto al fondo del acto sometido a su consideración; los cuales la Corte de Constitucionalidad ha fijado en: a) la legitimación de los sujetos activo y pasivo; b) el de oportunidad en el plazo; y c) la definitividad.¹¹

⁹ Mejicanos, Manuel. “El efectivo cumplimiento del objeto del amparo en Guatemala”. Página 16.

¹⁰ Guzmán Hernández, Martín Ramón. “El amparo fallido”. Página 61.

¹¹ En el expediente número 360-88, sentencia de fecha quince de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, la Corte de Constitucionalidad consideró en lo conducente: “... De ahí la facultad de las personas de acudir a este instituto, que hará de utilizarse conforme su naturaleza y la ubicación que tiene en nuestro ordenamiento jurídico, a efecto de obtener la protección que con él se pretenda. Así para promover amparo, como medio extraordinario de protección de aquellos derechos, debe darse cumplimiento a requisitos esenciales que determinan su procedencia y hacer viable la reparación del agravio causado, como lo son: a) la legitimación de los sujetos activo y pasivo; b) el de oportunidad en el plazo, pues deben interponerse dentro del fijado por la ley específica que lo regula, salvo los casos de excepción que contempla; y c) la definitividad, porque previamente a acudir al mismo ha debido procurarse la tutela ordinaria de tales derechos en la jurisdicción correspondiente, y por los procedimientos y recursos idóneos establecidos en las leyes. La ausencia de cualquier de tales elementos imposibilita otorgar la protección solicitada, siendo imperativo para el Tribunal de Amparo, otorgar la concurrencia de los mismos así como de los requisitos formales del caso, como materia que debe someterse a análisis...”.

En cuanto al presupuesto procesal de la legitimación activa y pasiva en el proceso de amparo, hace alusión a la capacidad para ser parte; es decir, la existencia de sujetos en posiciones adversas; por una parte, el amparista, postulante o accionante, y por la otra, la entidad o autoridad recurrida o responsable. El de oportunidad de plazo se refiere al término al que está condicionado el ejercicio de la acción o derecho para promover el amparo, que de conformidad con la ley de la materia, es de 30 días siguientes al de la última notificación al afectado o de conocido por éste el hecho que le perjudica.¹²

Y por último, la definitividad que se refiere al aquel presupuesto de procedibilidad que presupone el agotamiento del ejercicio previo y necesario de todos los recursos que la ley que rige el acto reclamado establece para atacarlo¹³, y se fundamenta en la naturaleza extraordinaria del amparo.

El artículo 22 de la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad norma: “Artículo 22. Omisión de requisitos en la petición. Cuando la persona que solicita un amparo haya omitido el señalamiento de uno o más requisitos en la interposición o sea defectuosa la personería, el Tribunal que conozca del caso resolverá dándole trámite al amparo y ordenando al interponente cumplir con los requisitos faltantes dentro del término de tres días, pero, en lo posible, no suspenderá el trámite. Cuando el tribunal lo estime pertinente podrá agregarse a este término el de la distancia”. Es precisamente este artículo, el que la Corte de Constitucionalidad interpreta extensivamente, en cuanto a que existe la facultad de suspender el trámite del proceso de amparo, cuando se determine fehacientemente la inexistencia insubsanable de un presupuesto procesal, en virtud de que su ausencia, imposibilita en lo absoluto la continuación del

¹² Léase artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

¹³ El artículo 19 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad norma: “Artículo 19. Conclusión de recursos ordinarios. Para pedir amparo, salvo casos establecidos en esta ley, deben previamente agotarse los recursos ordinarios, judiciales y administrativos, por cuyo medio se ventilan adecuadamente los asuntos de conformidad con el principio del debido proceso”.

trámite del proceso de amparo. Para el efecto, la Corte ha considerado que cuando el Juez o Tribunal Constitucional recibe los antecedentes del caso, o en su defecto, el informe circunstanciado, y se percata mediante examen depurativo, que el proceso de amparo ha sido instaurado sin cumplirse uno de los presupuestos de procedibilidad, a los cuales se ha hecho alusión en el presente trabajo, no tiene objeto continuar con el trámite, porque el amparo ha quedado irreversiblemente inhabilitado y el tribunal no podrá conocer ni pronunciarse sobre el fondo del asunto, por lo que debe de suspenderse el trámite sin conceder la primera audiencia de 48 horas que señala la ley de la materia¹⁴.

Es decir, las circunstancias de la presentación del amparo fuera del plazo previsto en la ley, el incumplimiento del principio de definitividad, la falta de legitimación activa del solicitante o falta de legitimación pasiva de la autoridad contra quien se reclama, han sido estimadas por la Corte de Constitucionalidad como causantes de la suspensión definitiva del trámite

¹⁴ La Corte de Constitucionalidad en el expediente número 908-2008, Dictamen, con fecha cinco de marzo del año dos mil nueve consideró en lo conducente: "...Esta Corte considera que cuando un tribunal recibe los antecedentes del caso o el informe circunstanciado, y se percata, mediante el examen depurativo in limine a que se ha hecho referencia, que el amparo ha sido presentado fuera del plazo establecido por la ley, adoleciendo de esa cuenta de la falta de un presupuesto procesal, no tiene sentido ni objeto continuar el trámite de la acción porque el amparo ha quedado irreversiblemente inhabilitado y el tribunal no podrá conocer ni pronunciarse sobre el fondo del asunto. En esas circunstancias debe suspenderse el trámite del amparo sin conceder las vistas a que se refiere el artículo 35 ibid, haciendo para ello aplicación del artículo 22 de la ley de la materia que, interpretado contrario sensu, permite suspender dicho trámite cuando se hubiere determinado fehacientemente la inexistencia insubsanable de un presupuesto procesal..." Auto de tres de marzo de mil novecientos noventa y siete, dictado dentro del expediente un mil trescientos ochenta y ocho - noventa y seis. Esta doctrina ha sido aplicada por la Corte de Constitucionalidad durante más de diez años, así como por los tribunales que constituidos en "Tribunales de Amparo" aprecian el incumplimiento de los presupuestos de procedibilidad, y de esa cuenta se ha posibilitado la suspensión del trámite de aquellos asuntos, cuyas omisiones impiden su prosecución, habiéndose considerado como tales, la presentación del amparo fuera de los treinta días que prevé la Ley de la materia, el incumplimiento del principio de definitividad y la falta de legitimación activa del solicitante del amparo o pasiva de la autoridad contra quien éste se promueve. Esta Corte estimó la necesidad de suspender aquellos amparos cuya falta de viabilidad era evidente, y que su prosecución se tornaba en detrimento de la economía y celeridad procesal porque el número de acciones que se encontraban afectadas por el incumplimiento de estos presupuestos era elevada y provocaba una demora innecesaria en la obtención de la resolución final de esa garantía constitucional en acciones que indefectiblemente estaban condenadas a ser denegadas. Lo anterior se refleja al revisar los fallos de esta Corte, así citándose como ejemplo el año dos mil uno, del total de sentencias publicadas en las gacetas de este Tribunal, se aprecia que se dictaron seiscientos treinta y una que resolvieron ciento veintitrés amparos en única instancia y quinientas ocho apelaciones de sentencias de amparos. De la totalidad de acciones resueltas, se denegó el amparo en cuatrocientas treinta y cinco, lo que implica que en el sesenta y ocho. noventa y cuatro por ciento (68.94%) de casos no fue posible acoger la pretensión demandada. Dentro de esas desestimatorias, las acciones que se denegaron por la no concurrencia de los presupuestos de falta de legitimación, tanto activa como pasiva, así como falta de definitividad y extemporaneidad, representan el cuarenta y cuatro por ciento (44%) de los casos..."

del amparo, interpretando, contrario sensu, el artículo 22 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, a pesar de que no está regulada esta figura –suspensión definitiva- como una forma normal –sentencia- o anormal –desestimación o sobreseimiento- del finalizar el proceso de amparo.

Para legitimar la suspensión definitiva del trámite del proceso de amparo, al no estar regulada en forma tácita o expresa en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; la Corte de Constitucionalidad ha interpretado en forma extensiva la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y de esa cuenta, ha fijado el “criterio” de que es viable otorgar esta facultad a los Tribunales Constitucionales cuando existe una ausencia de requisitos de procedibilidad. A través de la suspensión del trámite del proceso de amparo, se pone fin al mismo de manera definitiva, no existiendo una norma jurídica que sirva como fundamento legal para el efecto.

Si bien es cierto, se ha fijado el criterio en referencia para evitar el perjuicio y desgaste de declarar improcedente un amparo por ausencia de presupuestos procesales hasta en sentencia, evitando que todas las fases del proceso sean concluidas innecesariamente, en beneficio de una justicia pronta y cumplida, evitando así amparos prematuros; es importante resaltar lo controversial del tema, que se centra en que esta forma de poner fin al proceso no está regulada taxativamente en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, es decir, no emana de la ley, sino que fue la Corte de Constitucionalidad la que la legitimó; y que hace necesario reflexionar en cuanto a: ¿Es constitucional otorgar una facultad, potestad y/o atribución como ésta, si la misma no emana de la ley?, ¿Constituye la suspensión definitiva del trámite del amparo, una forma válida y legal de poner fin al proceso de amparo, si no está regulada taxativa o expresamente en la ley, como forma normal y/o anormal de finalizarlo?, ¿Se puede considerar como jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad este criterio, cuando el mismo no es consecuencia de interpretación de normas constituciones y demás leyes, contenida en sentencias, que sientan doctrina

legal y que debe de respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte?; ¿Se viola el derecho de defensa, al suspender el trámite del proceso de amparo sin que se concluyan todas las fases procesales establecidas para el efecto, es decir, hasta dictar sentencia?, ¿De considerarse válido un criterio como el analizado, cómo podría procesalmente clasificarse sus efectos?, y ¿Qué procedería hacer la parte agraviada ante una resolución de un Tribunal Constitucional de Amparo que suspenda definitivamente el trámite de un amparo? En cuanto a esta última interrogante, es importante resaltar muy someramente, que es también la Corte de Constitucionalidad la que ha debido de pronunciarse en cuanto a cuál deviene a ser el mecanismo idóneo para impugnar la suspensión definitiva acordada en los procesos de amparo, considerando que porque la misma obedece a razones lógico-jurídicas y no está catalogada como una forma normal ni anormal de poner fin a un proceso, no tiene el “carácter de apelable”, siendo en todo caso el medio idóneo para atacar lo resuelto en ese sentido, el correctivo que contempla el artículo 72 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (curso en queja), el cual según ha considerado también, debe de ser instado dentro de los 30 días siguientes de conocida la infracción o vicio que se pretenda denunciar.

Es claro que en el contexto social inmediato, existe una crisis de credibilidad del más alto Tribunal Constitucional en Guatemala y de la institución del amparo, pues se le atribuye al primero, actuaciones meramente políticas; y al segundo, un medio para realizar lo que se ha calificado como litigio malicioso, existiendo algunos sectores de la población que piden reformas a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, exigencia que busca el “beneficio” que con las referidas reformas, se evite “un mal uso del amparo” y que no contribuya ni a la mora judicial ni a la impunidad. Es posible que esta sea una de las consideraciones que motivó la existencia de un “criterio”, que a falta de disposición legal, se funde en una interpretación que convierte en un instrumento altamente técnico al amparo, en contravención a lo establecido en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucional, que de acuerdo al espíritu e historia del amparo, deviene conveniente revisar en estudios profundos.

Se concluye este trabajo instando al lector para que sea él mismo quien realice sus conclusiones sobre el tema, de manera que le permitan establecer si es constitucional la suspensión definitiva del trámite del proceso de amparo, cuando no está regulada esta facultad taxativamente en la ley constitucional de la materia, y que si en resguardo de lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, lo procedente y legal es que se incluya esta figura jurídica en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, a través de una reforma, toda vez que la necesidad de regularla radica indispensablemente en la ley, porque ésta es precisamente la fuente primaria del Derecho; y en todo caso, la jurisprudencia –aunque a opinión de la autora, el criterio vertido por el máximo Tribunal Constitucional en cuanto a la suspensión definitiva del amparo no constituye jurisprudencia por las razones ya expuestas-, es pensada como una manera de complementar la ley; aunado al hecho de que la jurisprudencia constitucional en Guatemala puede ser modificada, porque la misma es cambiante y no estática, pudiendo la Corte de Constitucionalidad separarse de su propia jurisprudencia y establecer nuevos criterios.

BIBLIOGRAFÍA

1. Castillo Mayén, Víctor Manuel. Las instituciones procesales que defienden al amparo de su uso innecesario. (Su correcta ubicación en el sistema guatemalteco). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, Guatemala, 2006.
2. Guzmán Hernández, Martín Ramón. El amparo fallido. Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2004.
3. Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús. El efectivo cumplimiento del objeto del amparo en Guatemala. Tesis de Graduación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala. 1995.
4. Papadóplo, Midori. La jurisdicción constitucional en Guatemala. Guatemala. 1989. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.
5. Vásquez Martínez, Edmundo. El proceso de amparo en Guatemala. Colección Estudios Universitarios. Editorial Universitaria de Guatemala, Guatemala, 1980.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

EXPEDIENTES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Expediente número 360-88, sentencia de fecha quince de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, dictada por la Corte de Constitucionalidad.
2. Expedientes números 596-95 y 162-95, sentencias de fecha diecisiete y dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y cinco respectivamente, dictadas por la Corte de Constitucionalidad.
3. Expediente número 908-2008, Dictamen de fecha cinco de marzo del año dos mil nueve, emitido por la Corte de Constitucionalidad.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN CASOS CONCRETOS



INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN CASOS CONCRETOS

M.Sc. Edgardo Enrique Enríquez Cabrera

INCONSTITUCIONALIDAD DE LEY EN CASOS CONCRETOS EN MATERIA PENAL

La inconstitucionalidad de ley en casos concretos, es una garantía jurisdiccional, contemplada en la parte orgánica de nuestra Constitución, para darle eficacia a los Derechos Humanos, garantizados en la parte dogmática del referido texto fundamental.

Este proceso constitucional abarca el principio de jerarquía o superlegalidad, los sistemas: difuso, concentrado y mixto, para obtener su efectividad, apoyada por una profusa jurisprudencia, sentada por la Corte de Constitucionalidad. Su ámbito para lograr el control constitucional, comprende leyes sustantivas o materiales, adjetivas o procesales y las disposiciones reglamentarias. En ese contexto, la inconstitucionalidad indirecta, es el proceso constitucional, en virtud del cual, en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia o casación, y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad parcial o total de una ley, pretendiendo su inaplicabilidad en caso de confrontación con una o varias normas constitucionales. Ahora bien, en cuanto a su interposición dentro del proceso penal, puede actuar como una prejudicialidad; puede paralizar el proceso y en determinado momento, provocar la libertad del procesado.

El punto toral en esta materia, lo constituye la suspensión del proceso y esta deviene por mandato legal en virtud de que el artículo 126 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece

que el proceso se suspenderá desde el momento que el tribunal de primera instancia dicte el auto que resuelva la inconstitucionalidad planteada, hasta que el mismo cause ejecutoria y solamente podrá seguir conociendo de incidentes en cuerda separada, siendo entre otros: medidas cautelares y desestimiento de la apelación si no se han elevado los autos a la Corte de Constitucionalidad. Necesariamente, para la procedencia de la inconstitucionalidad de ley en caso concreto, el interponente debe expresar en forma razonada, los motivos jurídicos en que basa su impugnación, a efecto de que se declare la inaplicabilidad de la norma ordinaria de que se trate, si sólo se limita a señalar la norma impugnada y a cuestiones fácticas, impide al tribunal ejercer el control y el estudio comparativo correspondiente. En atención a la apelación en materia de inconstitucionalidad indirecta, ésta sostiene presupuestos que deben observarse como la legitimación y la obligación de razonar o motivar. La inconstitucionalidad en casos concretos, busca la certeza jurídica, en procesos y partes determinadas; y de fiscalización de la constitucionalidad de las leyes por vía indirecta, ambas en pleno beneficio del orden constitucional. Ha sido la Constitución Política de la República promulgada en 1985, la primera que ha regulado para Guatemala, la inconstitucionalidad indirecta, ya que anteriormente solo existía en nuestra legislación, la general o directa. La inconstitucionalidad en caso concreto, es un instrumento jurídico procesal, que mantiene la preeminencia de la constitución, sobre toda norma jurídica que no sea compatible con ella, por lo que coadyuva a sostener la jerarquía constitucional y orienta la interpretación adecuada de normas aplicables a los casos concretos.

En los actuales momentos, ha ocurrido un retorno de los principios y doctrinas, del Derecho Natural, como una respuesta de los excesos científicos, que en determinado momento pueden afectar a los seres humanos, tal como está sucediendo con la legalidad del aborto y la eutanasia. En respuesta, el nuevo Derecho Natural, propugna por una mejor protección de la persona humana, partiendo de la Constitución misma. El resurgimiento del Derecho Natural, ha perfilado poco a poco una nueva filosofía del Derecho Contemporáneo, que ha ido interrelacionándose con los Estados democráticos; Todo el contexto anterior, ha dado como resultado: nuevas teorías de interpretación jurídica y nuevos modelos dogmáticos, que buscan

la defensa de la persona humana; la familia a través del bien común y como un entorno Estado Constitucional de Derecho. El juez o magistrado, debe estar lejos de una justicia mecánica, robotizada, rígida y obsoleta, para dar paso a una justicia, compatible con la realidad social.

Bases constitucionales

Es conocido el hecho, de que dentro de la historia constitucional guatemalteca, las normas de los diferentes textos fundamentales que ha tenido el país, han sido poco observadas por el poder fáctico, en desmedro de los Derechos Humanos de la sociedad. Dicha constante, la encontramos hasta la Constitución de 1965, ya que en la actual, devenida de una apertura democrática, y de una Asamblea Nacional Constituyente, altamente representativa, que la estructuró, con una sólida parte orgánica para garantizar la eficacia de la parte dogmática, donde se encuentran los Derechos Humanos, dirigidos a dar bienestar al pueblo de Guatemala y demás habitantes.

La Constitución Política, promulgada en 1985 y vigente en su totalidad a partir del 14 de enero de 1986, contiene en su parte orgánica una gama diversa de garantías procesales, representadas por la Corte de Constitucionalidad; el Procurador de los Derechos Humanos; Ministerio Público autónomo; Poder Judicial independiente y efectivos procesos constitucionales, todos con el objetivo de hacer reales, los derechos contenidos en la parte primera de nuestro texto constitucional. El jurista guatemalteco: Jorge Mario García Laguardia, al respecto afirma: “Las garantías constitucionales son los instrumentos técnico-jurídicos establecidos para la protección de las disposiciones constitucionales, cuando éstas son infringidas, reintegrando el orden jurídico violado. En los últimos años, se ha fortalecido la tendencia a encontrar normas de garantía que hagan efectivas las disposiciones de carácter sustantivo. Este conjunto de instrumentos de protección de las normas constitucionales se designa con el nombre de justicia constitucional, el que subraya el carácter axiológico de los instrumentos, además de que tiene un preciso sentido jurídico”.¹

¹ García Laguardia, Jorge Mario. Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los Derechos Humanos en Guatemala. El Habeas Corpus, pág. 1.

Dentro del constitucionalismo moderno, que ha predominado en todo el continente, en los últimos veinticinco años, se ha desarrollado, lo que se conoce como protección jurídica reforzada y su parámetro hace que los Derechos Humanos, existan en la realidad, en la medida que funcionen eficientemente sus garantías. Estos Derechos deben ser protegidos por ser inalienables a la persona humana, porque sólo así se consolida un Estado Constitucional de Derecho.

Legislación:

La base constitucional del proceso de inconstitucionalidad de ley en casos concretos, la encontramos en el Artículo 266 de la Carta Magna, el cual establece: “En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto”.

Como puede determinarse, este proceso, está diseñado para proveer la defensa de la Constitución, y permite accionar a las personas para evitar que disposiciones legales, violen sus Derechos garantizados por la ley suprema, en casos concretos.

Doctrinariamente, a la inconstitucionalidad en casos concretos, o indirecta, se le ha dado carácter prejudicial, por ser un proceso autónomo, que se vincula al principal, cuando hay que examinar la constitucionalidad de una norma a un caso específico y una de las partes, invoca la jurisdicción constitucional, para tal efecto.

Lo dicho por la doctrina, lo vemos reflejado en el citado Artículo 266, por cuanto afirma que la inconstitucionalidad indirecta, en casos concretos, tiene una ámbito extenso, que comprende procesos de cualquier competencia o jurisdicción, instancia e incluso en Casación, con la única limitante de que no se haya dictado sentencia, las partes pueden en base al ejercicio de sus derechos humanos de acceso a la justicia y defensa, pedir la tutela constitucional, cuando se estime que una norma ordinaria, entra en

contradicción, con la normativa contenida en la ley suprema, y en tal sentido pretender la inaplicabilidad de la norma legal mediante una resolución vinculante, emitida por un tribunal constitucional, que en primera instancia está influenciado dicho órgano jurisdiccional, por el sistema difuso, es decir que pertenece al Organismo Judicial, pero en caso de darse apelación, el caso pasa a conocimiento exclusivo de la Corte de Constitucionalidad, la cual está basada en el sistema concentrado o europeo, lo cual quiere decir que no pertenece a ningún Poder del Estado, ya que es un tribunal autónomo de jurisdicción privativa, cuya función esencial, es la defensa de la Constitución, y uno de los caminos para lograrlo, es a través de la inconstitucionalidad indirecta.

En todo caso, este proceso, es una especie de consulta procesal con efectos vinculantes, respecto al caso concreto, ya que de ser declarada con lugar la inconstitucionalidad indirecta, se deviene inaplicable la norma ordinaria o disposición contraria a la Constitución.

La posición que recoge nuestro ordenamiento jurídico, es que opera como una cuestión previa y no constituye en sí, parte del proceso principal. También se aprecia dentro del espíritu del Artículo 266 constitucional, que la inconstitucionalidad en casos concretos, es un control de la legalidad y a pesar que en principio su declaratoria, solo interesa a los sujetos procesales dentro de un juicio concreto, esto no obsta para que esos fallos puedan ser invocados en otros casos, con ello se busca la certeza jurídica a través de este proceso, por contrariar la ley suprema. El Artículo 266, es desarrollado por varias normas contenidas en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que van del Artículo 116 al 132 inclusive, y que construyen todo el esquema orgánico, donde se mueve la inconstitucionalidad indirecta.

Aspectos como la inconstitucionalidad de ley en casación, en lo administrativo y en lo laboral, son regulados a tono con la norma matriz. Con respecto a su tramitación, la cual veremos en detalle más adelante, regula la competencia; la acción de inconstitucionalidad como única pretensión; con otras pretensiones; como excepción o incidente; la cuerda separada y la suspensión del proceso.

Seguidamente, viene lo del recurso de apelación, que en nuestro medio forense, significa el paso de transición del sistema difuso o americano al concentrado o europeo, proyectándose la normativa al hablar sobre la limitación de la jurisdicción del tribunal por virtud del recurso de apelación; facultades del tribunal; vista y resolución; devolución de las actuaciones y ocursus de hecho.

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, contenida en el Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, es una ley constitucional, por lo que es un instrumento idóneo, para desarrollar la norma constitucional que sirve de base a este proceso. Así pues, se aprecia que el contexto legal con que cuenta la inconstitucionalidad de ley en casos concretos, es al más alto nivel y como instrumento procesal, es uno de los medios defensivos con que se cuenta para defender la preeminencia del texto constitucional. Básicamente hay que tener en cuenta, que este tipo de inconstitucionalidad, es contra una ley sustantiva o procesal o bien disposición reglamentaria, que haya sido citada como apoyo de derecho, en la pretensión ejercida por una de las partes, dentro de un juicio.

El señalamiento de la ley que total o parcialmente tenga vicio de inconstitucionalidad en caso concreto debe ser de manera indubitable, siendo este uno de los presupuestos sine qua non, de su aceptación para su trámite.

También hay otros presupuestos que hay que tener en cuenta dentro de la inconstitucionalidad indirecta, entre los que podemos mencionar que la ley impugnada total o parcialmente, vaya a ser aplicable dentro del caso que los tribunales ordinarios deban decidir; el fallo debe depender o no de la validez de la norma atacada, la cual debe ser vigente; que haya relación entre la norma atacada y el potencial fallo, y que se presuma viola alguna disposición regulada en la Constitución, la inaplicabilidad de la norma ordinaria o reglamentaria, se extenderá en casos a futuro, siempre y cuando, el juzgador acepte la tesis del impugnante a tal aplicación.

El principio de jerarquía constitucional

Este principio, lo encontramos claramente regulado en los Artículos: 44, 175, y 203 de la Constitución Política, y han creado el contexto para desarrollar lo que actualmente se denomina: superlegalidad constitucional, propio del Estado Constitucional de Derecho. El principio de jerarquía constitucional, proyecta que serán nulas de pleno Derecho, las leyes y las disposiciones gubernativas, o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen, los Derechos garantizados en la Constitución.

La norma constitucional 44, estipula: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

El Artículo 175 constitucional establece: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure. Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad”

Y, el 204 del mismo cuerpo legal, reza: “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observaran obligadamente el principio de que la Constitución de la república prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

Todos estos Artículos, son complementados y desarrollados por el Artículo 115 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que dice: “Serán nulas de pleno derecho las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los violan, disminuyen, restringen o tergiversan. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho”.

Sobre el Artículo 44 constitucional, la Corte de Constitucionalidad, ha sentado la jurisprudencia siguiente: “Uno de los principios fundamentales que informa al Derecho guatemalteco, es el de supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico esta la Constitución y esta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho. La superlegalidad constitucional se reconoce, con absoluta precisión, en tres Artículos de la Constitución Política de la República: el 44...el 175... y el 204”.²

Con respecto a las normas 175 y 204, la Corte, ha conformado una jurisprudencia similar, por lo que no se transcribe, pero resalta el principio de jerarquía, como una columna de todo el ordenamiento jurídico vigente del país.

El doctor Mario Aguirre Godoy, expresa: “Aceptándose por Guatemala el principio de la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra ley o tratado, es evidente que deben crearse los medios de control adecuados para la observancia de la Constitución en primer término, y para que las disposiciones legales que se emitan no la contraríen o violen. La manera de hacer efectiva la constitucionalidad de las leyes y de proteger los derechos consagrados en la Constitución, mediante la inaplicación de esas leyes, no ha seguido un solo camino o sistema, sino más bien hay variedad de posiciones”.³

La Constitución Política guatemalteca, es la ley suprema del Estado, ninguna ley o tratado puede contrariarla, ni siquiera los tratados sobre Derechos Humanos, cuando pretendan tener efectos reformadores o derogatorios. En todo caso, estos tratados deben interrelacionarse con la normativa constitucional y legal, para la correcta defensa de los Derechos Humanos.

² Gaceta No. 31, pág. 7 expediente No. 330-92, sentencia del 1/2/94, sentencia del 1/2/94

³ Aguirre Godoy, Mario. Derecho procesal civil, tomo II, vol. 1o, pág. 479.

Modelos que influyen en la inconstitucionalidad de ley en casos concretos: difuso, concentrado y mixto

En Guatemala, hasta antes de entrar en vigor la Constitución de 1985, prevalecía en materia de justicia constitucional, el sistema difuso o americano, el cual consiste en que todos los tribunales constitucionales, pertenecen al Organismo Judicial. Dentro de la Constitución de 1965 ya derogada por la actual, estaban contemplados el Tribunal Extraordinario de Amparo; y la Justicia, y Magistrados de las Cortes de Apelaciones. Con la promulgación de la Constitución Política vigente, el sistema difuso aun prevalece, pero en la primera instancia, ya que cuando en los procesos constitucionales de Amparo y en los de inconstitucionalidad en casos concretos, el caso pasa directamente al conocimiento de la Corte de Constitucionalidad, influenciada por el sistema concentrado, es decir, que no pertenece ni está supeditada a ningún organismo del Estado.

En consecuencia, podemos decir que en nuestro medio hay un sistema mixto, pero en todo caso, ha mejorado mucho el funcionamiento de la jurisdicción constitucional. A la Corte de Constitucionalidad, el sistema concentrado, le da plena autonomía, la calidad de tribunal permanente y de Jurisdicción privativa. El ex presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: José Arturo Sierra González, sobre el sistema Americano o Difuso, explica: “Este modelo es difuso porque el control de constitucionalidad puede ser ejercido por cualquier juez o tribunal, siempre que conozca de un caso concreto. Es a posteriori, porque opera en casos concretos. Los jueces al dictar sentencia resuelven inaplicar la norma de rango inferior que consideren inconstitucional. Es decir, no excluyen la norma del ordenamiento jurídico, si no únicamente declaran su inaplicabilidad al caso concreto. Los efectos de la declaración son únicamente interpretados, y adquiere carácter vinculante a través de los precedentes, es decir, la regla stare decisis.

Este sistema se encuentra fundamentado en el principio de supremacía de la Constitución, y la inaplicabilidad de las normas a los casos concretos en que estas vulneran la Constitución”.⁴

⁴ Sierra González, José Arturo. Derecho Constitucional guatemalteco, pág. 177.

De lo cual se extrae, que la norma no es excluida del ordenamiento jurídico, sino simplemente inaplicable en casos concretos, principal efecto de la inconstitucionalidad indirecta.

El mismo autor, sobre el sistema continental europeo o concentrado, expresa: “Con variaciones en los distintos ordenamientos constitucionales, este modelo, como aspecto central, crea una jurisdicción o tribunal constitucional, que se convierte en una especie de legislador negativo encargado de anular leyes y actos públicos inconstitucionales. Es concentrado porque el tribunal especializado monopoliza el conocimiento y resolución de los asuntos relativos a constitucionalidad de leyes. Un tribunal constitucional, generalmente, efectúa dos tipos de control constitucional:

-Un control preventivo por medio de opiniones o dictámenes acerca de disposiciones legales o proyectos de ley, y -a posteriori o reparador, resolviendo recursos de inconstitucionalidad de normas, interpuestos por personas o entidades a quienes se les otorga legitimación para promoverlos. A tal tribunal se le otorga potestad de ser el intérprete final de la Constitución, y sus resoluciones tienen efectos erga omnes, es decir, con efectos generales para todos”.⁵

La función esencial es la defensa del orden constitucional, por parte de la Corte de Constitucionalidad, pero esa función va más allá, en virtud de que la doctrina recomienda que este tipo de tribunales, debe interpretar, y promover la justicia constitucional, permanentemente. Por otra parte, gracias al sistema concentrado y el papel que realizan los tribunales constitucionales, ha nacido y se ha desarrollado al derecho procesal constitucional, debido al campo especializado de los mismos. Así también, la Corte bajo el sistema concentrado, es independiente política y económicamente de los otros poderes del Estado, ejerce sus funciones con total independencia con respecto del legislativo, ejecutivo y del judicial. Respecto al sistema mixto, Sierra González, afirma: “La carta fundamental de Guatemala en materia de control constitucional, adopta un sistema mixto, es decir, una fusión del sistema americano o difuso y del sistema austriaco o concentrado.

⁵ *ibid.* Pág. 178

Como garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, o sea, como instrumentos protectores de la Constitución y de eficacia de los derechos del ciudadano, regula la acción de inconstitucionalidad de leyes en general o en abstracto, y en caso concreto, el amparo y la exhibición personal, además del control preventivo de constitucionalidad”.⁶

Cuando el referido autor, habla de fusión, esto en la práctica refleja claramente cómo opera el sistema mixto en nuestro país. En primera instancia tanto en amparos como en instancia tanto en amparos como en casos de inconstitucionalidad indirecta, conocen los tribunales ordinarios, que pertenecen al Organismo Judicial, pero si se interpone recurso de apelación, tanto el Amparo con la inconstitucionalidad en caso concreto, pasan a la competencia exclusiva del tribunal constitucional.

Jurisprudencia sustentada

El Artículo 272 literal g) de la Constitución Política de la República, establece que entre las funciones de la Corte de Constitucionalidad, está la de compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando, con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial. En el mismo sentido se pronuncia, el Artículo 163 literal g) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. El carácter permanente del tribunal constitucional, le da la posibilidad de emitir jurisprudencia abundante, lo cual ha sido beneficioso para la institucionalidad del país, ya que ha dado paso al derecho procesal constitucional, lo que le da vanguardismo en este campo a nuestro ordenamiento jurídico. De la creación como cuerpo especializado del Tribunal Constitucional, Alejandro Maldonado Aguirre, nos ilustra diciendo: “La decisión del constituyente guatemalteco de crear un cuerpo especializado, independiente y permanente para tutelar los derechos de rango constitucional frente al poder, ha significado un cambio sustantivo en el decurso de la vida nacional, con lo que se pone formalmente a la altura de democracias avanzadas.”⁷

⁶ Ibid Págs. 181.182

⁷ Ibid.

Más adelante el jurista, agrega: “La defensa jurídica de la Constitución ha recuperado el valor que ella tiene como norma; deja de ser entendida solamente como referencia a la voluntad auto limitativa del poder público frente a los derechos ciudadanos, repartidora de las atribuciones estatales e instrumento programático, para afianzarla como norma de normas, que debe estar presente en su diaria aplicación en la mente del legislador, en la decisión judicial y en los actos de ejecución”.⁸

Por nuestra parte, agregamos, que ese afianzamiento como norma de normas, es el que crea el espacio para sentar jurisprudencia y doctrina, derivados de la aplicación diaria que la Corte hace de la justicia constitucional.

Entrando en materia, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, ha sentado la jurisprudencia siguiente: “La diferencia objetiva que resulta entre la inconstitucionalidad en caso concreto y la inconstitucionalidad de carácter general, reside en que aquella resuelve la inaplicabilidad al caso específico de la ley declarada inconstitucional, en tanto que en la segunda quedara sin vigencia con efectos erga omnes”.⁹

Del Artículo 266, la Corte de Constitucionalidad ha dicho: “Este mecanismo es un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto mantener la preeminencia de la Constitución sobre toda otra norma, y orientar la selección adecuada de normas aplicables a cada caso concreto. La persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley puede plantearlo ante el tribunal que corresponda según la materia y podrá promoverse cuando la ley de que se trate hubiera sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte el trámite del juicio.”¹⁰

En otro expediente el tribunal constitucional sentó jurisprudencia al decir: “La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad

⁸ Gaceta No. 15, página 20, expediente No. 244-89, sentencia: 31/1/90

⁹ Gaceta No. 15, página 20, expediente No. 244-89, sentencia: 31/1/90

¹⁰ Gaceta No. 56, expediente No. 542-99, sentencia: 27 de abril del 2000.

autoriza, dentro del trámite de procesos, el planteamiento de acción, excepción o incidente de inconstitucionalidad total o parcial de una ley, por el solo efecto de que, previo a la resolución del caso, se pueda declarar su inaplicabilidad, si lo estima procedente el tribunal de su conocimiento. Uno de los presupuestos de viabilidad de la inconstitucionalidad de una ley en caso concreto es el señalamiento indubitable de la ley que, total o parcialmente, se reputa que contrario una o más normas – también debidamente identificadas – de la Constitución, con el objeto de inaplicarla al caso en debate, si ello es precedente”.¹¹

Asimismo, argumentó: “En diversos fallos, esta Corte ha considerado también en otra inconstitucionalidad indirecta planteada, que la acción que autoriza el Artículo 116 de la ley de la materia requiere: a) Que la ley que se impugne, total o parcialmente, sea aplicable al caso que el tribunal deba decidir; b) Que el fallo que ha de dictarse dependa de la validez o falta de validez de razonamiento suficiente de relación entre ley o norma cuya cuestionada, la cual debe ser ley vigente; y c) Que el razonamiento suficiente de relación entre ley o norma atacada y el eventual fallo, que evidencia que su aplicación puede transgredir disposición constitucional que el interesado señala, debiendo ser, por ello, inaplicable; todo ello con el objeto de evitar que el tribunal de conocimiento, aplique la normativa al decidir siempre que para el juzgador sea aceptable la tesis del impugnante acerca de que tal aplicación al caso sea contraria a preceptos constitucionales que el solicitante señale”.¹²

En toda esta jurisprudencia señalada, hay más de tres fallos en el mismo sentido, de cada una de las citas que hemos hecho, de conformidad con el Artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual establece: “La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia,

¹¹ Gaceta No. 59, página 68, expediente No. 170-2000, sentencia: 3/1/2001

¹² Ibid.

razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido”.¹³

Hay que recordar que la jurisprudencia es fuente de Derecho dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y complementa la ley que es la fuente de Derecho más importante, en Guatemala. (Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial). De allí, radica la importancia de los fallos contestes, que al llegar a tres, conforma doctrina legal y la jurisprudencia sentada por el tribunal constitucional, debe ser observada por los demás tribunales de justicia.

Como fondo de este proceso legal, podemos decir que la trascendencia jurídica de la inconstitucionalidad de ley en casos concretos radica en que evidencia transgresiones a la Constitución Política, y al promover la inaplicabilidad de la norma atacada, coadyuva al fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho.

En la justicia penal sustantiva y adjetiva, es un instrumento idóneo para fortalecer el ejercicio del Derecho de Defensa, ya que en determinado momento, en un proceso penal, el sindicado puede recurrir a este proceso constitucional, cuando se percate de que una norma vulnera los Derechos, que la Constitución le garantiza. La norma inaplicable puede ser sustantiva, por ejemplo quererle aplicar al procesado un tipo diferente, al que no se adapta su conducta, o bien una adjetiva, que lo perjudique en cualquier etapa del proceso.

Lo que es digno de destacar, es que nuestro proceso penal, es garantista e influenciado por el sistema acusatorio, no hay mayor tropiezo para que se acuda a la inconstitucionalidad indirecta, buscando la inaplicabilidad de una disposición legal, que en caso concreto viole Derechos Humanos resguardados por nuestro texto constitucional. La inconstitucionalidad de ley en casos concretos, constituye como acción, excepción o incidente, un medio de defensa del ciudadano, cuando hay contradicción entre una ley total o parcialmente o una disposición en casos

¹³ Ibid

específicos, o de un Artículo perteneciente a un reglamento, y la Constitución Política de la República. En todo caso, este proceso constitucional, busca el valor justicia. El tratadista Edgar Bodenheimer, sobre el significado de la justicia, nos dice: “El problema de la justicia está íntimamente relacionado con el de igualdad en la vida social humana. Justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales. La realización de la justicia exige que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma idéntica”.¹⁴

La Constitución garantiza la igualdad de todos los habitantes ante la ley, ello en aras de promover la democracia como sistema de vida, donde la Constitución sea un instrumento de vida, donde la Constitución sea un instrumento legal, promotor de una convivencia social pacífica, máxime en un país multicultural, multiétnico y plurilingüe, donde el Derecho sea el mecanismo idóneo para acceder a la justicia. Sobre esto, el jurista guatemalteco: Cesar Ricardo Barrientos Pellecer, explica: “El Derecho es un instrumento. Pero no el del poderoso para imponer y perpetuar privilegios. Debe ser el instrumento de la RAZÓN, en cuanto permite alternativas de solución a los problemas nacionales y particulares y porque objetiviza valores. Es el arma intelectual y coactiva con que cuenta la sociedad para mantener y profundizar la convivencia creativa y avanzar estable hacia formas elevadas de vida”.¹⁵

Destaca sin duda lo dicho por este jurista, cuando refiere, que el derecho promueve soluciones a los problemas nacionales y particulares, en este último aspecto, entra la inconstitucionalidad indirecta, ya que su efecto principal es declarar la inaplicabilidad de una norma o ley total o parcialmente, en un caso concreto, con partes perfectamente individualizadas, que crean una relación y litis, la cual someten al juez para que se pronuncie al respecto, pero si en ese proceso, hay una o varias normas ordinarias que violen la Constitución, el interesado tiene vía libre, para acudir a la inconstitucionalidad en casos concretos.

¹⁴ Bodenheimer, Edgar. Teoría del derecho, pág. 54

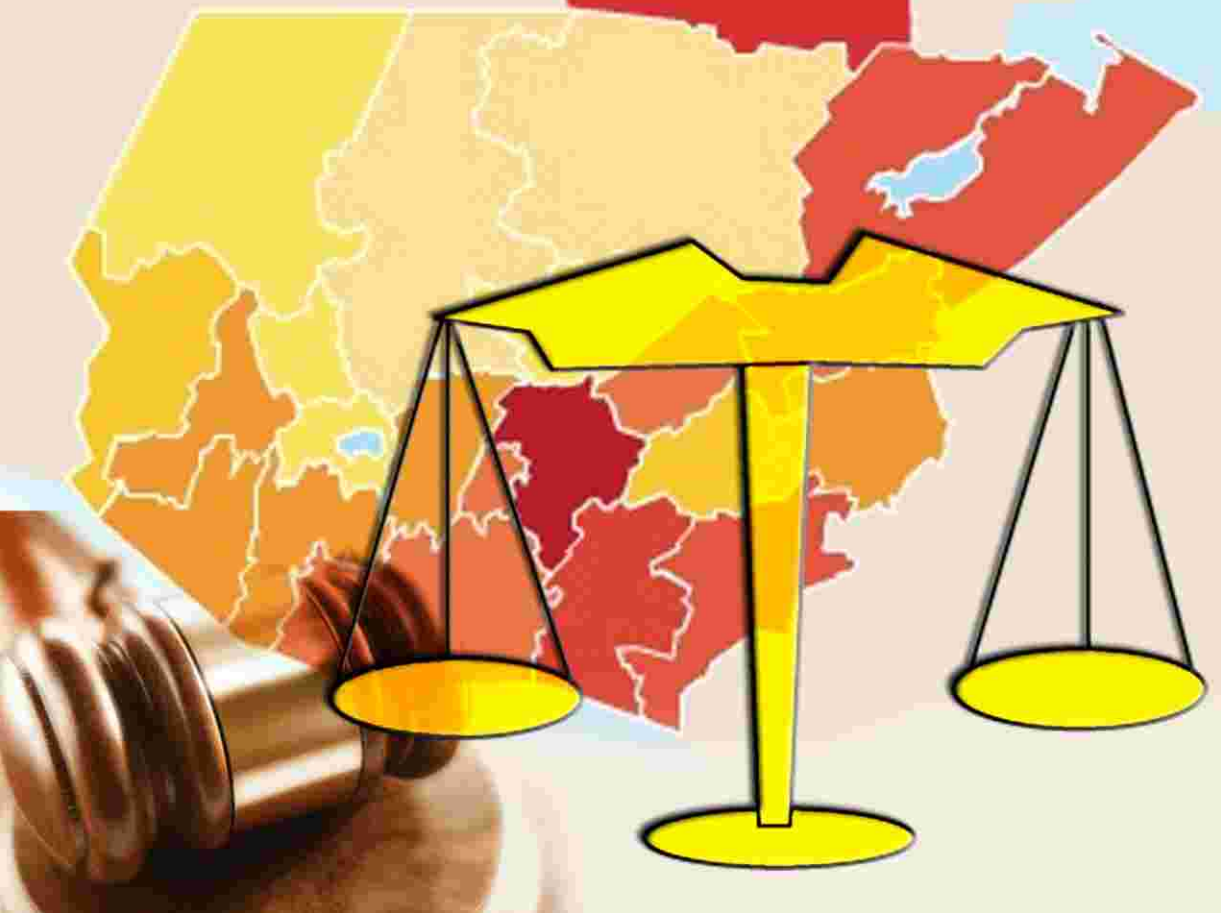
¹⁵ Barrientos Pellecer, Cesar Ricardo. Derecho y democracia. Anotaciones histórico-jurídicas, pág. 89.

En conclusión, la inconstitucionalidad indirecta, se fundamenta en el Artículo 266 Constitucional el cual es desarrollado en forma adecuada y amplia en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad a través de un sistema mixto el cual en primera instancia es difuso, y en la segunda es concentrado porque es de conocimiento exclusivo de la Corte de Constitucionalidad, el cual se constituye en tribunal autónomo de los tres poderes del Estado, es permanente, privativo y especializado, lo cual le ha permitido sentar importante jurisprudencia sobre este proceso constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

1. Álvarez-Linera y Urias, Cesar. Ponencia en las segundas jornadas de derecho judicial, publicación del Ministerio de Justicia de España.
2. Barrientos Pellecer, Cesar Ricardo. Exposición de Motivos del Código Procesal Penal. F&G Editores, editorial Llerena, Guatemala, 1997.
3. Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica, octava reimpresión, México, 1983.
4. Cáceres Rodríguez, Luis Ernesto. Derecho Procesal constitucional. Editorial estudiantil Fénix, primera edición, Guatemala, 2007.
5. García Laguardia, Jorge Mario. Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los Derechos Humanos en Guatemala. El Habeas Corpus. Publicación de la Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 1991.
6. López, Juan Manuel, La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español. Ediciones Marcial Pons, Madrid, España, 2000.
7. Larios Ochaita, Gabriel. Defensa de la Constitución, libertad y democracia. Ediciones superiores, Guatemala, 1994.
8. Maldonado Aguirre, Alejandro. La Magistratura de lo constitucional. Publicaciones de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 1990.
9. Marín Pageo, Encarnación. La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil. Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1990.
10. Sierra González, José Arturo. Derecho Constitucional Guatemalteco. Centro impresor Piedra Santa, Guatemala, 2000.

**EL RESPETO A LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES DE DEFENSA
Y DEBIDO PROCESO DURANTE
EL DESARROLLO DE
LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL**



EL RESPETO A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO DURANTE EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Lic. Hans Aarón Noriega Salazar

INTRODUCCIÓN

Para quienes consideramos que es posible alcanzar el equilibrio entre el respeto a los derechos de los habitantes del país y la eficacia en el ejercicio de la política criminal del Estado resulta de trascendental importancia la discusión de los problemas y temáticas que, como la que hoy nos ocupa, se generan en la realidad práctica: el asunto implica la necesidad de estudio desde una doble perspectiva, por un lado, la responsabilidad que tiene el Estado de reducir los índices delincuenciales y por otro de constituirse en garante en el marco de un pleno respeto a los derechos de la persona durante el proceso penal.

La labor de lograr ese sano equilibrio que se ha mencionado no resulta fácil, en efecto, las fuerzas de seguridad tienen que actuar con pleno respeto a la ley enfrentándose a personas, grupos o estructuras criminales de poder que tienen como finalidad esencial precisamente transgredir el ordenamiento jurídico y en una gran mayoría de casos pueden ser excesivamente violentos. Existe una aparente paradoja, pues exigimos el ejercicio de plena legalidad a la policía, grupos de investigación y persecución penal para enfrentar a quienes por convicción y conveniencia tienen como modo de vida la violencia, el desconocimiento así como la abierta y expresa contravención del ordenamiento jurídico.

Las reglas están dadas, y en un Estado constitucional, democrático y de derecho, únicamente se reconoce que el poder punitivo del Estado se va a desarrollar en el marco de límites establecidos después de muchos avances y retrocesos en el proceso evolutivo del Derecho Penal. El Estado

y sus representantes han aceptado entonces el constitucionalismo¹ y la ley como límite al ejercicio del poder, y deben mostrar resultados que satisfagan la necesidad ciudadana de prevención, protección y castigo del delito.

Como se ha mencionado al principio de este trabajo, se debe discutir, luchar y alcanzar la meta con respecto a cómo equilibrar los ámbitos de eficacia de la persecución penal en un marco del pleno respeto a las garantías penales contenidas en la Constitución y al Estado de Derecho.

En la actualidad nuestro país se caracteriza por los sentimientos de zozobra, miedo y ansiedad que producen los desbordados índices delincuenciales, por ello, para muchos puede resultar políticamente incorrecto hablar de respeto a los derechos de una o varias personas imputadas de uno o varios delitos, de actividades ilícitas, de delincuencia común u organizada, de acciones de baja, mediana o alta afectación a bienes jurídicos merecedores de tutela estatal; y es que, para muchos ¿cómo puede haber consideración a los derechos de un individuo que precisamente ataca o afecta los derechos de los demás? Lo importante es recordar que las garantías del debido proceso, los derechos plasmados en la Constitución y las leyes se encuentran regulados para el ciudadano común, más que para el delincuente, para la persona que no solo debe ser considerada inocente si no que lo es en tanto no exista sentencia de condena, porque no hay que olvidar que el ejercicio del derecho penal es realizado por humanos y por consiguiente es falible, puede estar plagado de errores o intenciones nocivas y en ese sentido puede estar erróneamente dirigido a personas que no están relacionadas con actividades delictivas.

Resulta pues de suma trascendencia dicho análisis, debate y discusión, y ahora más que nunca, debe considerarse políticamente correcto propugnar por el respeto a las garantías del debido proceso en

¹ “El constitucionalismo es el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a la ley, pretensión que equivale a transformar la fuerza, la coerción en una facultad regulada por normas jurídicas. O, con más precisión: llegar a un punto que quienes gobiernan solo puedan actuar cuando la ley los autoriza, de la manera, con los efectos y para los fines en ella previstos, dado el supuesto de que los gobernados únicamente pueden actuar dentro de la ley”. Sachica, Luis Carlos. Constitucionalismo Mestizo. Capítulo: Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Página 2.

todo el ejercicio de la persecución penal y para efectos del tema que hoy nos ocupa en lo que refiere al momento de la investigación criminal. ¿Por qué se afirma que esto es políticamente correcto? pues por la sencilla razón de que cuando éste, (debido proceso), se hace valer en un juicio se estará determinando un ámbito de protección individual sobre la persona sometida al mismo, pero en realidad, se está fortaleciendo todo el componente de tutela y resguardo de garantías de la ciudadanía en general. O dicho en términos más sencillos, cuando se pondera adecuadamente el debido proceso a favor de una persona se añade un elemento de certeza, de fortaleza a los derechos constitucionales de la ciudadanía en general.

GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

Al referirse al debido proceso y las garantías que del mismo derivaban Ferrajoli hacía referencia a diferentes axiomas, dentro de estos podemos mencionar cuatro de carácter específicamente procesal, siendo estos: “nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatione sine probatione y nulla probatio sine defensum”.² Interesan, para efectos de este trabajo, los dos últimos que se refieren a que toda acusación debe estar respaldada por los medios de prueba pertinentes e idóneos, y estos a su vez, deben de tener una característica especial, como lo es que son susceptibles de ser tachadas de nulidad e ineficacia, legalmente hablando, si no se ha podido ejercer sobre ellos los derechos de contradicción, refutación y defensa.

En concreto las garantías del debido proceso constituyen principios directrices y reguladores de la función estatal, cuando del ejercicio de la persecución penal se habla, establecen parámetros de actuación en general a los entes o fuerzas de seguridad y titulares del ejercicio de la acción penal, y a la vez, suponen e imponen la obligación de tutela y protección por parte de los órganos jurisdiccionales para aquellos en contra de quienes se ejerce la pretensión punitiva del Estado.

² Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Páginas 91 a 115. Editorial Trota. Madrid 1998,

Nos referiremos brevemente a ellas como presupuesto introductorio en lo que concierne a su respeto durante el desarrollo de la investigación criminal, esto a continuación:

- a) La legalidad
- b) El derecho de defensa que a su vez comprende:
 - b.1) El contradictorio
 - b.2) La fiscalización en la producción de los medios de investigación criminal
 - b.3) La publicidad para las partes
 - b.4) La tutela jurisdiccional

a) La Legalidad: Supone la obligatoriedad de producir los medios de investigación en un marco de estricto respeto a los preceptos contenidos en la Constitución y demás leyes. Encuentra soporte a nivel constitucional bajo el supuesto de que la función estatal se encuentra regulada expresamente, y que tanto el funcionario como empleado público solamente pueden hacer lo que la ley les permite.³ En un ámbito más procedimental implica la producción de los medios de investigación criminal bajo el orden y preceptos contenidos en la ley procesal. Ejemplos de ella la encontramos a nivel constitucional en los enunciados de que no existe la obligación para los parientes y cónyuge del imputado de declarar en contra de éste.⁴ En el ámbito procesal con la máxima contenida en la ley adjetiva, referente a que un medio de investigación o de prueba debe ser incorporado conforme a un procedimiento contenido en la ley, y que, en caso contrario devendría nulo e inútil para fundamentar una pretensión en contra del incoado.⁵

³ Constitución Política de la República de Guatemala. Artículos 152 y 154.

⁴ Constitución Política de la República de Guatemala Artículo 16.

⁵ Código Procesal Penal. Artículos 186 y 281.

b) El derecho de defensa: como supuesto rector y a la vez complementario de la legalidad que implica la plena capacidad de acceso a los medios de investigación criminal producidos, la posibilidad de fiscalización, refutación así como la producción de otros medios investigativos que garanticen una plena protección ante ilegalidades, imputaciones temerarias, negligentes o malintencionadas. La Constitución Política de la República refiriéndose al derecho de defensa su artículo 12 establece más que una explicación del mismo un criterio declarativo-imperativo al señalar acerca de su inviolabilidad.

La Corte de Constitucionalidad en la interpretación de esta norma nos da amplios criterios de comprensión de la misma al señalar: “Tal garantía consiste en la observancia por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que entraña el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas”.⁶

b.1) El contradictorio: Implica la posibilidad de poder fiscalizar la producción y diligenciamiento de los medios de investigación criminal, esto en el ámbito de lo que se refiere a fundamentar la imputación, o sea la producida por los órganos de investigación y/o persecución penal. En otro aspecto, equivale además al derecho que se tiene de producir o hacer que se produzcan medios de investigación que puedan refutar o contradecir los generados por la parte que imputa, acusa o pretende condena. En síntesis, esa

⁶ Sentencia de fecha 16 de Diciembre de 1999, Gaceta No. 54 expediente 105-99 página No. 4e.

facultad que tiene la defensa de producir, o hacer que se produzcan sus propios medios de investigación que anulen o disminuyan la capacidad probatoria de los de la parte contraria. Valga en ese sentido la mención de que, en la función de defensores públicos no solamente corresponde imponerse y fiscalizar el debido diligenciamiento de los medios de investigación o de prueba que aporta el ente encargado de la persecución penal, si no que a la luz de la teoría del caso investigar y ofrecer elementos que aporten y robustezcan la tesis de inocencia que se sostiene a favor del defendido.

b.2) La publicidad para las partes: Equivale al total acceso a los medios de investigación producidos o los que se encuentran en fase de creación; de alguna manera bastante relacionados con el contradictorio, pues para poder refutar, oponerse a su producción o simplemente enterarse del valor y efectos que un medio de investigación podría implicar, pues es necesario conocer, tener acceso al mismo.

b.3) La tutela jurisdiccional: Es la posibilidad de recurrir al órgano judicial que tiene a su cargo el control de legalidad, en cuanto al desarrollo del proceso y los medios de investigación o de prueba que fundamentan la imputación. O sea, la tutela judicial efectiva ante la ilegalidad en la producción, la posibilidad de oponerse o contradecir la investigación propiamente dicha y ante la falta de acceso a la ya producida, obviamente, con la fuerza coercitiva necesaria. Por último no puede dejar de mencionarse ese resguardo judicial, al que se recurre cuando el ente encargado de canalizar los medios de investigación criminal entiéndase el Ministerio Público, es renuente a la producción o aceptación del diligenciamiento del medio de pesquisa.⁷

⁷ Código Procesal Penal. Artículo 315.

GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO DURANTE LA INVESTIGACIÓN.

Podemos afirmar que la concurrencia o respeto de las garantías mencionadas suponen la existencia de un equilibrio, en lo que respecta al ejercicio del poder punitivo del Estado y el respeto a los derechos plasmados en la ley constitucional, la que se refiere a la protección de los derechos humanos a nivel internacional así como la de carácter ordinario. Sin embargo, no deja de preocupar que la realidad nacional refleje normas, procedimientos o bien simples acciones que no necesariamente implican el cumplimiento de las garantías enunciadas; en ese orden de ideas y para efectos prácticos de análisis dichas problemáticas se han sistematizado en dos aspectos sustanciales:

- a) La investigación criminal previa:
- b) La etapa de investigación procesal propiamente dicha.

a) INVESTIGACIÓN CRIMINAL PREVIA.

Antes de que exista individualización del imputado es lógico pensar que no es posible hablar de acceso a los medios de investigación criminal que se están produciendo, de esa cuenta, las garantías del debido proceso y derecho de defensa que se han mencionado encuentran una escasa posibilidad de ejercicio. El problema ocurre cuando existe una persona o grupo de personas ya individualizadas, éstas conocen de la imputación o posibilidad de ella y pretenden tener acceso a la misma, de todos es sabido, que no existe tal posibilidad y tanto los entes de investigación criminal, como quien dirige la misma en el ámbito ministerial amparan esta negatoria en lo que norma el artículo 322 del Código Procesal Penal específicamente en que es a partir del auto de procesamiento cuando se pueden hacer efectivos los derechos del imputado.

Es entendible que para efectos de no entorpecer, estancar o inutilizar la investigación exista una reserva de la misma que se

encuentra legalmente amparada en la norma adjetiva precitada, sin embargo, esto podría encontrar algún elemento de constitucionalidad discutida, sobre todo al amparo del artículo de la norma fundamental que señala que tanto el imputado como su defensor podrán tener acceso a las diligencias policiales sin limitación alguna.⁸

b) ETAPA DE INVESTIGACIÓN PROCESAL PROPIAMENTE DICHA.

Como sabemos la etapa de investigación procesal o procedimiento preparatorio también implica la producción de elementos o pesquisas, en búsqueda de la averiguación de la verdad, estos medios, tanto en el ámbito de la investigación de crímenes comunes, como de delincuencia organizada o de alto impacto se encuentran legalmente establecidos; se creería entonces que se podría encontrar superada la problemática analizada en el apartado anterior referente a los derechos que se pueden ejercer de contradictorio, refutación, publicidad y tutela jurisdiccional, dado que, en esta etapa con un auto de procesamiento dictado no debería existir problema alguno en cuanto al ejercicio de estos derechos; puede ocurrir eventualmente, sin embargo, en esta fase otra problemática, surge la misma del poco acceso a las actuaciones de investigación, la ocultación ya sea negligente o malintencionada de las actuaciones investigativas o bien la gravedad que supone los plazos de reserva de investigación impuestos judicialmente que se aplican incluso a los propios imputados y su defensa.⁹

Referente a este último aspecto, si bien se encuentra asidero legal en el artículo de la ley procesal ya citada, lo que se ha discutido acá no es el tema de la reserva investigativa, si no su eventual alcance aún al propio procesado y su defensor, el cual vemos con mucha preocupación puesto que afecta gravemente derechos constitucionales, escaso o nulo derecho de defensa, a

⁸ Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 14.

⁹ Código Procesal Penal. Artículo 314 y Ley Contra la Delincuencia Organizada Artículo 18.

los derechos de contradicción y fiscalización a las investigaciones producidas bajo secreto, que al amparo de esta modalidad, no constituyen más que un resabio de un sistema inquisitivo. Es necesario mencionar dichas problemáticas que se han detectado en la práctica tribunalicia, en la que bajo el pretexto de la reserva de la investigación,¹⁰ se ha pretendido negar el acceso aún al propio defensor o la persona del imputado a determinados medios de investigación o de prueba, lo cual obviamente vulnera esta garantía del debido proceso, y que puede y debe ser refutada, primero a través de las vías recursivas ordinarias o en su caso a través de la garantía constitucional del amparo.

Vemos pues a grandes rasgos que el panorama resulta complicado, y que, los procesos evolutivos del derecho penal, de los que nos sentimos tan orgullosos, en el sentido de que han constituido un impulso en la dignificación y protección de la persona así como frenos o límites al ejercicio arbitrario del *Ius Puniendi* encuentran entonces grandes y graves retrocesos, que no hacen más que pensar en un preocupante debilitamiento del sistema de garantías penales.

Corresponde pues a todos la responsabilidad de encontrar el ya tantas veces mencionado equilibrio entre seguridad y garantías, entre eficacia y respeto a los derechos, entre el justo clamor ciudadano por seguridad y el Estado Constitucional de Derecho. La tarea no resulta fácil y requiere el esfuerzo de muchos o mejor dicho de todos. Con fuerzas de seguridad y de investigación criminal objetivas, con entes encargados de la persecución penal en procura plena de la averiguación de la verdad como es su mandato, con un ejercicio de la defensa pública enérgico y que no se limite a la exigencia del acceso y contradicción de los medios de investigación criminal siendo proactiva su función aún en la producción de estos, y por último, con jueces en una plena y garantizadora función de tutela judicial es posible encontrar como ya se ha dicho el reencauzamiento del camino, un

¹⁰ Al amparo de lo normado en el cuarto párrafo del artículo 314 del Código Procesal Penal.

pleno respeto a las garantías del debido proceso durante la investigación criminal y todo el desarrollo del proceso penal.

La responsabilidad inicial recae en los defensores y defensoras públicos realizando un trabajo eficiente y eficaz, no es generar impunidad, es exigir el cumplimiento de la ley, no es tutelar o ser complaciente con el interés de un delincuente es la fiscalización en lo que se refiere a un juicio justo; porque cuando se hace valer en un juicio el derecho de defensa, el debido proceso y las garantías penales, cuando esto ocurre, se impulsa certeza y seguridad en cuanto a la protección de los derechos de la ciudadanía en general.

CONCLUSIONES

1. Debe considerarse políticamente correcto propugnar por el respeto a las garantías del debido proceso en todo el ejercicio de la persecución penal y para efectos del tema que nos ocupa en lo que se refiere al momento de la investigación criminal, por la sencilla razón de que cuando el debido proceso se hace valer en un juicio se está determinando un ámbito de protección individual sobre la persona sometida al mismo, pero en realidad, se está fortaleciendo todo el componente de tutela y resguardo de garantías de la ciudadanía en general. Cuando se aplica adecuadamente el debido proceso a favor de una persona se añade un elemento de certeza que fortalece los derechos de la ciudadanía en general.
2. Las garantías del debido proceso constituyen principios reguladores y directrices de la función estatal, cuando del ejercicio de la persecución penal se habla, establecen parámetros de actuación en general a los entes o fuerzas de seguridad y titulares del ejercicio de la acción penal, y a la vez, suponen e imponen la obligación de tutela y protección por parte de los órganos jurisdiccionales para aquellos en contra de quienes se ejerce la pretensión punitiva del Estado.
3. La legalidad, el derecho de defensa que a su vez comprende la posibilidad de fiscalización y contradicción de los medios de investigación, el acceso a los mismos o publicidad para las partes y la tutela jurisdiccional son elementos que caracterizan una adecuada aplicación de las garantías penales en el marco de la investigación criminal.
4. Podemos afirmar que el respeto de las garantías mencionadas suponen la existencia de un equilibrio, en lo que respecta al ejercicio del poder punitivo del Estado y el respeto a los derechos plasmados en la ley constitucional, la que se refiere a la protección de los

derechos humanos a nivel internacional así como la de carácter ordinario. Sin embargo, no deja de preocupar que la realidad nacional refleje normas, procedimientos o bien simples acciones que no necesariamente implican el cumplimiento de las garantías enunciadas, tanto en el ámbito de la investigación preliminar como en la que se encuentra judicializada la realidad práctica sugiere la existencia de vulneración a las mismas en el desarrollo de la investigación criminal.

5. Corresponde a todos la responsabilidad de encontrar el equilibrio entre seguridad y garantías, entre eficacia y respeto a los derechos, entre el justo clamor ciudadano por seguridad y el Estado Constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid 1998,
2. Sachica, Luis Carlos. Constitucionalismo Mestizo. Capítulo: Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Nacional Autónoma de México. Dirección Electrónica: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=323>

LEYES

Constitución Política de la República de Guatemala

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

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Decreto 21-2006 del Congreso de la República.

“LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN DEL AUTO QUE DENIEGA, OTORGA O REVOCA EL AMPARO PROVISIONAL”

Lic. Remberto Leonel Ruíz Barrientos

RESUMEN:

El Tribunal de Amparo es el órgano obligado al control del respeto y cumplimiento de los derechos reconocidos en el ordenamiento legal, a fin de hacerlos predominar ante actuaciones jurisdiccionales que provoquen su detrimento.

El proceso constitucional de amparo carecería de eficacia si no se dispusiera de lo que se denomina “Amparo provisional”, que tiene por objeto mantener las cosas en el estado en que se encuentran para evitar la consumación de situaciones que no se puedan reparar si se efectivizaran las infracciones reclamadas o para evitar daños graves a los solicitante del amparo.

El amparo provisional debe ser debidamente fundamentado, con lo que se dará efectivo cumplimiento a la exigencia de explicar las razones por las que se dictó y con ello contribuir al fortalecimiento del estado democrático de derecho por el que propugnamos.

SUMARIO

- I. Consideraciones iniciales
- II. Las resoluciones judiciales
- III. El amparo provisional
- IV. La debida fundamentación del auto que deniega u otorga el amparo provisional

ARGUMENTACIÓN Y SENTENCIA. APRECIACIÓN ERRÓNEA DE LA SENTENCIA COMO SILOGISMO Y EL HECHO NOTORIO.

Código Procesal Penal



Sana Crítica Razonada

ARGUMENTACIÓN Y SENTENCIA. APRECIACIÓN ERRÓNEA DE LA SENTENCIA COMO SILOGISMO Y EL HECHO NOTORIO.

Lic. José Alfredo Aguilar Orellana
Docente UNIFOCADEP

Muchas de nuestras intervenciones orales en audiencias, inevitablemente se encuentran contaminadas por un positivismo exagerado, ello es producto muchas veces de la influencia del espíritu matemático - geométrico cartesiano, y como corolario pretender la aplicación de una lógica formal a los problemas humanos prácticos, de los que se encarga el derecho.

Como abogados actuantes en el proceso penal, muchas veces, y especialmente en la etapa final del proceso, al emitir conclusiones o en las deliberaciones respectivas, hacemos gala de ese positivismo y adicionalmente para agravar la situación, hacemos uso de la retórica y la oratoria, dejando en menor grado la argumentación, esta última que debe estar fundamentada en relaciones dialécticas. Al realizar tal actividad, aludimos en la mayor parte de las veces a la lógica; de igual manera lo hacen algunos jueces y magistrados, que al citar escuetos fundamentos de su resolución, señalan el debido cumplimiento de la lógica.

Ahora bien, cuando realizamos tal cita o consideramos que hemos aplicado la lógica, no nos detenemos un momento a apreciar que tipo de lógica es la que estamos utilizando, y la mayor parte de las veces consideramos que los fallos simple y sencillamente desde sus inicios son un silogismo.

Sin embargo, la última afirmación no resulta tan sencilla, en primer lugar porque la aplicación de dicha materia [lógica] requiere de algún esfuerzo, y segundo, porque al presentar el fallo como un silogismo, podemos

estar dándole vida al leviatán que violenta la racionalidad en la aplicación del derecho, especialmente de derechos de las partes involucradas.

Ello tiene su explicación, en el hecho de que al momento de exponer nuestras conclusiones o fundamentar un fallo, debemos principalmente “argumentar” [no se trata de hacer gala de la retórica o de la oratoria] con razonamientos presuntivos [no hay verdades absolutas] que nos permitan elegir la respuesta más razonable al conflicto que se trata de dirimir, y digo presuntivo, porque solamente la lógica matemática o la lógica formal es la que nos daría una afirmación categórica, mientras que en el proceso penal debemos aplicar la lógica de lo razonable, que no permite una aplicación drástica de formulas matemáticas o de conclusiones imperativas como en un silogismo formal. Un ejemplo de ello lo constituyen fallos en primera instancia en que el acusado es absuelto y por motivo de un reenvío al conocer un nuevo tribunal, con la misma plataforma fáctica y probatoria que se produce de nuevo en el debate, el acusado es condenado. Las formulas matemáticas o imperativos del silogismo formal, no permitirían tales situaciones, la lógica de lo razonable sí. Podemos recurrir a la retórica, a la oratoria, pero eso sí, con argumentaciones que utilicen la lógica antes señalada.

En el campo de la argumentación, podemos develar que el técnico jurídico lo que realiza es una amalgama entre las plataformas fácticas, jurídicas y probatorias, pero éstas, en la actividad intelectual desplegada se entremezclan y nos dan una respuesta al problema, al conflicto. Esto lo representamos mediante la argumentación.

Al respecto, en el devenir histórico han surgido diversos mecanismos para explicar la razón de la argumentación y su forma como debe presentarse en esa actividad intelectual que tiene como resultado la sentencia, estos modelos o teorías son el lógico deductivo del razonamiento jurídico, la tópica, el modelo retórico, las teorías procedimentales, teorías del discurso, los criterios de racionalidad, etc., teniendo cada una sus defensores y detractores, lo cual no viene al caso entrar en detalle, más bien buscamos determinar que la sentencia perse no puede encerrarse en un simple

silogismo y que la aplicación de la lógica tradicional o formal debe ceder ante la lógica de lo razonable, en cuanto al proceso penal se refiere.

Esto no es novedoso, ya que grandes pensadores iusfilosóficos, señalaron el error de considerar la sentencia meramente como un silogismo.

Con precisión, parafraseando a los realistas, se considera que si hablamos formalmente, se cree que el juez al aplicar el derecho realiza un silogismo o subsunción, pero en la realidad no sucede así, pues al aplicar la norma, primero prueba con diferentes premisas hasta encontrar la que considere correcta. En otras palabras, primero deciden y luego buscan la justificación, leen libros, releen el expediente, escuchan los audios etc., para justificar lo que decidieron, en el mejor de los casos; en otros, ni siquiera justifican su decisión. Esta realidad no puede ser aceptada, ya que la certeza y seguridad jurídica del sistema se verá deslegitimado.

Esta situación está latente hoy en día con la tendencia al eficientismo, que busca soluciones para presentar un resultado cuantitativo, a costa de principios que inspiran un garantismo o en total desprecio a la norma constitucional.

En algunos casos, aún cuando invocamos o citamos la lógica, lo que realmente utilizamos es la tópica como técnica del pensamiento problemático para obtener resultados mediante la discusión, en la cual se buscan argumentos para la respuesta, y se introduce varias probables respuestas, resolviendo en base a una de ellas, pero, ¡atención! se resuelve muchas de las veces mediante el argumento de autoridad [muchos de los togados que administran justicia, resuelven mediante este argumento]. A mi entender la tópica puede estar presente en la argumentación y deliberación, pero acompañada de una lógica de lo razonable.

Y es que la sentencia en nuestro medio no puede contener estrictu sensu un argumento imperativo de verdad, sino más bien, un argumento dialéctico, razonable, que se recoge en la opinión vertida en un fallo. Debemos tener presente que el sistema jurídico atribuye al juez un poder de elección, que debe ser aplicado con racionalidad, esto no significa poder discrecional o arbitrario, pues antes que nada debe justificar sus decisiones.

En el caso del proceso penal, y especialmente al momento de deliberar, no es cierto que surge un simple silogismo que se da entre la premisa mayor que se refiere a la norma, la premisa menor que se refiere al hecho y una conclusión que sería el fallo; al contrario, el juez en ese momento procesal se encuentra con una serie de respuestas al caso, es decir, existen diferentes alternativas jurídicamente posibles, de las cuales deberá elegir la más razonable, que deberá justificar. Nos encontramos acá frente a la toma de decisión del juez, no mecánica, sino razonada y justificada.

Como bien lo apunta el notable tratadista Eduardo J. Couture¹ en sus “Fundamentos de Derecho Procesal Civil” “...La lógica juega un papel preponderante en toda actividad intelectual; pero su función no es exclusiva. Ni el juez es una máquina de razonar, ni la sentencia una cadena de silogismos. Es, antes bien, una operación humana, de sentido profundamente crítico, pero en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. Se trata, acaso, de una sustitución de la antigua logicidad de carácter puramente deductivo, argumentativo, conclusional, por una logicidad de carácter positivo, determinativo, definitorio”.

Un argumento –sujeto a crítica- que demuestra que en la sentencia no nos encontramos ante un silogismo, puede verse en el caso de que el juez al momento de la deliberación conforme al artículo 386 cpp, respecto a la calificación legal del delito, es decir, al elegir la norma adecuada para resolver el caso concreto, se encuentre con más de una norma, regulada en el mismo cuerpo legal. Para elegir la norma, no aplica la lógica formal porque no le ayudaría, lo que realmente realiza el juez es una valoración del contenido de la norma; es decir, no nos encontramos frente a una aplicación mecánica de la ley: hecho-norma-conclusión, sino más debemos realizar la actividad intelectual conforme a la lógica de lo razonable mediante juicios estimativos sobre el contenido de las normas, para poder elegir la que se considera adecuada al conflicto.

Hasta acá, es necesario aclarar que lo anterior no significa que la sentencia no deba contener coherencia lógica en su expresión, tampoco

¹ Citado por Rafael Rojina Villegas. Derecho Procesal Civil.

que no se realicen inferencias o que tampoco existan formas que deban regir los actos que la componen, inclusive podrá contener prueba indiciaria y presuncionales, estas últimas mas entendidas como un método de probanza, que debe estar regidas por leyes lógicas.

La sentencia en su expresión debe tener coherencia y las inferencias que resulten deben sustentarse en juicios de validez no en juicios de verdad o falsedad. Para tal efecto nuestro código procesal penal recoge la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, pero esto no riñe con la tesis aquí expuesta de cuestionar la afirmación de que la “sentencia es un silogismo”, aquel sistema recogido en el artículo 385 del cpp –entre otros artículos- que expresa “para la deliberación y votación, el tribunal apreciara la prueba según las reglas de la sana crítica razonada...” lo cual implica un método para apreciar la prueba, lo cual comparto; pero, en cuanto a considerar que la sentencia se obtiene de una actividad mecánica, automatizada, derivada de un silogismo riguroso en el que podemos advertir separadamente la premisa mayor, la premisa menor y una conclusión, es lo cuestionable, pues dicha actividad no debe ser mecánica, y nos llevaría a infinidad de problemas.

Uno de esos problemas provoca la pregunta ¿qué debo abordar primero, la premisa mayor o la premisa menor? si voy por la premisa mayor me encuentro con el problema de porque elegir una norma sino tengo una plataforma probatoria probada, y si tomo la premisa menor, me encuentro con el problema de que no puedo tomar todos los hechos y menos la necesidad de probar todos, sino que tengo que tomar aquellos relevantes al derecho cuestionado y para ello debo tener una norma definida. Como vemos no resulta sencillo considerar que la elección y aplicación de la norma al hecho es un acto mecánico, sino al contrario, debemos apreciarla como una actividad concatenada de manera simultánea el pensar el hecho y el derecho. A propósito, entonces, no tendría razón la famosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho que enuncia los recursos extraordinarios, y por lo tanto es necesario revisar aquella prohibición de que los tribunales de casación les está prohibida entrar a conocer hechos y prueba (442 cpp). Ello merece un estudio especial.

Lo anterior deviene de las malas prácticas que acentúan costumbres procesales desfavorables a la consecución de la tutela judicial efectiva, partiendo entre otros, el de considerar que las normas jurídicas -que a diario los abogados hablamos de ellas- son proposiciones lógicas de las que emana un juicio de verdad o falsedad, lo cual no resulta apropiado, ya que aquellas son validas o invalidas. Igual consecuencia se aplica al derecho que no es verdadero o falso, y este no puede ser tratado con el método de la lógica tradicional matemática, deductiva, pues el derecho es un control social aplicado a la conducta humana. Pero el hecho de que no exista la aplicación de la lógica tradicional en el derecho, no significa que éste puede quedar al arbitrio y discrecionalidad, mas cuando de resolver conflictos se trata por parte de los jueces, pues esto no los habilita para que resuelvan arbitrariamente sin que se pueda corregir los efectos perniciosos provocados por la actividad intelectual desplegada en sus fallos.

El juez o magistrado debe aplicar entonces, la lógica de lo razonable, mediante juicios de valor, de estimaciones, que se van acrecentando por las experiencias individuales y sociales construidas históricamente. El juez y magistrado motivado por la exigencia contenida en los artículos 185, 386 y 394.3 a contrario sensu, del Código Procesal Penal, debe proceder a emitir juicios de valor sobre lo producido en el debate, esa plataforma probatoria que justificará la decisión, ello exige que debe emitir juicios estimativos sobre la prueba pericial, el testigo, el colaborador eficaz -que dicho sea de paso no puede ser en un sistema en que reine la sana crítica una especie de prueba tasada-, aún más cuestionable es el hecho de pretender elevar a rango de medio de prueba la declaración del sindicado y fundar decisiones judiciales con dicho acto, ello no aporta soluciones a los conflictos sociales y penales, y compromete la función jurisdiccional al acreditarla como una actividad mecánica o automática. Pero como se ha dicho en líneas antes, la sentencia no es un silogismo, porque mentalmente no es una actividad mecánica ni psicológicamente es una premonición, más bien podemos apreciarla como una intuición intelectual de estructuras mentales complejas concatenadas y que su máxima expresión debe regirse por la dialéctica.

Pero, regresando al tema central de nuestro análisis, todo este engranaje de problemas tiene su incidencia en el apogeo de instituciones incipientes siendo uno de ellos la sentencia dictada por hechos notorios y acá es donde podemos advertir la mecanicidad de un silogismo [se puede apreciar también la inobservancia de las reglas de la sana crítica y violentación de derechos fundamentales, entre otros.]

Esta serie de patologías jurídicas deben ser corregidas mediante la sanación intelectual del juez o mediante métodos correctivos que informan la apelación especial, especialmente como un motivo absoluto de anulación formal que entraña un vicio de la sentencia, respecto a la utilización de la sana crítica y en consecuencia violentación de la lógica de lo razonable.

En sentencias dictadas asumiendo como hecho notorio la declaración del sindicado, podemos extraer una aplicación cuasi mecánica del silogismo, -aunque que creo que este tipo de sentencias ni como silogismo puede conceptualizarse-, [formalmente hablando], pues el juez pese a que la declaración del sindicado no constituye un medio de prueba, prescinde de los medios de prueba y torna como eje central la declaración del sindicado e inobservando la sana crítica razonada -aunque trate de motivar con argumentos falaces- otorga la calidad de prueba tasada a la declaración del sindicado. A ello se agrega que si quisiésemos fundar la sentencia por declaración del sindicado como hecho notorio, mediante indicio y presunción, esta no alcanzaría a deslegitimar la presunción de inocencia reconocida en la Constitución Política de la Republica de Guatemala y actualizada o reconocida en diversos fallos en que se ha ejercido el control constitucional y el control convencional que ha hecho tanto nuestra Corte Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero esto es producto del mencionado derecho penal del enemigo que "... en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto

hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “Derecho penal de la puesta en riesgo² de características antiliberales³ .”

En extracto de la siguiente sentencia⁴ podemos apreciar razonamientos que se alejan de lógica formal y no digamos de la lógica de lo razonable:

“Por lo que en el presente caso se postuló un hecho como notorio, el cual quedó totalmente y completamente acreditado, aceptando el acusado CARLOS ALBERTO..., todas y cada una de sus incidencias y particularidades, narrando el tribunal cómo sucedieron los hechos, confesando los mismos, en tal virtud y contando con el acuerdo de todas las partes se prescindió de la prueba ofrecida por los sujetos procesales para demostrar el hecho, el cual fue debidamente declarado comprobado, o sea, que el hecho ha quedado plenamente probado, sin lugar a ninguna duda, quedando acreditada la participación del acusado CARLOS ALBERTO...”

En este tipo de sentencias el juzgador realiza una operación mecánica de la siguiente manera: tiene una norma del código penal y tiene un hecho que encuadra en algún tipo penal, [según él, aquí se encuentra la razón suficiente] por lo tanto obtiene una conclusión. Esa conclusión, según este tipo de sentencias, se ve justificada –según ellos- por miles de razones que plasman en una sentencia, pero en la realidad jurídica, se fundan en un solo acto: la declaración del sindicado, elevando la confesión a medio de prueba y sin utilizar la sana crítica, que requiere la aplicación de principios universales como el de contradicción, el de razón suficiente, el del tercero excluido, etc.

² Gunther Jakob Manuel Cancio Meliá Derecho penal del enemigo, Thomson Civitas, España 2003. Citando sobre este concepto exhaustivamente HERZOG, Gesellrchaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, págs. 50 y SS.

³ Gunther Jakob Manuel Cancio Meliá Derecho penal del enemigo, Thomson Civitas, España 2003. Citando a HASSEMER, en: PHILIPPS et al. (ed.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, págs. 85 y ss. (pág. 88); idem, en: J-G-MÜLLER-D-ETZ/NEUW (ed.), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standanbestimmung, 1991, págs. 329 y SS.; HERZOG, Unsicherheit (nota 4), págs. 65 y ss.; ALBRECHT, en: Instinct für Kriminalwissenschaftler Frankfurt a. M. (ed.), Zustand des Strafrechts (nota 2), págs. 429 y SS.

⁴ Sentencia de fecha 28 de Junio de 2011 dictada por el Tribunal Segundo de Sentencia de Guatemala. Por razones obvias se ha limitado datos del caso.

Esto constituye solo un aspecto lamentable, otro aspecto que se presenta es llegar a acuerdos en los cuales se renuncia a derechos fundamentales que han sido plasmados en instrumentos internacionales de derechos humanos como el Derecho a Recurrir.

El derecho a un juicio justo se ve entonces limitado al justiciable.

Puede surgir el argumento para defender la obtención de sentencias condenatorias mediante la aplicación de la declaración del sindicado como hecho notorio, el contenido del artículo 16 constitucional que contiene una norma prohibitiva en los términos siguientes “Artículo 16.- Declaración contra sí y parientes. En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley”. Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. El tema aquí es que mediante el hecho notorio, se da un acuerdo de voluntades entre las partes procesales y no se le está obligando a declararse culpable.

Sin embargo, el contexto de esta norma debe analizarse a la luz de nuestro derecho interno, que no regula la confesión como un medio de prueba, no más como una atenuante, debiéndose necesariamente fundar en prueba que permita valorarla conforme a la sana crítica razonada y que de ella se desprenda su culpabilidad. El artículo 12 del mismo texto constitucional establece: “Artículo 12.- Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.” Se desprende fácilmente de la norma, que debe existir un juicio previo en el que existan una serie de garantías como el de la producción de la prueba que determine su responsabilidad en un hecho criminal. En consonancia a ello la Convención Americana sobre derechos humanos determina que entre otras garantías

judiciales del justiciable, encontramos el derecho a no declararse culpable, que no es una mera facultad sino precisamente un derecho que deben proteger el órgano jurisdiccional. Nuestro código procesal penal protege esos derechos y al efecto regula en los artículos 4, 14, 281, 283 que: “deben observarse las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado” “las disposiciones de esta ley que... limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan... el ejercicio de sus facultades”, “ no pueden ser valoradas para fundar un decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código... no será necesaria la protesta previa y pueden ser advertidos aun de oficio los defectos concernientes... que impliquen inobservancia de derechos y garantías prevista por la Constitución y Tratados ratificado por el Estado”.

Estas regulaciones guardan congruencia con el denominado “juicio justo” y es por excelencia la fase del Debate donde torna especial importancia aquel “juicio justo” porque “... la verdad más convincente es la que puede surgir de un proceso judicial, donde se respeten todas las garantías al acusado y donde el debate contradictorio haga más evidente su culpabilidad o su inocencia”.⁵

El juicio justo también ha sido motivo de aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al considerar:

- a- En el caso Suarez Rosero. Párrafo 76 y 77: “76. La Corte pasa a analizar el alegato de la Comisión de que el proceso contra el señor Suárez Rosero violó el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. Dicho artículo dispone que [t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad... 77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías

⁵ Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio. CIDH jurisprudencia. tomo I. El manejo del pasado y la cuestión de la impunidad en la solución de los conflictos armados de el salvador y Guatemala Pedro Nikken, pág. 167.

judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.⁶

- b- Caso Castillo Petruzi párrafo 219: “Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre si relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquellos. Por ende cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de ese carácter. Si ello no ocurre el acto carecerá de validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada... si los actos en que sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia, no subsistirá. Carece de soporte necesario”⁷.

En ese contexto podemos considerar que las Sentencias condenatorias que toman la declaración del sindicato como hecho notorio, no son más que un silogismo fundadas en la lógica formal -en el mejor de los casos-, lo cual constriñe el imperativo de utilizar la lógica de lo razonable, de llegar a conclusiones válidas mediante el uso de la sana crítica razonada, sin tomar a la declaración del sindicato mediante un argumento a fortiori y considerarla como un medio de prueba, prescindiendo de la producción de prueba que determine su responsabilidad. Esto trae como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales regulados tanto en la Constitución Política de la República como en Instrumentos de protección a Derechos Humanos y el propio Código Procesal Penal.

⁶ Corte IDH. Caso Suarez Roser. Sentencia de Fondo, párr. 76- 77.

⁷ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi, Sentencia de Fondo, párr. 219- 219.

BIBLIOGRAFÍA

1. Gunther Jakob Manuel Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Thomson Civitas, España 2003. Citando sobre este concepto exhaustivamente HERZOG, Gesellrchaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, págs. 50 y SS.
2. Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio. CIDH jurisprudencia. tomo I. El manejo del pasado y la cuestión de la impunidad en la solución de los conflictos armados de el salvador y Guatemala Pedro Nikken, pág. 167
3. Luis Recasens Siches. Nueva filosofía de la Técnica Jurídica. Diánoia, volumen 15, numero 15, Instituto de Investigaciones Filosóficas Universidad nacional Autónoma de México.
4. Rafael Rojina Villegas. Derecho Procesal Civil citando a J. Eduardo Couture.



Instituto de la Defensa Pública Penal
7a. Avenida 10-35, Zona 1
Ciudad Guatemala
Tel. PBX: 2501 5757
www.idpp.gob.gt