

AÑO 4 | SEMESTRE 1
EDICIÓN ENERO - JUNIO 2021

REVISTA

DE LA COMUNIDAD JURÍDICA DE OCCIDENTE



“DISCERE MAGIUS IURIS”
APRENDE MÁS DE DERECHO



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE



“DISCERE MAGIUS IURIS”

APRENDE MÁS DE DERECHO

Coordinador general:

Erick Juárez Elías.

Coordinadores de la revista:

Bayron López Hernández

Luis Alberto Fernández Ramírez.

Notas aclaratorias:

Las opiniones expuestas en los artículos publicados son responsabilidad exclusiva de su autor y no expresan necesariamente la opinión de la Comunidad Jurídica de Occidente.

Se permite su uso, difusión y reproducción total o parcial para fines didácticos, siempre que se cite la fuente.



En memoria de Adan René de León Hernández



DE LAS PALABRAS DE ERICK JUAREZ DADAS A UN AMIGO ANTES DE IMPARTIR JUSTICIA

Has honor de la noble investidura que hoy se te concede, por cuanto es la más importante y delicada de entre todas las que se otorgan.

Impregna y resguarda de dignidad tu cargo, alejándote de los bullicios de la vida licenciosa, desordenada e irresponsable, en cuanto de cuyos actos debes juzgar a los demás.

Antes de ser inclemente se compasivo con los justiciables, porque el yerro de la conducta que juzgas puede ser tu yerro al juzgar.

Cuando la ofuscación irrumpa de tal manera que te impida razonar, posterga la decisión, que es menos perjudicial a las injusticias del fallo inmediato.

Cultiva la tolerancia para respetar por igual a quien sea y conceder indulgencia tanto al ingenuo como al insolente.

Has de la templanza tu hábito más devoto y así tu proceder será estandarte de la moderación del derecho y de los apremios que dispongas.

Jamás encubras tu deber de juzgar, aun cuando la fuerza de la multitud, de la naturaleza o de las armas esté sobre tus sienes.

Arrópate de sabiduría para discernir entre el bien y el mal de tus decisiones, conteniendo así cualquier perjuicio que puedas provocar.

Olvida con la mayor prontitud las ofensas, así tu buen juicio para sentenciar estará libre de los mezquinos sentimientos.

Pues bien mi buen amigo, has de tu cargo el refugio de los que claman justicia, a quienes los abusos han impedido que la exijan como es debido y devuelve a cada uno lo que es suyo, lo que merece y lo que necesita!

CONTENIDO



PRESENTACIÓN Erick Juárez	1
CONDUCCIÓN DE AUDIENCIAS E INTERRUPCIONES DE OFICIO Diego Zalamea Leon	15
LA PRUEBA INDICIARIA Y SU VINCULACIÓN CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO Sergio Adolfo Pastor Álvarez	48
GARANTISMO PENAL Jorge Luis Cano Ortíz	69
EL DERECHO EN GUATEMALA: ANÁLISIS HISTÓRICO Y PERSPECTIVAS ACTUALES Hugo Rafael López Mazariegos & Miguel Manfredo Maldonado Castillo	100
RESEÑA DEL LIBRO LA PRUEBA, ARTICULOS Y CONFERENCIAS José Armando Camacho Yac	120

PRESENTACIÓN



En este número de la Revista de la Comunidad Jurídica de Occidente, como es propio de su contenido, se despliegan temas de repercusión práctica, a efecto de mejorar las existentes y reflexionar sobre aquellas que merecen una constante y permanente revisión y readaptación.

En ese contexto, el primer artículo, de Diego Zalamea, aborda el de los jueces en la conducción de las audiencias, lo cual, como bien advierte, fue un tema postergado en el proceso de reforma procesal penal en Latinoamérica, que siguiendo la tradición jurídica anquilosada se detuvo en enseñar los contenidos de las nuevas normas jurídicas y, en pocos casos, la filosofía jurídica que la sostenía; mas no atendió al desarrollo de habilidades y destrezas en las dos funciones esenciales jurisdiccionales: conducir audiencias y decidir.

De esto da cuenta el movimiento reformista, que inicialmente centró sus acciones en dar a conocer el modelo de procedimiento, incluido los principios, a manera de los estudios exegéticos decimonónicos.

Meridianamente cumplido ese objetivo, cedió a la capacitación de habilidades y destrezas de litigación, mediante una dinámica diferente, cuya ruta fue delineada por el Manual de Litigación Penal de Duce y Baytelman, constituyendo un referente ineludible, tanto para la enseñanza, cuanto más para la publicación refleja de manuales en todos los países de la región; inclusive, utilizado como guión para la copia a calco de libros en no pocos lugares. Si bien es cierto el manual indicado, publicado en el año 2004, gravitaba en las audiencias de juicio, también cierto es que, pocos meses después publiqué, mediante edición universitaria, El Procedimiento Penal, una aproximación pragmática, en el que redefiní el procedimiento por audiencias y describí el rol de los jueces

y abogados en las audiencias previas y de juicio, tanto imperativas como potestativas, unilaterales como bilaterales, al cual también le siguió una dinámica similar en la región.

Consolidada la idea de, desarrollar habilidades y destrezas de los litigantes en todo tipo de audiencias, surgió un nuevo desafío: centrar los esfuerzos reformistas en las competencias y capacidades de los jueces, propias de un sistema adversarial, para la eficaz conducción de audiencias, trastocando el sistema que los formó para firmar resoluciones; así, implementé el curso de conducción de audiencias en la Escuela de Estudios Judiciales, en el año 2010, como la metodología más propicia para, dotar al sistema de justicia penal, de jueces preparados para conducir con eficacia las audiencias y, sobre todo, emitir decisiones en audiencias, debidamente fundadas. Posteriormente, a partir del 2015, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas implementó el Diplomado de Destrezas en la Conducción de Audiencias, destinado a jueces de la región latinoamericana, que ese año llega a su VII versión; derivado de ello, ha empezado la publicación de diversos manuales para la conducción de audiencias en distintos países de la región.

Por ello, en la línea trazada, el artículo de Zalamea es importante, por cuanto asume y propone, en específico, el rol de los jueces en la conducción de las audiencias, partiendo de la idea base que éstos son los directores de las audiencias, por lo que de natural a ese rol corresponde reconducir la intervención de los litigantes y, en no pocos casos, de los sujetos procesales; pero, como claramente afirma, esta debe ser subsidiaria y únicamente para resguardar los valores más elementales del juicio, como la verdad y la eficacia del procedimiento.

Para llegar a tal afirmación, Zalamea traza una serie de razonamientos que parten de la pregunta recurrente: ¿En qué caso el juez puede interrumpir de oficio una actuación? Interrogante que, anclada en la retórica de la exegética que adoctrina a no pocos abogados aún, sería explicada desde el texto normativo, sin complicaciones mayores o, si las hubiese, abriría la

posibilidad de elucubraciones de todo tipo e interminables; pero, este no es el método seguido por el autor, quien opta por fundamentar su respuesta en la relación ineludible de la situación concreta y los fines de un juicio justo; esto, de inicio, evita una contestación simplista y general y que, por el contrario, permite tratar cada realidad según su contenido, extensión y resultado respecto a los derechos de los sujetos procesales en juicio y los fines del procedimiento. Esto adelanta la imposibilidad, seria y profesional, de fincar la cuestión con una simple consideración general y abstracta.

Esta manera de aproximarse al tema, propio del pensamiento anglosajón, le habilita para trazar el marco concurrente de las variables susceptibles de la, excepcional, intervención motu proprio de los jueces. Previo a ello, repara en dos ideas bases: la necesidad como parámetro de legitimidad y, la subsidiaridad como exponenciación del litigio de partes. En la primera, esa necesidad se determina por los elementos que conforman el debido proceso, por lo que la intervención de los jueces está determinada exclusivamente cuando, la actuación de los litigantes, tenga una afectación directa en los derechos fundamentales de los sujetos procesales, entre otros, el de defensa, tutela jurídica efectiva de las víctimas y la eficacia del juicio, incluida en esta la verdad como esencia del juicio justo. En la segunda, la subsidiaridad se establece en el rol propio de los litigantes, por cuanto son los responsables del control de la calidad de la información que se provee por los órganos de prueba, debiendo asumir una actitud dinámica, preponderante y técnica que impida todas aquellas preguntas, que debiliten, afecten o restrinjan aquel presupuesto de la información, que en suma será utilizada por los jueces al emitir la decisión respectiva; además, que esa intervención de quien dirige la audiencia, no debe ser recurrente, es decir, la frecuencia debe ser ínfima, porque de lo contrario, invaden la esfera propia del rol de los litigantes y, al asumir un protagonismo desmedido, distorsiona la separación de roles procesales, que en no pocos casos puede debilitar la imparcialidad jurisdiccional.

En tal sentido, Zalamea hace un repaso por la clasificación, explicación y determinación de la relevancia de las distintas preguntas que, según el caso concreto, pueden afectar el debido proceso; a diferencia de la acostumbrada categoría de preguntas capciosas confusas, ambiguas, vagas, impertinentes, referenciales, repetitivas, argumentativas, sugestivas, auto-incriminatorias y más, que frecuentemente se leen en distintos textos, el autor las describe y determina sus efectos, para así establecer, si implican un intervención oficiosa de los jueces, para impedir las o, aún y cuando ingresen en cualquier de esas formas, al no afectar los derechos y fines indicados, es ilegítima esa intervención. Este, que constituye el valor agregado del artículo, hace reflexionar sobre la valoración específica y particular, según cada situación, de la intervención jurisdiccional, pero sobre todo, que la reglas trazadas en los textos legales, para ser debidamente aplicadas, tienen que vincularse a la realidad de la situación y a la idea última de un juicio justo. Es decir, no es la simple clasificación ex ante o en abstracto la que legitima o deslegitima la actuación procesal, más bien, constituye una guía para evaluar si en el caso concreto se afectan los objetivos por los cuales se establecen esas reglas de interrogatorio.

Finalmente, muy propio a los manuales de litigación, de los cuales Zalamea ha escrito varios, presenta en escena las diferentes preguntas que los litigantes pueden realizar en el marco de las reglas de interrogatorio, para luego razonar sobre su relevancia o no en el mantenimiento incólume del debido proceso y los fines del juicio. Claro está, como el autor advierte, no puede abarcar todos los supuestos, porque la dinámica de los juicios hace diversa e inidentificable los distintas formas en la cuales puede manifestarse las actuaciones ilegítimas, que según el caso, exigen la actuación de los jueces, tal y como concluye en la parte final del artículo.

En ese marco probatorio y de adquisición de la verdad, pero en un escenario distinto, Sergio Pastor desarrolla la temática sobre prueba indiciaria vinculándola directamente a la presunción de inocencia, como

su contrapeso. Como se nota, la prueba, la actividad probatoria, las reglas probatorias o el derecho probatorio, han constituido una materia presente en todos los números de la Revista, por una razón más que evidente: es el elemento esencial del juicio e imprescindible de toda sentencia; por ello, la actividad litigiosa gravita alrededor de ésta y, por igual, la función intelectual de los jueces se enfoca, con primacía, en torno a la misma.

De esa cuenta, el artículo de Pastor se enmarca en esa importancia teórica y práctica de las pruebas, particularmente respecto a los indicios, ampliamente desarrollado en la doctrina del siglo pasado, por su regulación en los textos legales de la región; y, menos tratada en el presente, por su desregulación en los códigos procesal penales reformas de Latinoamérica. Ciertamente, las normas jurídicas definían, clasificaban, caracterizaban y establecían parámetros respecto a la prueba indiciaria, al extremo que en algunos códigos se fijaba el valor probatorio, a la usanza del sistema de la prueba tasada. Por el contrario, en los vigentes códigos son inusitados los que establecen reglas al respecto, porque la mayoría no regula la prueba indiciaria, por una razón básica: no constituye prueba sino actividad probatoria, de conformidad a la doctrina dominante.

Ese aspecto, es referido en el artículo, al indicarse que constituye el proceso por medio del cual los jueces llegan a establecer un hecho desconocido, a partir de un hecho conocido o probado previamente. Nótese que, efectivamente como se hace referencia, más que órgano de prueba, es una actividad, eminentemente intelectual de los jueces, que aplicando el método correspondiente de la inducción, dan por acreditado una proposición fáctica respecto a la cual no existe prueba directa. Por ello, no es propio denominarle prueba al indicio, aún y cuando la nomenclatura jurídica sigue utilizándose por la tradición jurídica de más de un siglo al respecto; sin embargo, eso no impide que se le denomine como corresponde: método de valoración probatoria, lo cual, indudablemente, determina que solo puede ser utilizado y realizado por los juzgadores y,

que su naturaleza es metodológica, siendo aplicado estrictamente en el proceso intelectual de estimación probatoria.

Para el efecto, de confrontar los indicios como la presunción de inocencia, Pastor recuerda los fines y funciones de la prueba en el juicio penal, diferenciando la prueba directa de la indirecta, lo cual sirve de base para esbozar su punto de vista en torno al inicio, como indirecta, tanto desde el punto de vista del sujeto, porque los jueces no perciben órgano de prueba alguno, cuanto más respecto al objeto, porque no existe una fuente directa que provea el dato o elemento probatorio.

Aunado a ello, revisa la doctrina alrededor de los indicios y cita aquella que reafirma que es prueba indiciaria y que es permitida de conformidad al principio de la libertad probatoria, lo cual confronta con los precedentes jurisdiccionales del Tribunal de Casación, que resultan compatibles a aquella, fijando las características, límites y condiciones en las cuales puede aplicarse, que si bien es cierto no obligan a los tribunales penales, sirven de guía para la correcta aplicación excepcionalísima del proceso intelectual de la estimación probatoria.

En torno a ello, como deja entrever Pastor, es correcto que no esté regulado como prueba, sin embargo, esto provoca serios inconvenientes cuando son aplicados, porque se les utiliza indistintamente como prueba y, sobre todo, sin límites ni cumplir con un rigor mínimo de validez, permitiendo así la arbitrariedad judicial a la toma de la decisión final. En ese sentido, los estándares probatorios son inexistentes, reduciendo la exigibilidad de probanza y consecuentemente debilitando la adquisición de la verdad, imprescindible en su nivel más próximo, para emitir una sentencia de condena.

Al respecto, aún y cuando debe ser excepcional acudir a los indicios, deben fijarse estándares básicos tanto de su utilización, como del contenido, condiciones, requisitos, extensión y efectos, para que el razonamiento judicial esté debidamente delimitado y sólo, cuando se

cumplen con los parámetros imprescindibles, poder inducir la confirmación de una proposición asertiva mediante la relación indiciaria. De ello deriva que, la naturaleza excepcional implica que debe justificarse inequívocamente, según las circunstancias en que sucedieron los hechos, que ha sido materialmente imposible identificar y reproducir prueba directa; derivado de ello, también debe proveerse explicaciones razonables sobre la subsidiaridad de su utilización, según la actividad investigativa, que denote lo inasequible de identificar y reproducir prueba idónea y suficiente para acreditar, de forma directa e incuestionable, la proposición fáctica. El primer patrón está referido a lo ontológico, lo segundo a lo pragmático, siendo ambos autónomos y subsecuentes. Asimismo, el contenido de la metodología indiciaria, es y debe ser una proposición fáctica que conforma los hechos imputados; lo que implica que, sirve para acreditar una circunstancia, aquella que se desconoce y de la cual está justificada la dispensa probatoria, es decir, un punto en específico; de ello resulta que, no pueden acreditarse varias circunstancias, como tampoco la totalidad de proposiciones que conforman los hechos. Así, las otras proposiciones asertivas deben estas acreditadas mediante las pruebas idóneas y suficientes. Junto a esto, la inferencia probatoria está condicionada por la existencia o concurrencia de varios indicios, que en su conjunto y de forma coherente e incuestionable permitan, a los jueces, convencerse sobre la circunstancia que no se acreditó en juicio. Esto conlleva a impedir las condenas injustas que, basadas en el arbitrio judicial, aplican la metodología indiciaria sólo con un indicio o, en no pocas ocasiones, varios indicios que no son coherente, vinculantes, determinantes ni consistentes. Aunado a ello y, como advierte Pastor, para que no afecte colateralmente el derecho de defensa, debe adelantarse su pedido de aplicación, a efecto que el defensor pueda oponerse a su utilización metodológica en el proceso de valoración probatoria, cuando no cumple con los estándares respectivos o, en su defecto, exigir la aplicación correcta y los efectos adecuados de su utilización; nótese que este es un

requisito esencial del contradictorio, en que el fiscal advierte que, al carecer de prueba directa, requerirá una valoración indiciaria respecto a una de las proposiciones asertivas; lo que asegura que, en los alegatos de apertura y de cierre, la defensa pueda elevar argumentos al respecto. Ello, porque en suma, al no ser prueba, no puede ser refutada. Finalmente, los jueces deben razonar ampliamente respecto a la utilización de la inferencia probatoria, resolviendo los puntos esgrimidos por el acusador y el defensor, en el planteamiento adversarial indicado con antelación.

Como es evidente, resultado del análisis respectivo, Pastor llega a la conclusión ineludible, que la inferencia probatoria solo y únicamente puede ser utilizada de forma excepcional, subsidiaria y cumpliendo los requisitos correspondientes, caso contrario trasgrede el derecho a la presunción de inocencia, que en suma es el principio rector de la justicia penal. Basta indicar que la recurrencia en la utilización de la inferencia probatoria, en no pocos tribunales, ha implicado su análisis en diversas sesiones de nuestra Comunidad Jurídica, a lo cual se adhiere la tesis de grado de don Adán René de León, a cuya memoria está destinado esta edición.

En otro contexto, de naturaleza sustantiva, Jorge Cano analiza, confronta y concluye sobre los modelos penales y su incidencia en el respeto de los derechos fundamentales de las personas; firme defensor de los derechos humanos, y convencido de una lectura convencional y constitucional de los sistemas jurídicos internos, para que estos tengan legitimidad, recorre las ideas básicas del garantismo penal y su contra-parte derecho penal del enemigo.

En cuanto al garantismo penal, acudiendo a los textos de los exponentes más destacados de esta corriente del pensamiento jurídico, lo asocia directamente al estado constitucional de derecho, en el que se respetan ineludiblemente los derechos fundamentales de las personas. De esa cuenta, este modelo penal, justifica la existencia del poder punitivo, sin embargo exige que sea limitado, excepcional y hondamente humanitario,

utilizable solamente cuando la necesidad lo imponga y se cumplan con un mínimo de condiciones, denominadas garantías, tanto en los procesos de criminalización primaria, como en la secundaria y de ejecución.

Sin duda, el Marqués de Beccaría, se constituye en el primer y máximo exponente del garantismo penal, cuyas ideas se expanden a todo el sistema penal, visto como conjunto, tanto en la definición de los delitos, el proceso, la individualización de las penas y la ejecución de estas; siendo oportunas las citas de este autor, que al respecto hace Cano, tanto en los aspectos que legitiman el poder punitivo, mediante la necesidad social, cuanto más en el sentido de los derechos esenciales de todo proceso e, inclusive, en política preventiva, al afirmar que la educación es uno de los instrumentos que incide, entre otros, en la reducción de los delitos. Estas ideas, que superan los límites temporales, son reivindicadas y reconfirmadas en el pensamiento de Ferrajoli, quien, de igual forma concibe el sistema penal integrado mediante su conocida fórmula cómo, cuándo y cómo prohibir, juzgar y penar, en cuyo desarrollo recorre el devenir histórico de cada una de las instituciones jurídica-penales, para evidenciar sus desaciertos en la mayoría de casos y frente a ello, traza una serie de axiomas que constituyen los límites esenciales o básicos conforme a los cuales debe estructurarse el sistema de justicia penal. De esa cuenta, tanto el Marqués como Ferrajoli, no abogan por el abolicionismo penal, sino por el trato humanitario de las personas en el marco de la punición, de hecho el último, lo manifiesta expresamente en su libro teoría de la democracia.

De esa cuenta, como Cano indica, el garantismo penal fija una serie de exigencias para que, todas las agencias oficiales con incidencia punitiva, las observen y conforme a ello hagan más racional, humano y excepcional el uso de la violencia estatal; así, los principios de materialidad, lesividad y culpabilidad, que se traducen en elementos de la estructura del delito y los de presunción de inocencia, libertad y defensa, que informan el juicio penal, constituyen los límites infranqueables para la respuesta punitiva en

contra de los delitos. Conforme a ello, Cano afirma y concluye que, este modelo penal es el más acorde a un sistema constitucional de derecho, en contraposición a un estado legal de derecho y, a su vez, compagina el primero con un estado democrático y el segundo con un estado absolutista.

Frente a ello, discurre en las ideas del derecho penal del enemigo y como bien afirma, no constituye un pensamiento originario, más que en el término, por cuanto sus bases conceptuales no solo derivan en gran medida de Wetzell y Von Liszt, sino en tanto a los fundamentos de Lombroso, Ferri y Garáfolo, que fijan la idea de peligrosidad, social y criminal, y sobre esta base el adelantamiento del derecho penal, la reducción de garantías y el establecimiento de medidas de seguridad, pre y post delictivas. Ciertamente, como Cano señala, las ideas centrales de Jackobs pueden sintetizarse en tres puntos básicos: adelantamiento de la punibilidad, desproporcionalidad de las penas y relativización de las garantías procesales; esto, que ya aparecía en ideas de los positivistas y en las prácticas del medioevo, se reúnen en un modelo de pensamiento para categorizar como enemigos, a las personas que cometen delitos o que, ponen en riesgo la seguridad de la sociedad, concepto este tan vago que puede significar todo o nada, y con lo cual se justifica la arbitrariedad, despotismo, irracionalidad e inhumanidad de la respuesta punitiva.

Conforme a esa revisión teórica, Cano refiere que el modelo penal indicado, es propio de los sistemas autoritarios, en cuyo seno se exponencia la criminalización de las personas y no de sus actos, utilizando el perfil criminológico como justificativo del trato como enemigo; tan reprochable e inconcebible este aspecto, por lo que en el artículo se extiende su análisis, consideración y utilización normativa, aún en no pocos códigos de la región, particularmente en el de Guatemala, a cuyo respecto repara Cano en los artículos correspondientes, para prohibir, como para sancionar, incluso, para no conferir beneficios penales, lo cuales basta decir también, que son un resabio del positivismo y que no es propio de un

sistema liberal ni garantista de derecho penal. Para sustentar su oposición a la mal concebida y errónea utilización de esta categoría jurídica-penal, cita la jurisprudencia constitucional establecida en 2018, en la cual se aclara totalmente que la clasificación de derecho penal de autor, no es coherente a la categoría de derecho penal de acto, que informa el sistema penal guatemalteco; por ello, concluye y propone que, los jueces en el ejercicio independiente, debiendo agregar responsable, de su función jurisdiccional, deben inaplicar las normas jurídico-penales que resguarden contenido de aquella categoría penal.

Basta señalar, como Ferrajoli indica, que las bases fundantes del derecho penal del enemigo, erige un sistema de buenos y malos, estos últimos calificados como enemigos, por lo que se desencadena un sistema de guerra, en el que el Estado entra en conflicto con aquel sujeto, a quien, por obvias razones, lo despoja de sus más mínimos y esenciales derechos, dejándolo sin ninguna protección ni garantía, porque precisamente ese ese el trato que se les da a los enemigos en ese estado de guerra.

Finalmente, el último artículo constituye una invitación a la reflexión y discusión del derecho, en su esencia, origen, contenido, efecto y usos instrumentales para fines diversos; en suma, una pausa en la actividad del jurista para repensar su mundo jurídico. Los autores, Hugo López y Miguel Maldonado, proponen esa reflexión específica mas no excluyente del derecho en Guatemala, conforme un análisis histórico y una perspectiva actual, cuya finalidad, como adelantan, es la de abrir un debate científico sobre el derecho, desde una perspectiva amplia, general, incluyente y confluyente, que facilite una percepción multifacética y multidimensional, apartándose de los análisis simplista, abstractos y retóricos ensimismados de teorías “puras” del derecho. Esto, como es evidente, marca un escenario de comprensión del derecho integrado, relacionado e influenciado por la economía, política, sociología y filosofía, habida cuenta que, como indican, constituye una realidad bidireccional, en que unas impactan en las otras y que en suma repercuten en la realidad social.

Para el efecto, parten del pensamiento de Marx, que bien vale recordar uno de sus primeros ensayos: Crítica a la filosofía del derecho Hegel, escrito entre 1843 y 1844, popularizado como Manuscrito de Kreuznach, que fue publicado hasta en 1927; este, si bien es cierto evolucionado, trazaba ya su pensamiento, que después constituye una de sus ideas-fuerte, sobre todo al identificar el derecho como instrumento de dominación y como medio para mantener las condiciones estructurales de las sociedades de mediados el siglo XIX. Tal percepción deriva del análisis histórico e integral del derecho, en especial marcado por la economía que, como reseñan los autores, es la que determina las relaciones de poder en las sociedades burguesas. Derivado de ello, el pensamiento marxista elevó la máxima de la enajenación, religiosa y económica, la primera como dominación interna y la segunda como dominación externa, por medio de las cuales se domestica a la sociedad por quienes la controlan. La crítica a la religión, que incluso se encuentra en otros escritos, como Sobre la Cuestión Judía y la Miseria de la Filosofía, da cuenta de la gran influencia que ésa tuvo en su pensamiento y que tenía en la realidad de su época. De esa amplitud, los autores eligen una de las más acentuadas de Marx, hacia el derecho de Hegel, como lo es la posesión y la propiedad privada, que en suma constituirá un eje transversal de su pensamiento.

Partiendo de ello y de la relectura de los diversos escritos de Marx, sin desconocer los aportes y beneficios de los derechos humanos para un mundo más digno, afirman que éste constituye un instrumento para formar ciudadanos dóciles al consumismo, el que no cuestionan y al que, por diversos medios, se integran, finalidad propia de ese sistema internacional que, indican, en todo caso y en ulterior efecto, todas las luchas reivindicativas de derechos humanos son aliadas al capitalismo, que los integra. Este punto, claro está, abre un abanico de escenarios para el debate, centrados en el punto de vista de los autores, pero aún más, sobre la legitimidad, representatividad, obligatoriedad, superioridad y extensión o totalidad del conjunto de derechos humanos, en especial,

sobre la tendencia de considerar todo instrumento internacional, originario de los organismo correspondientes, como integrante de los derechos humanos, incluida la mal denominada jurisprudencia, que no tiene ningún fundamento jurídico. Pero a la vez, crea el espacio propio para concebir ideas y propuesta en sentido contrario, como la de Ferrajoli que apuesta por una constitución universal, que pueda obligar a acciones que generen condiciones de vida digna y establezca prohibiciones para garantizar los derechos más esenciales de los seres humanos. O, como señala Lipson, esos pactos de gobiernos más que de estados, han reducido las atrocidades que deshumanizaron el mundo, fin primario al ser efecto emergente de la segunda guerra mundial. Un debate que, claro está, no es novedoso ni nuevo, puesto que ha estado en el debate intermitente, en la mayoría de casos anclado en la discusión entre teorías monistas y dualistas del derecho internacional o, en las menos, sobre el ideal de un mundo mejor, evitando y sancionando los crímenes de agresión, de guerra y en contra de la paz y los seres humanos.

Asimismo, Hugo y Miguel, enfocan su análisis en el estado de derecho, desde el pensamiento marxista, asegurando que éste no es más que el medio para el mantenimiento del estatus quo de un sistema de explotados y explotadores, identificando a los primeros como proletarios y a los segundos como los patronos. Si bien, esas son la partes del conflicto que estructura Marx para aducir que el derecho es un instrumento de opresión, también es cierto que desde los escrito de Marx a la fecha, más de 150 años, la realidad ha cambiado, incorporando variables que cambian esa confrontación dual, tal el caso de otros sectores que reivindican derechos; así como una dinámica distinta en la política, en que el derecho al sufragio se universalizó y la tradición de los partidos políticos, en algunas países fortaleció la democracia y en otros diversificó los intereses, en cuyo caso incluso los obreros han accedido al poder, como en Inglaterra con el partido laborista o, sus intereses han integrado políticas de gobierno, como en la Guatemala de mediados del siglo XX;

aunado a ello, el surgimiento y consolidación de democracias sociales, como en los países escandinavos y otros más del occidente europeo, han variado los roles y la dinámica de los ciudadanos y los políticos y, derivado de ello, una serie de políticas públicas enfocadas en mejores condiciones de vida para las personas y más libertades y garantías para el ejercicio de sus derechos. El listado de las variables, sigue y cada vez surgen más, lo cual impone repensar y considerar, en la realidad actual, el enfoque marxista de aquella época, a lo que deben sumarse experiencias fatídicas en no pocos países.

Lo indicado, es precisamente lo que prevén los autores, una crítica imparcial, objetiva, despojada de prejuicios y de anclas conceptuales y más acercadas a la realidad y la verdad, que constituyen la base del pensamiento científico.

Cabe cerrar esta presentación, con el pensamiento de Lipson sobre la ley: “La ley es un instrumento de gobierno y también de poder. Puede usársele indistintamente, para imponer y sostener la tiranía o para aplicar la justicia, para imponer la igualdad o la desigualdad, para defender y aumentar la libertad o para aherrojarla.”

Erick Juárez
Coordinador General



CONDUCCIÓN DE AUDIENCIAS E INTERRUPCIONES DE OFICIO

Resumen:

Este ensayo tiene por objeto responder a la siguiente pregunta: frente a una actuación espuria en una audiencia ¿en qué caso el juez puede interrumpir de oficio una actuación? Dado que, el sistema oral es relativamente novedoso en Latinoamérica, es fundamental tener una imagen clara del papel que cumple el juzgador y este retrato es imposible bosquejarlo sin responder a este cuestionamiento. Para contestar a esta interrogante se analizan las violaciones más frecuentes y sobre la base del principio dispositivo, el debido proceso y el rol de conductor de audiencias se plantea una propuesta. El partir de los valores subyacentes permite un abordaje profundo y legítimo.

Abstract

The purpose of this essay is to answer the following question: in the face of a spurious performance in a hearing, in which case can the judge interrupt a performance ex officio? Given that the oral system is relatively new in Latin America, it is essential to have a clear image of the role of the judge and this portrait is impossible to sketch without answering this question. To answer this question, the most frequent violations are analyzed and a proposal is made on the basis of the operative principle, due process and the role of conductor of hearings. Starting from the underlying values allows a deep and legitimate approach.

1. Introducción

1.1 Objetivo

La *finalidad* de este artículo es responder a la siguiente pregunta: ¿en qué caso el juez puede interrumpir de oficio una actuación? Esta inquietud surge de una realidad, así como, existen ocasiones en que una interrupción sin solicitud de parte resulta absurda; en cambio, en otras es absolutamente necesaria.

Por ejemplo, una intervención desatinada se presenta cuando, en un interrogatorio, dentro de un juicio por asalto, el fiscal hace la siguiente interrogante: ¿usted vio esa tarde al acusado? Una interferencia del director de la audiencia para impedir que se conteste esta incógnita por sugestiva, si el abogado defensor no interviene, resulta exagerada y sin sentido.

No obstante, en el escenario contrario, si en un alegato final un litigante profiere la siguiente afirmación: “señor juez resulta inaudita la propuesta de que se pretenda que hubo una violación cuando estamos ante una mujerzuela como esta”. Así no haya una propuesta de parte, resulta inadmisibles pensar que en este caso un juzgador no intervenga, corte este discurso y llame la atención a quien actúa. Estos ejemplos llevan a pensar que es importante determinar los límites de las paralizaciones de oficio y, desde luego, por la misma causa la frontera de las objeciones.

1.2 Importancia

La interrogante ¿en qué caso el juez puede interrumpir de oficio una actuación? es trascendente en dos esferas: la primera se relaciona con el desarrollo doctrinario; en cambio la segunda tiene que ver con el debido proceso y los derechos de los intervinientes.

Con relación al primer ámbito es importante tener en cuenta un antecedente, la reforma procesal latinoamericana. En materia penal, así como en las restantes ramas la región se halla en un cambio profundo, la adopción del modelo dispositivo oral.

Este viraje va mucho más allá de un simple cambio legislativo, obliga a revisar la forma como todos los actores realizan su trabajo. Para este estudio en particular el aspecto clave es el papel que cumple el juzgador en una audiencia de juicio y específicamente la actitud que tiene que tener ante un comportamiento y legítimo.

Desde el punto de vista doctrinario, la academia latinoamericana consiguió avances significativos en la esfera de la litigación oral. En este momento existe un marco conceptual sólido para el trabajo de los abogados en juicio y un tanto menor para su desenvolvimiento en audiencias previas y posteriores al juzgamiento. En cambio, en materia de las destrezas de los juzgadores recién comienza la preocupación por la materia de la conducción de audiencias. Sin negar que en un sistema dispositivo oral, el papel de los litigantes es clave, no obstante sería absurdo sostener que la forma como actúan los directores de la diligencia es un tema menor.

En este escenario se constata la importancia que tiene el que un juez sepa distinguir cuando debe interrumpir un comportamiento por ilegítimo y en que momento debe simplemente quedarse a la espera de que la parte presente una objeción es tal vez la destreza más paradigmática de esta materia. No obstante, poco se avanzó en esta materia en la región.

De igual manera, la relevancia en materia de derechos es alta. Así, una actitud de un juzgador exagerada, al interrumpir de oficio un comportamiento ilegítimo, puede implicar una limitación innecesaria al derecho a la contradicción y la defensa de la parte que interviene. En cambio, el dejar pasar un comportamiento que debió ser parado por iniciativa propia, puede conllevar el que el declarante, por ejemplo, sea intimidado o maltratado de manera impune en la propia audiencia.

Así mismo existe una repercusión concreta sobre la seguridad jurídica. Todo abogado debe saber en que casos es previsible una intromisión judicial y cuando el control solo debe ser ejercido por su rival. Inclusive, la falta de claridad sobre esta realidad, es justo decir que, se

convierte en una traba para la efectividad de las garantías de los interesados.

El reto concreto de este momento histórico consiste en buscar directrices que orienten el accionar de los jueces. En este momento en Latinoamérica conviven prácticas totalmente diversas, jueces que quieren calificar cada pregunta,¹ hasta otros que no intervienen nunca.

Desde el punto de vista práctico la falta de un criterio homogéneo, en este momento genera discordia entre litigantes y jueces. Tan es así que, especialmente, las disputas por las actuaciones de oficio de los juzgadores, se convirtió en una causa de división dentro del gremio.

Este debate se da en un contexto duro; pues, la academia no estuvo a la altura del reto que significó el nuevo esquema procesal (Wray, 1999, pp. 40-44). Este modelo demanda de una imagen clara de la labor del juez en un juicio, así como de un entrenamiento de sus destrezas profesionales (Binder, 2004, pp. 17-19).

1.3 Pilares esenciales.

1.3.1 Conducción de audiencias

El primer eje central de este estudio se ubica dentro de la esfera de las destrezas profesionales de un juzgador. Dentro de un sistema adversarial oral, un juez requiere dos tipos de habilidades básicas, conducir audiencias y adoptar soluciones judiciales.

Dentro de nuestra cultura la primera esfera es fundamental; porque, por un lado, es un ámbito que en el anterior sistema procesal prácticamente no se trabajó, por tanto, existe un vacío enorme. La segunda razón se debe a que, en un sistema oral toda resolución que afecte derechos de las partes se toma en audiencia; por tanto las actitudes de un

¹ Esta práctica, en el Ecuador, se encuentra centrada en materias no penales, donde la reforma es reciente, y se debe acotar que con el paso de los meses ha tendido a desaparecer, mas todavía existe algún caso esporádico.

juzgador para conducir esta diligencia tienen una repercusión directa en la realización de los derechos de los intervinientes en un proceso judicial.

1.3.2 Interrupción de oficio

Este instrumento, dentro de este análisis, se entenderá como una actuación judicial autónoma, sin petición de parte, que corta un accionar de un abogado, declarante o incluso de un asistente. La razón de esta actuación conjuntamente con las objeciones es interrumpir un comportamiento que viola el debido proceso o atentar contra el desarrollo de la audiencia (Marín, 2018, p. 142; Fortalecimiento de la Justicia, 2013, p. 134).

La lógica dispositiva en la región se replicó de manera paulatina; por esta causa es que, al existir dos herramientas para paralizar una actuación ilegítima, las objeciones y las *interrupciones de oficio*, en la práctica el primer instrumento se impuso en cambio el último se relegó a un plano subsidiario. En este momento como regla general existe ya la conciencia que un modelo adversarial, la regla general es que las partes tomen la iniciativa en el control de los actos ilegítimos y los jueces tengan un papel suplementario en cuanto a intervenir de oficio (Blanco y otros, p. 203).

El problema para el análisis radica en delimitar *el ámbito de aplicación* de esta facultad. La dificultad radica en la tensión entre dos realidades: por un lado el juez es el conductor de la audiencia, por tanto este rol a primera vista parecería facultarle para intervenir ante cualquier violación del debido proceso. Por otro, el sistema dispositivo es un modelo de partes, donde la iniciativa y práctica probatoria corresponden a los interesados y no a los juzgadores, motivo por el cual hay una tendencia a restringir su iniciativa para cortar el accionar de los interesados.

1.4 Metodología

El *punto de partida* de este análisis radica en una breve descripción de las principales modalidades de actuación ilícita. Se renuncia a un

estudio exhaustivo, ya que, no es realista creer que se tiene la capacidad de prever todas las actuaciones espurias que los abogados pueden cometer, además el alcance de este estudio es acotado.

Dada esta limitación, este análisis parte de una muestra que desde el punto de vista numérico es mayoritaria y, sobre todo, desde la perspectiva de la incidencia, son las violaciones más frecuentes. Por tanto, las restantes vulneraciones simplemente tienen una incidencia práctica marginal. En otra palabra es justo decir que, este estudio parte de una base no solo representativa, sino casi exhaustiva de las infracciones que se producen en las cortes.

El método que se emplea consiste en tomar esa muestra, clasificar y agrupar las violaciones sobre la base de denominadores comunes, detectar los valores en juego y buscar una manera de otorgar una esfera de actuación acorde a la naturaleza de los intereses en tensión.

El método a emplearse es el *inductivo*, se parte de las principales violaciones, se analiza cuales son los principales intereses comprometidos y sobre esa base se elabora una propuesta global referida al límite que deben respetar las interrupciones de oficio.

La razón de partir de los valores, se debe a la convicción de que las leyes no constituyen entelequias independientes, son instrumentos sociales creados para defender ciertos intereses reconocidos como relevantes por la sociedad. Por tanto, el comprender estas herramientas procesales, desde este ángulo, les otorga a las normas una mayor legitimidad. Además, en la región el debido proceso, Normalmente, está recogido a nivel constitucional, por tanto, se trata de principios que deben orientar la aplicación de las normas e incluso en ocasiones deben imponerse a disposiciones de menor jerarquía. Esta es la razón por la que este estudio desemboca en una interpretación teológica de las figuras jurídicas de las interrupciones de oficio.

Además, para enriquecer su contenido, se empleará la interpretación sistemática; pues es fundamental revisar la interacción de las

interrupciones de oficio dentro de una audiencia, así como de la conexión con otros principios del sistema procesal, para verificar si es una propuesta válida.

2. Violaciones al debido proceso

Este estudio parte de una *premisa*, una conducta que viola el juego limpio puede ser cortada de manera legítima. Este concepto que parece elemental, sin embargo, en la práctica, no se enraíza entre los actores. De hecho, en la región se arraigó de que las objeciones y las interrupciones de oficio solo se aplican a las preguntas ilegítimas (Blanco y otros, p. 193-194). En consecuencia, actuaciones realizadas por otros actores que no son declarantes, actos realizados en los alegatos y efectuados en otras audiencias distintas al juicio estarían fuera de su margen de protección.

La definición amplia adoptada en este estudio conlleva dos rupturas. La primera referida al autor de la violación. Es cierto que, por lo regular, la ilegalidad es cometida por el abogado de la otra parte; no obstante para la justicia no es importante lo común que sea una vulneración, sino el daño que conlleva. Si existe una actuación ilícita, entonces existe y es legítimo cortarla. Eso sí se advierte que la licitud de interrumpir, no quiere decir que sea justificado que lo haga el juez de oficio. Las repercusiones prácticas de este cambio de paradigma es que agregan la oportunidad de cortar las actuaciones realizadas por los deponentes y el público.

El segundo quiebre guarda relación con el tipo de violación, no solo es posible oponerse a las preguntas, sino a cualquier comportamiento. De hecho, esta es la razón por la que es posible cortar ciertas intervenciones en audiencias distintas al juicio.

A continuación se realiza una breve descripción de las principales conductas ilegítimas y se analiza los valores que se vulneran. Este ejercicio se convierte en la base del estudio posterior, pues, permite obtener los intereses que serán sopesados y además arribar a una conclusión sobre la legitimidad de las interrupciones de oficio en cada supuesto.

2.1 Preguntas objetables

Se parte por describir las interrogantes ilegítimas por dos razones: la primera es la *importancia*. El núcleo del proceso, en un sistema dispositivo oral, es la audiencia de juzgamiento y a su vez la médula de esta etapa es la fase de la prueba. Si la evidencia se practica mediante una sucesión de interrogatorios y contrainterrogatorios a testigos y peritos efectuados sobre la base de preguntas, entonces resulta indiscutible la relevancia que tiene este tipo de incidentes.

La segunda razón es la *frecuencia*. Si en un juicio o incluso en un proceso en forma global se contabilizan las reconducciones que efectúa un juzgador, sea por una objeción o iniciativa propia, se verá que este componente se aproxima a la totalidad; por ello, su incidencia real es determinante.

2.1.1 Las preguntas capciosas, confusas o engañosas en sentido amplio

Este tipo de incógnitas son aquellas que tienen el potencial de confundir al declarante, pueden generar un error en la respuesta, por la forma como se las entiende.

La diferencia entre las preguntas capciosas en sentido amplio y estricto radica en la intencionalidad. Mientras que en el primer sentido no se requiere la intención de engañar, en la segunda, las interrogantes son verdaderas tramas, celadas al deponente (Zalamea, 2019, p. 45).

La característica anotada repercute sobre el *ámbito de protección*, debido a que las indagaciones capciosas en sentido amplio prescinden del elemento subjetivo. No es necesario que el litigante busque una finalidad especial, ni siquiera que tenga consciencia del problema que conlleva la incógnita que ejecuta, basta con que la interrogante pueda llevar a una equivocación al deponente para que sea ilícita.

El principal principio del debido proceso que se protege es la *tutela jurídica efectiva*. De las múltiples aristas que conlleva este valor, una de ellas consiste en que las sentencias sean de calidad y esta meta no se puede lograr si la materia prima que sostiene el fallo no es sólida. Solo con información de primera se puede construir una resolución de buen nivel.

El *problema* concreto radica en que una interrogación que puede generar un yerro al testigo produce datos equívocos, no se sabe si el testigo declaró de esta manera porque incurrió o no en el error (Pabón, 2005, p. 425). Insumos de esta naturaleza son simplemente incompatibles con una sentencia cierta y esta es la razón, por la que es legítimo que sea objetable.

Existe un segundo valor que se ve afectado, el derecho del declarante a ser tratado con justicia. El deponente, que es sometido a una incógnita que puede confundirlo, es puesto en una situación inequitativa; puesto que, su credibilidad e imagen se puede ver afectada, por una supuesta imprecisión, cuando en realidad existió un error.

Dado que estas interrogantes admiten varias sub modalidades, no se reiterará los principios que se vulneran en cada supuesto, porque son los mismos detectados en esta categoría general. De esta manera se evita que el estudio se extienda en demasía.

Hay que hacer una *aclaración*, la razón para tratar como una sola categoría las preguntas capciosas, confusas y engañosas en sentido amplio. Es que los tres términos pueden ser considerados sinónimos. De hecho el concepto que se usa en esta sección, la interrogación que puede confundir al testigo, es precisamente el concepto compatible con todas ellas.

Un ejemplo permite verificar la sinonimia de estos términos. El testigo durante el interrogatorio declaró sobre este punto: “vi al procesado con una arma en la mano”. En el contraexamen, realiza la siguiente incógnita: ¿El arma que tenía el Señor Jara era una escopeta café? Esta pregunta puede producir un yerro, porque es una incógnita que se contesta con “sí” o “no”,

pero, si por ejemplo si la escopeta era negra, ninguna opción es válida. El problema está en que, si el declarante se centra en la esencia del objeto y asiente, resulta que confirma un color falso. A la inversa si se da cuenta que la tonalidad era errónea y niega, también rechaza la naturaleza del objeto. No importa si el abogado actuó con mala fe o por desconocimiento, esa indagación es problemática.

El ejemplo permite por un lado verificar el concepto, es un cuestionamiento que puede confundir al testigo. Además de permitir observar la legitimidad de utilizar todas las etiquetas que fueron anotadas. Si a esta pregunta la defensa objeta por: capciosa, engañosa o confusa, es justo que sea aceptada, porque esa incógnita cabe en estas tres designaciones.

Lo interesante de esta definición es que por su amplitud, se convierte en un paraguas que tiene la capacidad de cobijar otras modalidades de objeciones. A continuación se detallan estas tipologías.

2.1.1.1 Preguntas capciosas o engañosas en sentido estricto

Estos dos términos admiten una segunda *acepción* válida, de hecho parte importante de la doctrina emplea de manera legítima esta definición (Baytelman y Duce, 2004, pp. 209-210). En concreto las preguntas capciosas bajo este prisma son aquellas diseñadas para engañar al declarante, conllevan una trampa.

Así, si en el ejemplo anterior se agrega un dato subjetivo, el litigante sabía que era una escopeta negra, la interrogación cae en esta categoría. Se trata de una celada, porque sin importar si contesta “sí” o “no”, el declarante cae en una inexactitud que puede ser aprovechada por el litigante. Es cierto que es posible salir de esta argucia. Una respuesta como la siguiente: “usted ha señalado un dato cierto y uno falso, era escopeta, pero su color era negro”. El problema radica en que, el porcentaje de testigos capaces de hilvanar en fracciones de segundo una respuesta de esta naturaleza es mínimo.

Existen otras modalidades de preguntas capciosas o engañosas en sentido estricto, así por ejemplo, aquellas que tergiversan la prueba (Solórzano, 2005, p. 254). En esencia este tipo de interrogante parte de una premisa falsa, citan una prueba de manera inexacta o dan por demostrado un hecho sobre la base de una evidencia inexistente.

Un ejemplo ayuda a comprender la ilicitud de estos cuestionamientos: si a un testigo, que tiene un hermano que ya declaró en la audiencia, se le pregunta, ¿usted sabe que un pariente suyo en este juicio dijo que usted bebió mucho esa noche? Cuando el deponente nunca mencionó nada al respecto.

2.1.1.2 Preguntas compuestas

Las interrogantes compuestas son aquellas donde el abogado introduce o solicita del testigo más de un hecho no aportado (Rua, 2014, p. 82). ¿Dónde está la ilicitud de estos cuestionamientos?, en que no otorgan las oportunidades adecuadas para que el declarante pueda responder a la interrogación. La mejor manera de visualizar la dificultad concreta es con un ejemplo concreto y el uso de las posibilidades matemáticas. La pregunta que ya fue usada, a pesar de que se corrija el problema del color, permite graficar que todavía es ilícita la interrogación: ¿era una escopeta negra? El testigo debería tener cuatro opciones de respuesta:

Respuesta 1: Sí era una escopeta negra.

Respuesta 2: Sí era escopeta; pero no era negra.

Respuesta 3: No era escopeta; pero sí era negra.

Respuesta 4: No era escopeta, ni era negra.

El problema es que esta incógnita pide simplemente que se ratifique o niegue las afirmaciones efectuadas de forma absoluta. En la práctica esta realidad equivale a otorgarle las opciones uno y cuatro, al tiempo que le quita las oportunidades contenidas en los numerales dos y tres (Ahumada, 2019, p. 179). Es por eso que la pregunta tiende a confundir al testigo,

entra en contradicción con la tutela jurídica efectiva y viola el debido proceso.

2.1.1.3 Preguntas confusas, ambiguas o vagas en sentido estricto

Este estudio trata los tres términos como sinónimos; porque, es el enfoque más compatible con una comprensión llana de estas palabras. El *concepto* arraigado en la región respecto a las preguntas confusas es que son las que tienen doble sentido. Esta definición no es errónea; pero sí es incompleta. Porque una incógnita confusa no solo puede ser entendida solo de dos formas, sino en varias e incluso ser simplemente imposible de comprender. Por ello se adopta una definición más general: la pregunta vaga es aquella que no permite tener claro qué indaga el litigante.

Normalmente esta incógnitas no son fruto de una estrategia, son el reflejo de una actuación profesional defectuosa (Ríos, 2018, p. 158). Debido a que no solo que confunde al declarante, sino que genera el mismo efecto en el propio juzgador. Por ejemplo, la siguiente interrogante refleja esta realidad: “usted salió de la fiesta, ¿de qué color era?”. No importa la tonalidad con que responda el testigo, es una incógnita que produce un gran desconcierto.

2.1.2 Preguntas impertinentes o irrelevantes en sentido amplio

En la doctrina contemporánea se impuso el *concepto* de que las interrogaciones impertinentes son aquellas que indagan sobre temas ajenos a la disputa (Solórzano, 2005, p. 250). Se trata de una definición que si bien no es errónea; pero resulta insuficiente, conviene retocarla y ampliarla.

La necesidad de hacer una *revisión* de la definición se debe a que existe una noción similar, pero un tanto más desarrollada: Las preguntas impertinentes son aquellas destinadas a introducir información que no incide en la teoría del caso de las partes, no producen un avance o retroceso en las tesis planteadas (Baytelman y Duce, 2004, p. 213).

El potencial de esta concepción, es que otorgan una orientación más clara a los actores. En razón de que, el verificar si la información que se va a producir incide en una de las teorías del caso es una labor que se efectúa con un parámetro objetivo (Moreno, 2012, pp. 27-29). ¿Cómo sabe el juez cuales son las tesis que las partes defienden?, sobre la base de los alegatos introductorios. Los interesados en la presentación de arranque deben plantear su postura y este es el referente que un buen juzgador utiliza para resolver esta modalidad de incidentes.

La necesidad de desarrollar una *ampliación* al concepto se debe a que existen otras modalidades que pertenecen a esta categoría y no se ven abarcadas en la definición anterior. De hecho, este el concepto incluido anteriormente es adecuado solo para las preguntas impertinentes en sentido estricto.

Un ejemplo deja en evidencia la conveniencia de introducir una nueva esfera: En un caso donde se disputa la tenencia de un adolescente se realiza la siguiente interrogante a un testigo: ¿cree usted que la señora Toral es una buena madre? Esta incógnita guarda relación con el meollo de la disputa, sin embargo es irrelevante, porque no tiene importancia la valoración que haga un testigo, la calidad de la información que pide el litigante no es compatible con un juicio. Un sistema judicial sano pone límites al tipo de datos que se producen en una audiencia y pueden incidir en la decisión.

El *límite* concreto que debe respetar una pregunta es el referirse a un hecho que realmente le consta al deponente. En este sentido es válido preguntarle sobre todo aquello que es perceptible por sus sentidos (Baytelman y Duce, 2004, pp. 209-210), así como realidades de su mundo subjetivo. Respecto al mundo interior hay dos esferas sobre las que se puede indagar: los sentimientos que experimentó en determinado momento: miedo, ira, alegría. De la misma manera, las razones por las que realizó determinado acto: venganza, interés económico, envidia. Se excluyen

deducciones, creencias, interpretaciones, valoraciones u otras que constituyan verdaderos hechos.

Dos son los *principios del debido proceso* que protege la proscripción de las preguntas impertinentes: En primer lugar la tutela jurídica efectiva, debido a que garantiza que la información sobre la que se va a fallar sea de calidad. En segundo lugar la celeridad, si se devastan datos irrelevantes el tiempo de duración de la audiencia se acota.

2.1.2.1 Preguntas impertinentes o irrelevantes en sentido estricto

Como se acaba de analizar, la *acepción* restrictiva puede ser sintetizada en los siguientes términos: una pregunta irrelevante es aquella que no incide en las teorías del caso en disputa, no avanza o retrocede las tesis planteadas (Baytelman y Duce, 2004, pp. 209-210).

La primera imagen que se viene a la mente de este tipo de interrogantes es que se trata de cuestionamientos superfluos, que no causan ningún beneficio a quien las practica; no obstante, pueden ser utilizados para hostigar ilegítimamente al declarante. Un ejemplo muestra esta realidad: en un caso donde se disputa la tenencia de un adolescente, a la madre se le inquiere: ¿Señora Jara cuántas parejas sexuales tuvo el mes pasado?

Esta incógnita permite observar un fenómeno interesante: a pesar de que es un pedido de información impertinente, porque el número de compañeros no tiene nada que ver con la disputa; sin embargo le permite sacar beneficios ilegítimos al jurista. El secreto radica en que a pesar de estar fuera del marco de la disputa, por anclarse en un prejuicio, incide para golpear a la declarante.

Esta categoría afecta de manera prioritaria y general a la calidad de la información, debido a que es un dato no pertinente, puede ser prejuiciosa o puede no tener la calidad de innecesaria. De manera adicional, en algunos supuestos estas interrogantes conllevan un trato injusto a los declarantes.

2.1.2.2 Preguntas fuera de la esfera de percepción del testigo

Estas interrogantes por *concepto* son aquellas que solicitan que el deponente declare sobre hechos que no pueden ser captados por sus sentidos. Un individuo no está en capacidad de percibir ciertas realidades como la esfera subjetiva de otras personas. Por ejemplo se hace referencia a ocurrencias tales como: sentimientos, motivaciones, pensamientos.

Este tipo de interrogante conlleva una ilicitud difícil de detectar, porque aparenta referirse a un hecho; no obstante, por ser una realidad que supera la aptitud humana para distinguirla, la respuesta no es más que una mera especulación.

Por *ejemplo*: ¿La víctima estaba asustada? Esta incógnita parece legítima; no obstante, el sentimiento de temor no es apreciable por una persona, al igual que la tristeza, alegría, ira. El problema consiste en que el sentido vista no permite observar un suceso propio del mundo interior de otra persona y esa apreciación no es confiable.

Se trata de una tipología de preguntas impertinentes, porque el litigante interpela por sucesos a los que simplemente es imposible que pueda tener acceso el declarante, en consecuencia solicita es una mera opinión y esta respuesta no tiene la calidad de información requerida. Esta es la razón por la que, la pregunta que se incluyó en el párrafo anterior, se encasilla en la categoría amplia de irrelevantes.

2.1.2.3 Preguntas referenciales

Este tipo de interrogantes son aquellas que inquietan por sucesos que no le constan personalmente al declarante, sino que llegaron a su conocimiento por relatos de terceros. Para decirlo en términos muy sencillos son las indagaciones por chismes.

¿Dónde radica la *ilicitud*? En que la solicitud requiere que el declarante refiera sucesos que no le constan de forma personal y de los

cuales no se puede responsabilizar. La baja calidad de información hace que estas preguntas estén fuera de sitio, que sean impertinentes.

2.1.2.4 Preguntas hipotéticas, por conclusiones y opiniones

Estos tres tipos de interrogantes tienen un *denominador común*, solicitan que el declarante realice una valoración. Para un análisis adecuado de las implicaciones de estos cuestionamientos es necesario hacer una diferenciación entre los testigos y peritos.

¿Por qué son *irrelevantes* estos tres tipos de preguntas en caso de declarantes legos?, debido a que la creencia personal de un deponente no es información válida para adoptar una resolución judicial. Las valoraciones subjetivas no son hechos ni externos ni internos, simplemente son apreciaciones subjetivas, por tanto, estas incógnitas son impertinentes (Neyra, 2010, p. 816).

Cada una de las *modalidades* de estas preguntas posee una naturaleza diversa: las incógnitas *hipotéticas*, son aquellas que solicitan que el testigo declare qué sucedería en un escenario ficticio (Duce, 2014, pp. 127-128). Las preguntas *por conclusiones* que el declarante obtenga una determinada consecuencia de uno o varios hechos. Las *preguntas por opiniones* solicitan que el testigo manifieste su parecer sobre un tema.

¿Qué sucede con estas preguntas en el caso de un *experto*? En este supuesto están permitidas, siempre y cuando demanden valoraciones dentro del área de su experticia; por tanto, no cualquier criterio de un perito es relevante, una mera valoración personal no es válida. De hecho, desde el punto de vista práctico, esta regla diferencia los límites que un litigante tiene para efectuar un interrogatorio o un contrainterrogatorio de un perito frente a similares actuaciones de un deponente lego.

2.1.3 Preguntas repetitivas

El *concepto* de preguntas repetitivas en este estudio es el siguiente: son aquellas interrogantes que el abogado ya realizó a este declarante, en

su turno y que fueron respondidas. El mero sentido común indica que no es legítimo un jurista formule una y otra vez la misma incógnita.

¿Qué principios del *debido proceso* vulneran estas interrogantes? La *ilegitimidad* de las preguntas radica en pedir información que y afecta a la celeridad del juicio. De hecho, una incógnita que fue legítima se vuelve impertinente por la reiteración.

Se puede notar que se agregó una condición poco habitual en el concepto: el ser efectuada por el propio litigante. Este matiz tiene una repercusión central; porque, si no se considera esta exigencia para que una incógnita sea repetitiva, se afecta al sistema adversarial. Dado que, en el contraexamen es factible volver a realizar una pregunta ya efectuada en el interrogatorio, porque, es un test de calidad y es legítimo topar puntos ya tratados.

2.1.4 Preguntas Argumentativas

Este tipo de interrogantes en realidad no buscan obtener información, sino que el testigo acepte un razonamiento hecho por el jurista, intentan convencerlo de algún punto o incluso es común que lleguen a ser micro alegatos disfrazados de cuestionamientos (Villegas, 2008, p. 86).

Se trata de preguntas impertinentes, debido a que la única finalidad válida de un testimonio es producir datos y en este caso el litigante intenta traer inferencias, por tanto es información que no tiene la calidad necesarias. Además estas incógnitas, por lo general, caben tanto en la categoría de capciosas en sentido amplio (Vidal, 2007, p. 279); porque al incluir al menos un hecho y una inferencia son compuestas, por ello pueden confundir al testigo.

2.1.5 Preguntas sugestivas

El *concepto tradicional* de este tipo de interrogantes consiste en que estas incógnitas son aquellas que sugieren una respuesta (Bailey, 1998, p.

148), que conllevan implícita su contestación o si se prefiere que conducen a que el declarante se pronuncie con un “sí” o “no” (Bergman, 1989, pp. 93-94).

El *valor del debido proceso* que se defiende es la tutela jurídica efectiva y la arista concreta que se protege es la calidad de la información. El problema radica en que el abogado no tuvo contacto con lo sucedido y, por tanto, no es un medio confiable (Goldberd, 1994, pp. 149).

El *concepto reformulado* que se emplea en este estudio es: toda interrogación que introduce información relevante para el caso no aportada para el testigo. La razón por la que se adopta esta acepción, se debe a que existen preguntas que no se contestan con “sí” o “no” y, sin embargo, generan un problema similar para el debido proceso. Por ejemplo, como primera incógnita en el interrogatorio a un testigo presencial se le inquiere: ¿Qué sintió usted, cuando vio al procesado, en el patio de la universidad amenazar a los estudiantes con un cuchillo y quitarles los celulares? Es cierto que no lleva implícita la respuesta, ni siquiera da luces sobre la posible contestación, mas resulta el litigante aportó todo lo sucedido.

En un sistema dispositivo oral adecuado debe enfocar la prohibición, este tipo deben ser objetables en el interrogatorio, pero permitidas en el contraexamen (Rua, 2014, p. 80). Se tiene consciencia de que este concepto choca con la filosofía que sustentó tradicionalmente la justicia latinoamericana y que todavía está arraigado en muchos juristas (Benavente, 2015, p. 274).

El sistema inquisitivo parte de que los testigos y peritos son imparciales y bajo esta *lógica* no tiene sentido diferenciar las preguntas en el examen directo y contrainterrogatorio. Esta es la razón por la cual ambas ejecutorias se sometían a la mismas reglas, estaban igualmente proscritas (Baytelman y Duce, 2004 p. 170).

El sistema adversarial reconoce que entre un abogado y una persona que acepta declarar siempre se forja un vínculo, que si el litigante decide llevarle a la audiencia es porque le conviene y que la tarea de preparar al

testigo no es inocua. Tan absurdo es negar que la existencia de un nexo, como concluir que por ese solo hecho la persona va a mentir (González, Mendieta y Moreno, 2005, p. 508). Es plenamente factible querer colaborar con una tesis; mas no estar dispuesto a faltar a la verdad. De hecho, para enfrentar este riesgo existe el contraexamen, es el contendor quien tiene que mostrar cualquier deslíz.

A la inversa la realidad es igual de gráfica. Cuando un abogado se para contrainterrogar su fin es sacar a relucir todas las flaquezas del declarante y su testimonio, por tanto, inmediatamente se forja una relación de confrontación. Esta es la razón por la que el deponente no tiene ningún interés en colaborar con él, por esto es normal que se forje una puja.

El problema de las preguntas sugestivas en el *interrogatorio* se debe a la baja calidad de información debido a la suma de dos factores; una fuente no confiable, quien produce la información es el abogado y no quien presencié los hechos; sumado a un filtro de baja calidad, la relación de cooperación hace que el declarante no tenga incentivos para sacar a relucir las inexactitudes en las que incurra el profesional.

En el contraexamen el escenario es diverso, si bien el origen sigue siendo dudoso, no así el tamiz. La contraposición que existe entre el jurista y el declarante es la clave para que este último sea un cedazo efectivo. No importa que el litigante pueda hacer una afirmación falsa mientras que el testigo tenga la oportunidad y el deseo de sacar a relucir esta falsedad. La contradicción es la garantía de la calidad de la información y por eso las indagaciones sugestivas no son un peligro para el debido proceso.

Las preguntas sugestivas, de hecho, admiten otras excepciones. Por ejemplo, porque el dato que se introduce no afecta al meollo del conflicto, ya fue aportado por el declarante o por en realidad no se corrige a quien declara. Así, respectivamente, son admisibles las interrogaciones sobre temas introductorios (Rua, 2015, pp. 98-99) las que recapitulan información ya dada por el deponente y las que afectan al declarante (Zalamea, 2019, p. 93-98).

2.1.6 Preguntas auto incriminatorias

El *derecho a no ser obligado a incriminarse* en materia procesal se materializa en la posibilidad de interrumpir esta actuación. La *protección* ante este accionar ilegítimo se restringe a la culpabilidad penal, ya que, es lícito realizar interrogantes que generen responsabilidad civil, laboral, tributario o de cualquier otro tipo.

El problema para el debido proceso radica en que se trata de un trato ilegítimo al declarante, toda persona tiene derecho a ser tratada de manera justa y resultaría paradójico que, dentro de una sala de audiencias, sus derechos sean atropellados. Además se afecta la calidad de la información; porque, los datos obtenidos de una manera espuria no alcanzan la calidad de información requerida en un juicio.

2.2 Otras actuaciones ilícitas

Este estudio partió una *lógica*: todo acto que viole el debido proceso es susceptible de ser interrumpido, sea por una objeción o por una paralización de oficio. Esta perspectiva amplia lleva a admitir que la acción ilegítima puede ser ejecutada por cualquier persona presente en la diligencia y, además, no importa quien es el afectado. Es necesario hacer una advertencia, a continuación se recogen las principales violaciones; mas, de ninguna manera se sostiene que sea un listado taxativo.

2.2.1 Actuaciones intimidatorias

Estas actuaciones por lo general se producen mediante manifestaciones orales: preguntas, expresiones dentro de los alegatos, interrupciones de alguno de los presentes; sin embargo no es el único método, pueden ejecutarse también mediante señas.

Dos son los *motivos* por los que estas actuaciones colisionan con el debido proceso: el primero tiene que ver con el trato justo que un litigante debe recibir, es obvio que una persona que asiste a una diligencia tiene

derecho a no ser amedrentada. La segunda causa se restringe a los protagonistas en el juicio, si se trata de abogados o deponentes se puede ver afectada la calidad de la información que se produzca e, incluso, si el destinatario de las amenazas es el juez, puede haber una repercusión hasta en la resolución.

2.2.2 Actuaciones irrespetuosas

Existen actos verbales y gestos que pueden ser una afrenta contra una persona (Neyra, 2010, p. 934). Los valores que se protegen al permitir cortar estos comportamientos son el trato justo a las personas; así como, en el caso de los declarantes, el que puedan ofuscarse, sentirse vilipendiados y producir información de calidad deficiente.

2.2.3 Actuaciones que limitan el acceso a la prueba

El derecho a la defensa, contradicción e intermediación demanda el tener pleno acceso a la producción de la evidencia, por tanto si en la audiencia hay actos, como personas que hablan en extremo bajo, u obstáculos físicos que limitan poder percibir de manera adecuada lo que ocurre es legítimo interrumpir una actuación.

Los derechos que fueron mencionados en el párrafo anterior a la larga repercuten en la calidad de información, porque, los datos que no se tamizan, no poseen la misma calidad que aquellos que han tenido la oportunidad de ser cuestionados. También existe una afectación relevante a la publicidad, no tiene acceso a la evidencia.

2.2.4 Pruebas ilegítimas

2.2.4.1 Pruebas ilegales

Es difícil imaginar una *violación* tan burda como el pretender introducir o hacer uso en un juicio de una prueba declarada ilegal o excluida por impertinente (Lorenzo, 2014, p. 239). De hecho, es una actuación tan anómala que es por lo menos fronteriza al desacato.

Este tipo de actuaciones se puede realizar de varias formas: como una iniciativa para presentarla dentro de un testimonio, como referencia en una alegato o como pregunta a un declarante. Bajo todas esas modalidades se introduce información ilegítima y es factible pararla.

El *interés* que se protege es la calidad de información, porque no se puede tomar resoluciones sobre la base de pruebas excluidas, de hecho, cualquier mención a una evidencia de esta naturaleza puede influir de manera ilícita.

2.2.4.2 Pruebas de última hora

El *paradigma* del sistema dispositivo oral es que el litigio es un juego de cartas abiertas, por tanto, no es admisible que las partes saquen ventajas sobre la base de evidencia presentada de manera sorpresiva. De hecho uno de los objetivos centrales de la etapa intermedia es que cada litigante conozca qué pruebas va a presentar su contendor y cuál es el contenido esencial de cada una de ellas.

Los *valores* del debido proceso que se protegen son el principio de contradicción, el derecho a la defensa y la calidad de la información. No es posible cuestionar la prueba ajena si no se conoce con anticipación las fuentes que se van a presentar e incluso un detalle mínimo del contenido. De hecho, la réplica en la práctica se ejecuta mediante la presentación de nuevas pruebas o el contrainterrogatorio, sin que haya como ejecutar estas tareas de forma efectiva sin conocer la evidencia a ser controvertida. Tanto es así que, para que las partes puedan cumplir a cabalidad este trabajo, el sistema oral prevé la existencia de las versiones.²

2.2.4.3 Pruebas materiales y documentales no acreditadas

Dentro de un esquema oral, la introducción de la prueba material y documental debe cumplir con una exigencia: el que se acredite de su

² En mi opinión el mayor problema que tiene el COGEP es la inexistencia de estos registros. En la practica las posibilidades de contrainterrogar se reducen de manera trascendente.

pertenencia. Para que se admitida como evidencia debe quedar claro el vínculo de este papel u objeto con el caso, por tanto, alguien debe dar cuenta de dónde procede la evidencia.

El principal *valor* afectado es la calidad de la información; puesto que, sin una justificación clara respecto al nexo con el caso, no existe certidumbre respecto a la pertinencia de este elemento y no debería ser tomado como referente para la resolución. Además, si el procedimiento está regulado en la legislación, existiría una violación al procedimiento establecido.

Para concluir con el análisis de las principales violaciones es necesario hacer una *aclaración*: Existen modalidades de actuación espurias que no fueron tratadas. En especial sectores amplios como expresiones proferidas en los alegatos y en las respuestas de los testigos que merecen un estudio especial; mas, dado el alcance y el objetivo de este estudio, se decidió no hacer una referencia especial.

3. Intereses jurídicos protegidos

En la breve descripción de actuaciones ilegítimas que pueden presentarse en una audiencia revelan un hallazgo central: todas las actuaciones afectan a un valor: la calidad de la información. No se sostiene que sea un denominador común, porque a pesar de que las principales causas generan una incidencia sobre este factor, se reconoce que hay comportamientos que pueden ser interrumpidos únicamente por un adecuado desarrollo de la audiencia.

Por ejemplo, si un litigante se aproxima al declarante sin pedir permiso, es lógico que pueda ser interrumpido y no conlleva una afectación a la calidad de la información. Simplemente se necesita precautelar un cierto orden en la diligencia y para ello es necesario que existan pautas de comportamiento.

Para efectos de este análisis, es fundamental armar categorías que permitan orientar el estudio: la primera esfera guarda relación con el fondo y en términos generales se va a denominar calidad de la información. Se

trata de afectaciones que inciden sobre los datos que se producen en la audiencia y el juez los puede valorar. Las causas como se puede notar son diversas, así, en ocasiones se debe a que la información es equivocada, la fuente no es confiable, los datos que se solicita no tiene la calidad necesaria para un juzgamiento.

Además, en este ámbito se incorporan las lesiones a ciertos principios que salieron a relucir en el momento de describir las implicaciones de determinadas violaciones como el derecho a la defensa, contradicción e inmediación. La razón para tratarlos dentro de esta categoría se debe a que, el irrespeto a estos intereses a la postre implica que los datos que se producen no sean fiables, no hayan pasado por el cedazo que impone un esquema dispositivo y por tanto afectan al fondo del conflicto.

De manera adicional se encontró un segundo grupo de valores que se relacionan más con el trámite, con la forma como se desarrolla la audiencia. Se hace referencia a valores tales como un trato justo a declarantes y otros partícipes, celeridad, respeto a las normas de actuación en una audiencia. Este conjunto de intereses tiene un denominador común, todos pueden ser englobados en un desarrollo adecuado la audiencia, el que el procedimiento sea correcto.

4. ¿Qué actuaciones puede interrumpir un juez de oficio?

El responder esta incógnita es la esencia de este análisis. Para un abordaje más claro, se parte de una diferenciación, los temas que son objetables y aquellos que pueden ser parados de oficio.

¿Qué temas son objetables? En opinión de quien escribe la respuesta adecuada es toda aquella actuación que viole el debido proceso. Cuál es la razón por la que a este instrumento del principio de contradicción se le concede una esfera de acción tan amplia, debido a que, un interesado tiene derecho a un trámite justo y a que la información que va a ser la base para resolver su conflicto sea adecuada; por tanto en principio no se encuentra

una sola actuación ilegítima que pueda ser practicada en una audiencia y que una parte no deba poder proponer una petición para cortarla.

A diferencia de lo que sucede con el juez. Puesto que, como se dijo, hay comportamientos que violan el debido proceso y que es lógico que el director de la diligencia las interrumpa de oficio; mientras que existen otros, en los que una interferencia por su propia iniciativa resulta excesiva. En consecuencia, el reto está en determinar, al interior de las actuaciones que violan el debido proceso, una frontera que permita orientar un accionar coherente.

Desde la perspectiva de quien escribe, la línea divisoria está marcada por la interrelación entre dos conjuntos de valores. Los que justifican una intervención de oficio, versus, aquellos que tienden a limitar una participación autónoma. Esta tensión es la que a la postre resuelve el conflicto.

En el primer sector se hallan aquellos intereses jurídicos que se ven beneficiados con la actuación de oficio. En esta categoría caben necesidades como el salvaguardar la calidad de la información y preservar un trámite correcto. Son valores que en principio favorecen una interrupción de oficio.

En cambio, ¿por qué no debería intervenir el juzgador? Una actuación de oficio puede en determinados casos colisionar con el principio dispositivo. Si, en un sistema Adversarial, la práctica probatoria está confiada a las partes; entonces, son ellas las que en principio tienen el poder de practicar y refutar la prueba contraria. Por tanto, una acción innecesaria de un juez puede afectar el libre control mutuo entre las partes y perjudicar valores como la contradicción y el derecho a la defensa. De hecho, puede ser contrario al rol del juzgador de conductor de la audiencia (Moreno, 2016, p. 59).

¿El juez puede intervenir para salvaguardar un *trámite adecuado*? La respuesta, desde la perspectiva de los valores que favorecen su actuación obviamente es positiva. Si hay un comportamiento que pone en riesgo un

desarrollo adecuado de la diligencia, resulta lógico que quien conduce reencamine ese accionar.

Con relación a la segunda esfera tampoco existe inconveniente, el que el conductor intervenga para salvaguardar el trámite no genera en principio un problema para un modelo adversarial. Porque, para que las partes puedan cumplir con su función de producir y contradecir la evidencia es necesario que exista una adecuada dirección de la diligencia. Un adecuado desenvolvimiento de la audiencia favorece y no entorpece a derechos tales como el de la defensa y la contradicción.

Inclusive es justo decir que, si el juez no pudiese actuar de oficio ante una acción que entorpece el desarrollo de la audiencia, entonces, de facto no tendría los instrumentos para hacer el director de la audiencia. Por tanto, si se parte de que el Papel de conductor es indiscutido dentro de un esquema adversarial, en consecuencia es legítimo este tipo de interrupciones.

En cambio ¿un juez puede interrumpir de oficio una actuación que afecte la *calidad de información*? Desde el punto de vista de los valores que favorecen su actuación desde luego que no hay una dificultad.

El problema surge desde la perspectiva del *principio dispositivo*, este esquema procesal es un sistema de partes, donde la ley reconoce que son ellas las dueñas del conflicto; por tanto, los interesados son quienes tienen la prerrogativa de practicar e impugnar la prueba. Si el aporte y la refutación de los sustentos están confiados a los intervinientes, entonces, no compete al juez. En consecuencia, en principio, la posibilidad de oponerse no corresponde a los encargados de moderar la audiencia.

Dado que este hallazgo resulta trascendente, es conveniente verificarlo desde otras perspectivas. Esta postura se ve reforzada por cuatro argumentos adicionales: el primero se basa en la interpretación sistemática de esta figura procesal en relación a otras instituciones jurídicas. Si las

partes, en un sistema dispositivo,³ pueden acordar total o parcialmente un conflicto, si mediante la figura de los acuerdos probatorios en la etapa intermedia pueden de mutuo acuerdo dar por probado un hecho, entonces no es lógico que el juzgador intervenga ante una actuación que afecta a los datos de fondo. Si una parte hace, por ejemplo, una pregunta que genera baja calidad de información y la otra esta de acuerdo, no objeta, a la larga no existe razón alguna para que el árbitro se oponga.

Esta perspectiva permite entender, por qué el sentido común generó que pareciese absurdo cortar de oficio una pregunta sugestiva, como se pudo notar en el ejemplo planteado cuando se introducía este análisis. Es cierto que una interrogante de este tipo, en el interrogatorio, es problemática debido a que el litigante introduce información y el testigo por estar de su lado no constituye un filtro fiable; pero, si el jurista que representa al otro lado, sabe que la información es cierta, considera que no acarrea un daño significativo o incluso que le favorece, resulta precipitado que el juez intervenga.

El segundo motivo que apuntala la tesis de que los jueces no deben actuar de oficio, frente a violaciones que afectan solo la calidad de la información, parte de una diferenciación entre las actuaciones que realmente son problemáticas, de las que aparentemente resultan ilícitas. En la primera categoría caen las que formalmente son espurias; mas, en el caso concreto no conllevan un daño significativo al caso. Por ejemplo, una pregunta sugestiva en el examen directo sobre un hecho que el jurista del otro lado no piensa contradecir, se vuelve inútil que sea cortada. En cambio, en la segunda modalidad se hallan aquellas que no solo que son ilícitas, sino que realmente afectan a la causa.

Para la eficacia del sistema es fundamental el centrar las interrupciones en la segunda categoría de ilicitudes; pues, el cortar la audiencia porque la forma de una incógnita es ilegítima resulta un exceso,

³ Esta realidad es cierta en el mundo anglosajón incluso en materia penal.

conlleva entorpecer la eficacia de la diligencia por un purismo absurdo. Una sala de audiencias es un espacio para administrar justicia y no para el refinamiento formativo de los litigantes.

El problema práctico consiste en que el juez no está en condiciones adecuadas para frenar con eficacia un acto que realmente afecta la calidad de información. El juzgador para preservar su imparcialidad, al menos en la audiencia de juzgamiento no tiene información previa sobre el caso, entonces no está en una posición cómoda para diferenciar los comportamientos formal o materialmente espurios. A diferencia de la situación en la que se halla el abogado de la contraparte, quien sí puede ejercer una oposición estratégica.

Un esquema donde se detiene toda actuación que aparentemente pueda vulnerar un principio del debido proceso entra en contradicción con la eficacia procesal; porque, el generar interrupciones innecesarias conlleva un costo que no trae aparejado ningún beneficio palpable, para el fin último de la justicia, resolver el caso.

El tercer problema se relaciona con el efecto que produce en la distribución de roles. Un juez que detiene cualquier acto que parece ilegítimo; pero que en el contexto concreto del diferendo no conlleva un costo real, adquiere un poder ilegítimo sobre los litigantes. Se aleja del papel de conductor de una disputa, para convertirse en verdadero supervisor y tutor de los abogados. Efigie absolutamente incompatible con un diseño procesal de partes.

La última perspectiva que contribuye a esta posición tiene que ver con la división de poderes dentro de la justicia. Para garantizar la imparcialidad se prohíbe que el juzgador represente intereses particulares, no está llamado a suplir o apoyar a ninguna parte, no es lícito que resuelva más allá de lo solicitado (Alliaud, 2016, p. 68). Si existe un abogado que represente los derechos de una parte, es este el actor encargado de plantear los incidentes que afecten su causa, por ende, no está bien que reciba apoyo de quien debe resolver la disputa.

5. Interrupciones de oficio: casos

¿Qué actuaciones ilegítimas justifican una *interrupción de oficio* por parte del juez? Esta incógnita ya no permite una respuesta única, demanda diferenciar dos realidades diversas que surgieron del análisis de cada actuación: en este análisis se detectó dos grandes realidades, la existencia de violaciones que afectan solo a la calidad de información, así cómo, las que afectan a este interés y además al proceso. No se encontró un supuesto que en todas sus versiones solo afecte al trámite

En la *primera categoría*, luego del análisis realizado desde el punto de vista de los intereses en juego, es claro que una interrupción de oficio del conductor de la diligencia no es legítima. Entre estas actuaciones se hallan las preguntas sugestivas, por opiniones, conclusiones, hipotéticas, fuera de la esfera de percepción del testigo y referenciales.

La *segunda categoría* es complicada, porque recoge aquellas violaciones que afectan tanto al trámite, como al fondo. En este caso ya no hay respuestas fáciles, ninguna alternativa pura resulta adecuada, de hecho, los matices resultan determinantes. En opinión de quien escribe, el punto clave esta es en ¿qué tanto afecta cada comportamiento a un procedimiento adecuado?

Dentro de esta categoría, hay un *primer sector* en el cual las interrupciones de oficio de manera clara son legítimas, por ejemplo las actuaciones intimidatorias, irrespetuosas, las preguntas auto incriminatorias y que impiden el acceso a una parte a la prueba. En estos supuestos, por conllevar un atentado al desenvolvimiento de la diligencia y un trato injusto al declarante, una interferencia del juzgador esta justificada.

El *segundo sector* está constituido por aquellas actuaciones que en unos casos es válido que sean interrumpidas y en otros no. En esta esfera se encuentran algunas violaciones que merecen un análisis diferenciado:

En el caso las preguntas impertinentes, como regla general, de forma aislada un juez no debería intervenir de oficio; porque, si bien existe una afectación a la celeridad, sin embargo es tan baja que una intervención no se justifica. No así en el caso de que una línea de examinación sea impertinente, en este caso la suma de interrogantes cambia el panorama, llega a incidir en la agilidad procesal y eficacia de la audiencia, así que, el juez como conductor de la audiencia puede interferir.

Una situación especial se da dentro de este tipo de interrogantes entendidas en sentido estricto, hay preguntas que no guardan relación con el tema, sin embargo pueden constituir una forma de mal trato al declarante. Por ejemplo, imaginemos preguntas respecto al pasado sexual, una intervención de quien va a resolver para parar estas actuaciones en principio se justifica. Más, el tema es complejo, porque debe valorarse en cada caso la afectación que el comportamiento conlleva, frente al derecho a la defensa. Por ejemplo, si es un tema de credibilidad o la parte contraria sacó a relucir este punto, entonces el panorama puede variar. Este es un caso límite y solo puede ser resuelto en el caso concreto.

Las interrogantes repetitivas también conllevan una situación dispar. Como regla general una mera reiteración no amerita una interrupción del juzgador; no obstante, si la insistencia llega a perjudicar el desarrollo de la diligencia y su eficacia, en ese caso el rol del conductor de la diligencia del juez faculta a que realice un corte de oficio.

En el caos de las preguntas compuestas, capciosas, confusas, la presentación de pruebas de última hora y aquellas que no han sido acreditadas de manera adecuada. Es cierto que en todos estos casos hay algún nivel de incidencia sobre un juicio justo, sea porque conlleva algún nivel de trato injusto al declarante o si se adopta una postura formalista, por romper el ritual con que se introduce la prueba en el desarrollo el juzgamiento. No obstante, el daño es tan leve que no justifica una interrupción de oficio.

Se tiene consciencia que puede resultar polémico dentro de la realidad latinoamericana que ante pruebas no anunciadas o no acreditadas de manera adecuada el juez no interrumpa. Sin embargo, si la otra parte no desea oponerse el juzgador no debería hacerlo. El problema real no está en la lógica planteada, sino en la poca confianza que tenemos en los litigantes en este momento en la región. Pero, si en la etapa intermedia pueden las partes llegar a acuerdos probatorios, ¿por qué no podrían permitir que una evidencia se introduzca sin cumplir las exigencias estándares?, ¿si las partes son dueñas del proceso el juez se puede imponer frente a su voluntad (Marín, 2018, p. 143)?

Reflexión final

Se tiene consciencia de que el tema en análisis demanda de mayor reflexión, el delimitar los rol de los jueces en la audiencia conlleva pensar en los casos límite que afectan el debido proceso. La idea de este estudio es poner sobre la mesa una propuesta y abrir un debate sobre la forma de precautelar el debido proceso en las audiencias. Dado el nuevo esquema procesal, mucha de la legitimidad de la justicia se juega en como los juzgadores apliquen las interrupciones de oficio en cada audiencia.

Bibliografía

- Ahumada, C. (2019). *Los recursos en la litigación*. Buenos Aires: Didot.
- Alliaud, A. (2016). *Audiencias preliminares*. Buenos Aires: Didot.
- Bailey, L. (1998). *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*. México: Limusa.
- Baytelman, A. y Duce M. (2014). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Santiago: Diego Portales.
- Benavente, H. (2015). *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*. España: Bosch.

- Bergman, P. (1995). *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Blanco, R., M. Decap, L. Moreno y H. Rojas (2005). *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Santiago: 2005.
- Binder, A. (2004). Presentación de Alberto Binder, en Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación penal: Juicio oral y prueba*. Santiago, Universidad Diego Portales.
- Duce, M. (2014). *La prueba pericial*. Buenos Aires: Didot.
- Fortalecimiento de la Justicia, (2013). *Manual de procedimientos especiales y litigación oral*, Quito: Programa Fortalecimiento de la Justicia.
- Goldberg, S. (1994). *Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento y que diré?* Buenos Aires: Heliasta.^[1]_[2]
- González, S., Mendieta, E., Buscaglia, E. y Moreno, L. (2005), *El sistema de justicia penal y su reforma*, México: Fontamara.
- Lorenzo, L. (2014). *Manual de litigación*, Buenos Aires: Didot.
- Marín, F. Manual de Litigación de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica. (2018), Santiago: CEJA.
- Moreno, L. (2012). *Teoría del caso* (2da. ed.). Buenos Aires: Didot.
- Moreno, M. (2016). Técnicas y estrategias de litigación oral. *Foro jurídico*. 151. 58-60.
- Neyra, J. (2010). *Manual del nuevo procedimiento penal y de litigación oral*. Lima: Idemsa.
- Pabón, P. (2005). *Oralidad. Testimonio. Interrogatorios y contrainterrogatorios en el proceso penal acusatorio*. Librería Jurídica Sánchez: Medellín.
- Ríos, E. (2018). *Manual de dirección de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*, Santiago: CEJA.
- Rua, G. (2014). *Contraexamen de testigos*. Buenos Aires: Didot.
- Rua, G. (2015). *Examen Directo de testigos*. Buenos Aires: Didot.
- Solórzano, C. (2005). *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*. Bogotá: Nueva Jurídica.

Vidal, P. (2007). *Técnicas y fundamentos del Contraexamen en el proceso penal chileno*. Santiago: Librotecnia.

Villegas, A. (2008). *El juicio oral en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

Wray, A. (1999). *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*. Quito: Corporación editora nacional.

Zalamea, D. (2012). *Manual de Litigación penal: Audiencias previas al juicio*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.



LA PRUEBA INDICIARIA Y SU VINCULACIÓN CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

TABLA DE CONTENIDO:

I. Introducción. II. La prueba. III. Prueba indiciaria.
IV. La presunción de inocencia vinculada a la prueba indiciaria. V. Conclusiones.
VI. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal como una unidad integrada por un conjunto de etapas sucesivas y dependientes, comprende en su desarrollo la fundamental actividad probatoria encaminada a cumplir con los fines del proceso. La actividad probatoria en su conjunto contextualiza un amplio devenir de presupuestos jurídicos en sus correspondientes etapas.

En el desarrollo del presente artículo, se pretende establecer la distinción entre la prueba directa e indirecta, y dentro de ésta última, enfatizar lo relativo a la prueba indiciaria, toda vez que ésta es ampliamente discutida, sin embargo su comprensión va más allá, toda vez que vincula circunstancias sustanciales en el desarrollo de un proceso penal y especialmente la relativa a probar la responsabilidad penal en una conducta exteriorizada.

El derecho fundamental de la presunción de inocencia únicamente se desvirtúa y se destruye con la existencia de elementos probatorios verosímiles en su totalidad, que no generen ninguna duda respecto a la verdad histórica de un hecho, y para el efecto la prueba indiciaria se desarrollará bajo la estructuración de un silogismo que como primer punto tendrá por objeto probar el indicio, que posteriormente se convertirá en

prueba indiciaria dedicada a probar la plataforma fáctica aún no probada. La viabilidad del despojo de la presunción de inocencia, se materializará cuando el juzgador motive su resolución, señalando el proceso intelectual que ha realizado y que lo ha llevado a considerar la prueba indiciaria como suficiente para determinar responsabilidad penal.

II. LA PRUEBA

2.1 Concepto

En el desarrollo de un proceso penal, para la determinación de la verdad histórica deben concurrir un conjunto de circunstancias probatorias que concatenadas con la plataforma fáctica y jurídica, determinen la existencia de un nexo causal que confluye en configurar la existencia de una conducta delictiva. Se señala que *“probar es una actividad que se desarrolla no sólo en el contexto de un proceso judicial. En efecto, en el día a día los seres humanos se ven ante la necesidad de probar sus afirmaciones o negaciones. Es así como la palabra “prueba” es utilizada no sólo en el campo jurídico, sino en diversos aspectos de la vida cotidiana.”* (Cordón Aguilar, J. 2011. Pág. 28).

(Bentham citado por Cordón Aguilar, J.), plantea la siguiente interrogante:

“¿Qué es una prueba? En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia de otro hecho. Por lo tanto, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal. Toda decisión fundada sobre una prueba actúa, por tanto, por vía de conclusión: Dado tal hecho, llego a la conclusión de la existencia de tal otro.” (2011. Pág. 31).

2.2 Finalidad y objeto de la prueba en el proceso

Se puede sintetizar, que la adquisición de la verdad constituye concretamente la finalidad de la prueba dentro del proceso penal, con el objeto que el asidero fáctico funde su veracidad en la comprobación que del mismo harán los elementos probatorios.

El objeto de la prueba tiene relación con aquello que puede ser probado en general, noción abstracta y objetiva, sin limitarse a los problemas concretos de cada proceso. El tema o necesidad de la prueba, por el contrario, es eso que en la causa específica requiere ser probado, ese elemento fáctico en particular que constituye el presupuesto de la vida real concebido en la norma, sin cuya constatación el juez no puede resolver en congruencia con ésta. También es, una noción objetiva, pues no configura en sí el sujeto que debe suministrar la prueba, pero es concreta, al recaer sobre unos determinados enunciados de hecho.

Con base en tal afirmación se puede indicar que será objeto de prueba cualquier cosa, siempre y cuando se haga uso del medio adecuado con el objeto de llevar a cabo una adecuada obtención del mismo y posterior diligenciamiento y reproducción que coadyuve a la averiguación de la verdad.

Probar, constituye un derecho constitucionalmente reconocido que implica el derecho de defensa, el debido proceso, la presunción de inocencia, todos concatenados determinan su importancia y configuran su esencial importancia en el desarrollo de todo proceso.

Especial atención merece la inexistencia, en las normas concernientes al proceso penal, de restricciones o limitaciones en cuanto a los enunciados fácticos que pueden ser sometidos a prueba, así como que dichas normas no establecen regulaciones especiales en cuanto a qué medio o medios de prueba habrán de ser utilizados para probar un determinado enunciado. Esa libertad de la prueba o libertad de los medios de prueba en el proceso penal demarca en gran medida la actividad probatoria a desarrollar.

III. PRUEBA INDICIARIA

El desarrollo del presente artículo, versará concretamente en considerar las circunstancias relativas a la prueba indiciaria, sus incidencias y consecuencias en el desarrollo del proceso penal, con el único fin de equiparar su eficacia con cualquier otro medio probatorio ordinario, o al menos, medios de prueba irrefutables en su desarrollo. Es amplia la discusión y diversos los criterios existentes alrededor de la misma, por lo que se abordará y consideran las diversas aristas con el mayor sentido de apego al proceso penal guatemalteco.

3.1 Prueba directa e indirecta

La prueba será directa e inmediata cuando existe identidad o unificación entre el hecho probado con la percepción del juez y el hecho objeto de prueba, es decir, que el juez conoce el hecho mediante la percepción directa o inmediata de éste. Por ende, sólo el reconocimiento judicial podría encuadrar en este concepto, en virtud, que el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba, y sólo pueden probarse así los hechos presentes o actuales, sea por su naturaleza permanente, o porque subsisten u ocurren en presencia del juzgador. Por el contrario, la prueba indirecta, también denominada prueba mediata existirá cuando el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho que prueba, de tal manera que el juzgador sólo percibe el segundo y de éste induce indirecta o mediatamente la existencia del primero.

De lo anterior, se colige que la prueba directa es la que se refiere inmediatamente al hecho principal, y la indirecta o circunstancial, la que no refiriéndose al delito que se persigue, se encuentra íntimamente ligada a él, haciendo que surja una presunción más o menos fuerte acerca de la existencia de éste último.

Realizar el distingo entre prueba directa e indirecta resulta imperioso, toda vez que ambas desembocan en la determinación de la verdad histórica, sin embargo no comparten un mismo proceso intelectual por parte del juzgador para valorar su eficacia, por lo tanto deviene importante delimitar los aspectos que con propiedad identifican a cada uno, pero esencialmente a la prueba indiciaria que integra un número mayor de incidencias inherentes a su naturaleza.

Dentro de las pruebas indirectas se ubica siempre la prueba indiciaria, pues en ésta existe un hecho intermedio (de ahí su concepto de indirecta o mediata), que es el que permite al juez conocer aquello que se pretende probar. En la prueba indiciaria se conocen determinados hechos que no son aquellos sobre los que se funda la causa, es decir, no son los que se pretende constatar; sin embargo, a partir de ellos y mediante una operación mental, el juzgador logra concluir en la verificación del hecho o hechos principales.

Sin hacer una distinción estricta entre prueba directa y prueba indirecta, se explica que las afirmaciones instrumentales derivadas de los medios de prueba, pueden ser meramente fácticas, comprender máximas de la experiencia para estar en capacidad de valorar o llegar al mejor entendimiento de un determinado hecho o, en su caso, contener la base fáctica necesaria para, mediante la inducción, concluir racionalmente en la existencia de otro hecho. De esta manera, en el concepto del autor, se esbozan las distintas pruebas que cabe utilizar en el proceso, refiriéndose, en el orden antes descrito, a los medios de prueba de los que se desprenden “hechos puros” (declaración de testigos, documentos o reconocimiento judicial), a aquellos que aportan máximas de la experiencia tan sólo conocibles por profesionales o expertos en una determinada esfera técnica o científica (prueba pericial) y, por último, a la prueba de presunciones o indiciaria, que en éste último caso corresponderá con exclusividad al juzgador, en su proceso intelectual interno, establecer una interrelación entre la totalidad de elementos y medios probatorios

reproducidos en su presencia y deducir de ellos, una conclusión probatoria, que determine la existencia o inexistencia de un hecho ilícito.

3.2 Consideraciones generales de la prueba indiciaria

La prueba de indicios, desde el ámbito de la teoría general de la prueba, es el medio probatorio, de naturaleza indirecta, atípica, fragmentaria, de carácter artificial o lógica, y de segundo grado, que permite a quien realiza el proceso lógico (inductivo-deductivo, y de más métodos de investigación), de obtener de un hecho comprobado, un hecho conocido pero no comprobado, la certeza sobre la existencia o inexistencia de ese hecho conocida, que viene a ser precisamente el resultado de la prueba.

En este sentido, este medio de prueba constituye un medio eficaz para el descubrimiento de la verdad objetiva, ya que existen muchos casos en los que no solo no existe prueba directa sino que, si la hay, ésta puede arrojar poca fiabilidad, como por ejemplo la testimonial. Dicho de otra manera, la prueba indiciaria resulta imprescindible para que muchas conductas no queden impunes. No obstante, no se puede negar que su empleo aumenta el riesgo de errores judiciales. En tanto ella implica una mayor complejidad probatoria (pues supone probar un hecho base y obtener de él conclusiones), mayores son las posibilidades de resultado inseguro, con las graves secuelas propias del proceso penal.

Consecuentemente, la prueba indiciaria implica una deducción que, partiendo de un hecho conocido (indicio), logra el conocimiento del hecho que se pretende demostrar (delito); de allí su naturaleza indirecta, se arriba a dicha conclusión luego de un razonamiento lógico, contrario a su comprobación directa, como sucede con la prueba testimonial o documental.

3.3 Indicio probado

Esto significa, que el indicio debe estar suficientemente acreditado, es decir, debe quedar establecido que efectivamente existió en el mundo real. En tanto se exige que al interior del proceso penal los indicios deban ser probados, se descartan aquellos que sean inciertos y dudosos. Este requisito resulta ser bastante lógico pues si el indicio no estuviese plenamente probado, y fuese dudoso o incierto, también sería dudoso o incierto el hecho presunto. En otras palabras, si el indicio no ha resultado probado, bien porque ha sido puesto en duda debido a la contraprueba de la parte contraria, o bien porque ese indicio ha resultado nulo, fallará la base probatoria que es imprescindible para la efectividad de la prueba indiciaria, y ésta no podrá ser aplicada. Por lo tanto, ha de obtenerse una prueba plena y completa de cada indicio, a fin de concluir en la existencia de una verdad comprobada, o de la existencia de duda, que determinará la culpabilidad o inocencia en el desarrollo de todo proceso penal. La duda al igual que en cualquier otro medio probatorio directo, tenderá a destruir su eficacia y su efecto puede considerarse mayor en la prueba indiciaria, toda vez que ésta únicamente será un medio para lograr probar los hechos no concretamente vinculados a una prueba directa.

(Jauchen Estuardo, M. citado por Márquez Cisneros, S) señala:

“(...) que un indicio deficientemente esclarecido deja abierta la puerta para otra hipótesis diferente. Por ello, solo podrá considerarse culpable al acusado cuando los elementos indiciarios, evaluados individualmente primero y luego en su conjunto, conduzcan a que el curso ordinario de las cosas necesariamente así debe concluir. También señala que la fuerza probatoria de cada indicio, aplicada al hecho principal, aumenta la fuerza probatoria de cada uno de los demás y recíprocamente, siempre que no se dé alguna hipótesis invalidante.” (2008. Pág. 54).

La prueba indiciaria es admisible siempre que, con base en un hecho plenamente acreditado (indicio) también pueda inferirse la existencia de otro (delito), por haber entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado, dicha vinculación es quizás la más importante y necesaria para lograr la circunstancia entre causa y efecto, en tal sentido entre indicio y determinación de la existencia de un delito. Los indicios han de quedar acreditados por medio de prueba practicada, toda vez que el hecho de constituir indicio no lo exime del presupuesto probatorio, sino que habiendo sido probado el indicio, este constituirá base para probar el hecho objeto de prueba, es decir el que se presume constituye delito, todo acto procesal vinculado con los indicios y la actividad probatoria se debe desarrollar con las garantías propias que se deriven de la observancia de los principios de la oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

La prueba del indicio puede llevarse a cabo por cualquier medio probatorio, incluida otra presunción. Esto significa que es perfectamente posible que el hecho indicador (indicio) se pueda probar recurriendo a otros indicios. Una postura contraria no puede ser considerada sino como arbitraria, ilógica y como un rezago de los juicios que consideraban a la prueba indiciaria como una prueba inferior de la cual no se podía obtener la probabilidad del hecho investigado. En este sentido, la única limitación de los medios de prueba destinados a certificar la existencia de los indicios, es que hayan sido obtenidos de conformidad al respeto de los derechos fundamentales de la persona inculpada, hacer lo contrario nos llevaría a excluir el medio de prueba ilícitamente logrado, o como se ha considerado lo relativo a la prueba ilícita o prueba ilegal, según si fuere contraria a las disposiciones legales vigentes, o bien por la forma de incorporación al proceso, situación que ha sido ampliamente considerada en el seno de la Comunidad Jurídica de Occidente.

3.4 Inferencia basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia

Esto significa que el enlace entre el hecho-base (indicio) y el hecho consecuencia (delito) debe ajustarse a tales reglas.

(Climent Durán, C. citado por Márquez Cisneros. S) advierte:

“(...) las presunciones presentan una estructura más compleja que los restantes medios probatorios, ya que no solo ha de resultar probado el o los hechos básicos, sino que también ha de determinarse la existencia de una conexión racional entre esos hechos y el hecho consecuencia, y además ha de analizarse toda la prueba en contrario practicada para desvirtuar los indicios y la conexión racional existente entre los indicios y el hecho consecuencia. Este requisito implica que debe existir una relación de causalidad clara y cierta entre el hecho indicador o su conjunto (indicio o indicios) y el hecho indicado (delito). Esta relación fundada en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia debe existir, entonces, tanto si nos encontramos ante indicios necesarios como si nos encontramos ante indicios contingentes. Del mismo modo, esta relación de causalidad rige tanto para los indicios subjetivos que derivan de la actuación de la conducta humana, como para aquellos que emanan del orden material según el corriente y constante acontecer de las cosas; mientras más segura sea la máxima de la experiencia aplicada, con mayor claridad aparecerá la relación de causalidad existente” (2008. Pág. 56).

Es importante señalar, que algunos autores consideran que la pieza principal en la prueba indiciaria no es, propiamente hablando, el indicio del que se parte sino el proceso mental que se concreta a ese hecho y en virtud del cual se deduce la existencia de la circunstancia fáctica jurídicamente relevante. Esto significa, que el hecho base o indicio sólo puede cobrar valor para el averiguamiento en conexión con las reglas de la

lógica, la ciencia o la experiencia, y la conclusión de ahí derivada. Dicho de otro modo, el indicio recién adquiere importancia para el averiguamiento de la verdad en virtud de la labor mental que le da la forma de prueba indiciaria sobre el cual puede ya reposar una decisión jurisdiccional. El nexo causal referido entre el indicio y el hecho consustancial, constituye la vinculación necesaria y esencia en la plenitud del efecto esperado del indicio originario y esencial en el proceso penal.

Resulta evidente que sin la existencia de una conexión lógica entre el hecho probado (indicio) y el hecho investigado (delito) aquel carecerá de toda relevancia probatoria, pues es en la relación existente entre hecho indicador y hecho indicado en donde se encuentra el argumento probatorio que adquiere relevancia dinámica, precisamente, por medio del razonamiento necesario para obtener una inferencia lógica.

La valoración total indiciaria, lleva a considerar a cada indicio como un fragmento de prueba que necesita ser complementado con otros elementos. Esto significa, que los indicios deben ser valorados globalmente con otros elementos y no de manera aislada ya que cada uno de ellos, considerados separadamente, pueden dejar margen a la incertidumbre, la que podría desaparecer con una evaluación conjunta que ocurrirá cuando la incidencia de unos sobre otros elimine la posibilidad de duda según las reglas de la sana crítica racional. La certidumbre del órgano jurisdiccional no se obtendrá, consecuentemente, sobre la base de considerar a los indicios en forma individual –pues siendo solo probables admiten la posibilidad de duda acerca de las circunstancias que los originan-; pero sí se obtendrá de su conjunto, en cuanto que incidiendo unos sobre otros eliminen recíprocamente esa posibilidad de duda de acuerdo con las reglas del razonar humano.

Este modo de valoración es de gran importancia pues el cúmulo de elementos indiciarios, examinados lógicamente en su totalidad, conforme a la experiencia comúnmente reconocida, debe demostrar la relación entre el imputado y el delito. En este sentido se señala que la determinación de la

prueba indiciaria, aún más que la de cualquier otra, puede ser compleja y delicada, por ello, para eliminar lo más que se pueda los posibles errores, es importante considerar todos los hechos indiciarios, tanto de cargo como de descargo, lo mismo los discordantes que los concordantes, y no eliminar sino a sabiendas las hipótesis desfavorables: el concurso de los indicios debe ser completo en todo sentido para construir una prueba sólida.

3.5 Estructura de la prueba indiciaria

El razonamiento consiste en una operación intelectual en virtud de la cual pasamos de una cosa conocida a otra desconocida, observándose en su conformación tres elementos concretos. En primer lugar, la cosa conocida de la que se parte, es decir, el antecedente; por otro lado, la cosa que se trata de conocer, partiendo de la conocida, que se denomina consiguiente; y la conexión o ilación entre antecedente y consiguiente, llamada consecuencia. De esa cuenta, se establece que antecedente y consiguiente revisten la materia del razonamiento, mientras que la consecuencia es la forma de éste.

(Cafferata Nores, J. citado por Cerdón Aguilar, J), explica que la fuerza probatoria del indicio deviene como *“fruto lógico de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la experiencia común funciona como premisa mayor.”* (2011. Pág. 131).

En consideración de la prueba indiciaria, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, en resolución de fecha veintisiete de julio del año dos mil diez, dentro del proceso número 619-2009 afirmó:

“En efecto, en materia penal, se podrán probar, todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Existe pues, libertad de prueba

tanto en el objeto (Artículo 182 del Código Procesal Penal) como en el medio (Artículos 182 y 185 del citado Código). La prueba indiciaria o circunstancial es particularmente valiosa cuando se carece de prueba directa sobre los hechos, para determinar la responsabilidad del sindicado de manera indirecta, o bien para completar o robustecer cuando exista también prueba directa. Requiere un hecho indicador; un razonamiento correcto en aplicación de las reglas de la ciencia, la técnica y la experiencia, una pluralidad, concordancia y convergencia de indicios contingentes, y la ausencia de conindicios consistentes. La prueba indiciaria es aquella que se dirige a encontrar el hecho desconocido que es el delito y su responsable, partiendo de hechos conocidos (doctrinalmente llamados indicadores), que son objeto de prueba directa o no, que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, puede inferirse el hecho desconocido y la participación del acusado, esto es el delito y su responsable. La prueba indiciaria ha de motivarse en función del nexo causal y coherente entre los hechos probados y el que se trata de probar. Por medio de una constante y reiterada observación del acontecer común por la repetición uniforme de ciertos acontecimientos, el hombre por medio de algunos presupuestos básicos puede establecer reglas que relacionan ese hecho con determinados efectos, a ello precisamente es a lo que se le denomina máxima de la experiencia, de la cual se extrae un nexo causal entre el hecho indicador y el hecho ignorado, nexo que puede ser leve o robusto, según sea de alta o baja probabilidad. Esta máxima o regla de la experiencia debe encontrarse fundada en las leyes científicas, o la experiencia cotidiana, y además en los principios lógicos y la analogía.”

IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA VINCULADA A LA PRUEBA INDICIARIA

4.1 Presunción de inocencia

Derivado del derecho a la presunción de inocencia, que corresponde a todo imputado que se presume ha incurrido en violación de la normativa penal, no se exige de él, comprobación alguna acerca de la inexactitud de esa imputación; en otras palabras, no le corresponde al acusado demostrar su inocencia, pues ese estado se presupone por disposición constitucional, sino por el contrario, recae sobre la parte acusadora la carga de demostrar la veracidad de los enunciados fácticos a que alude.

Así también se afirma, que la presunción de inocencia busca que la eventual sentencia condenatoria esté respaldada en medios de prueba que hayan sido obtenidos de conformidad con las reglas que inspiran a todo proceso justo. En este sentido, solo estaremos ante un proceso de esa característica, cuando la prueba haya sido incorporada de manera válida al interior del mismo, lo que solo ocurrirá si se respetan los derechos fundamentales de la persona inculpada.

El derecho a la presunción de inocencia, es un estado jurídico de todo imputado que implica su consideración como inocente mientras tal presunción no se destruya por medio de prueba objetiva, por lo que, el efecto de que la prueba indiciaria pueda destruir válidamente la presunción de inocencia, la conclusión a la que se arribe debe estructurarse sobre la base de determinar la convicción de la verdad o duda sobre los hechos imputados, a fin de concluir sobre la culpabilidad o inocencia, como se ha considerado en líneas precedentes. Esto significa, que la apertura indiciaria está estrechamente relacionada con la presunción de inocencia, en tanto que la actividad probatoria es el único medio válido para concluir en la responsabilidad o inocencia de la persona inculpada.

A diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en el penal, en congruencia con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, no

se da una distribución de la carga de la prueba propiamente dicha. Así, exista o no refutación del acusado o, incluso, aceptación del hecho por éste, la actividad probatoria siempre deberá dirigirse a demostrar su culpabilidad, a fin de enervar la presunción de inocencia que existe a su favor, para poder emitir un fallo de condena.

El concepto de dignidad de la persona humana conlleva el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades inherentes a dicha condición, cuya observancia y protección componen los presupuestos básicos de una pacífica convivencia en sociedad y que, como tales, se tornan en deberes primordiales que el Estado está compelido a cumplir para responder a los fines que determinan las razones de su existencia. En tal contexto, dentro de ese conjunto de derechos se ubica el que concierne a la presunción de inocencia, según el cual, en términos generales, ante situaciones en las que el Estado actúe en ejercicio del *ius puniendi*, toda persona se considera inocente y debe ser tratada como tal, en tanto no se compruebe su culpabilidad y ésta no sea declarada en sentencia firme, emitida en juicio en el que habrán de observarse las garantías inherentes al debido proceso.

La naturaleza y alcances del derecho fundamental a la presunción de inocencia determinan una configuración compleja en su contenido, pues influye con notoria eficacia tanto en el tratamiento que debe darse al imputado durante el desarrollo del procedimiento, como en la actividad probatoria que se practique con el objeto de demostrar su culpabilidad, sin dejar de lado su singular trascendencia en el contexto general de todo el proceso penal.

4.2 Quebrantamiento de la presunción de inocencia con base en la prueba indiciaria

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, incide en el juicio de hecho de la sentencia penal, con implicaciones en la actividad probatoria desarrollada a efecto de tener por acreditado el supuesto fáctico

comprendido en la norma penal, con todos sus elementos, así como la participación del imputado en la realización del delito, requisitos imprescindibles para la emisión de un fallo estimatorio de la pretensión punitiva y, con ello, para la imposición de la sanción establecida en la propia norma como consecuencia jurídica aplicable.

El derecho a la presunción de inocencia, se vincula directamente con la actividad probatoria en cuanto exige, para la emisión de una sentencia condenatoria, que el órgano jurisdiccional, sobre la base de la prueba aportada, alcance el convencimiento respecto de dos cuestiones fundamentales en el proceso: la verificación del supuesto de hecho comprendido en el tipo penal de que se trate, incluyendo todos los elementos objetivos y subjetivos allí contenidos, y la participación del acusado en su realización.

Es frecuente la existencia de delitos en los que no se cuenta con pruebas directas (testigos, documentos, etc.) que acrediten su comisión y permitan sustraer una posterior sentencia condenatoria, por lo que, en estos supuestos, no queda más remedio que recurrir a la prueba indirecta o circunstancial, esto es, a la prueba por indicios. Siendo esto así, la prueba indiciaria resulta ser un mecanismo válido para superar la presunción de inocencia que le asiste a la persona inculpada y respaldar una eventual condena penal en su contra.

Con base en las consideraciones hasta aquí realizadas, se concluye que un indicio no prueba nunca de manera inmediata la culpabilidad. Si bien el número y la variedad de los indicios aumentan su eficacia, también se debe tener en cuenta que para establecer la existencia de un hecho delictivo, y fundamentalmente la culpabilidad de quien se acusa, es indispensable aquella serie de indicios que en número, variedad y concordancia puedan conducir a la inducción necesaria de tal extremo.

Cabe añadir que esa actividad probatoria, a efecto de fundar legítimamente una declaración de culpabilidad, deberá desarrollarse con observancia estricta de las garantías del debido proceso, asegurando el

pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento constitucional.

La presunción de inocencia, supone que es la parte acusadora a la que corresponde la prueba del hecho delictivo y la culpabilidad del acusado, debiendo acreditar ante el órgano jurisdiccional, incluso, las circunstancias agravantes que afirme que concurrieron en el ilícito que le imputa, para lo cual, deberá practicar una prueba que sea lícita, en su origen y desarrollo, y que cumpla con los principios procesales de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción.

A lo largo del artículo se ha reiterado que la presunción de inocencia del acusado sólo puede ser desvirtuada mediante una actividad probatoria constitucionalmente válida, practicada sin vulnerar derechos fundamentales y, esencialmente, en el juicio oral, que pueda considerarse de cargo y con apoyo en la que el tribunal, llevando a cabo un juicio racional, logre convencerse, sin margen de duda, de la existencia del delito y la participación del inculcado en su realización.

Así las cosas, la garantía del derecho fundamental a la presunción de inocencia en el plano jurisdiccional determina la necesidad de verificar si en el proceso respectivo se han practicado verdaderos actos de prueba, válidamente obtenidos y de evidente signo incriminatorio, como presupuestos esenciales para la emisión de una sentencia condenatoria.

En materia del indicio, entonces, es el hecho base que debe ser probado por medio de pruebas directas. La prueba indiciaria tiene como objeto al indicio. Y con ello, no podría resultar alejado de la realidad, el hecho de que la prueba indiciaria pueda desvirtuar la presunción de inocencia, si esta prueba cumple con los requisitos para ser considerada y valorada judicialmente como tal. Resulta necesario entonces que los indicios se basen en hechos bien acreditados y que el órgano judicial explicita el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los datos probados, llega a la conclusión que el acusado realizó la conducta tipificada como delito.

Si bien el juez o jueces de sentencia, son libres para obtener su convencimiento porque no está vinculado a las reglas legales de la prueba y entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y de la participación del imputado, a través de la prueba directa (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que contiene el fallo condenatorio.

En definitiva, cuando existe prueba indiciaria, el tribunal deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal; de tal modo que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario pues, que el órgano judicial explicita no sólo las conclusiones obtenidas sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el razonamiento mental que le ha llevado a tener por probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

En el contexto jurídico guatemalteco, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, en resolución de fecha cinco de febrero de dos mil trece, dictada dentro del expediente número 228-2013, relativo al vínculo existente entre prueba indiciaria y presunción de inocencia, concretamente señaló:

“La determinación de la responsabilidad penal de una persona en un hecho delictivo, no se logra únicamente a través de la existencia de prueba directa, sino que, en ausencia de ésta, el juzgador puede, tomando como base la libertad probatoria que rige al proceso penal y

en aplicación estricta de las reglas de la sana crítica razonada, valerse de prueba indiciaria para sustentar un fallo condenatorio, debiendo en dichos casos observar -con mayor celo-, la presunción de inocencia, el derecho de contraprueba y la obligación de fundamentación, para no incurrir en un fallo arbitrario.”

Dentro del contexto de lo planteado en el desarrollo del presente artículo, la Corte de constitucionalidad, en expediente número 23-2011, sentencia de fecha veintiuno de mayo de dos mil quince, consideró:

“[...] el derecho a la presunción de inocencia, el cual ha sido objeto de protección en distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que ha ratificado Guatemala, entre los que destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 1, numeral 1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 2), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, numeral 2). A partir de los distintos alcances que se la han dado al derecho de presunción de inocencia, cabe afirmar que éste se desarrolla en dos sentidos de singular relevancia dentro del proceso penal: a) el que atañe a la consideración y trato como inocente del procesado, en tanto el órgano jurisdiccional no lo declare penalmente responsable en sentencia y le imponga la pena respectiva; y b) el concerniente a la necesaria actividad probatoria a desarrollar por quien acusa para desvirtuar el estado de inocencia del acusado, cuya condena tan sólo podrá basarse en prueba legítima que demuestre fehacientemente y sin lugar a dudas fundadas su culpabilidad. La exigencia constitucional de un trato acorde con el estado de inocencia del procesado hace inviable cualquier restricción a sus derechos con fines sancionatorios o punitivos previo a la emisión del fallo judicial que pueda declararlo responsable de la conducta que se le imputa. [...] para garantizar el derecho a la presunción de inocencia, del que se deriva la exigencia

de un trato al imputado que responda a dicha presunción durante el desarrollo del proceso penal, cualquier medida que restrinja o limite su libertad o el ejercicio de sus derechos debe ser entendida, en todo caso, con carácter excepcional y adoptada cuando sea absolutamente imprescindible.”

Del contenido del párrafo citado, la segunda vertiente individualiza la importancia de la actividad probatoria, misma que encausada en probar la posible culpabilidad del acusado, desvirtúa el estado de inocencia del mismo, estableciéndose así la estrecha vinculación entre actividad probatoria y presunción de inocencia, ambos institutos jurídicos de carácter indispensable en el desarrollo del proceso penal, a fin de tender al fin último, que lo constituye la averiguación de la verdad y declarar la culpabilidad o inocencia del acusado.

V. CONCLUSIONES

- a) Probar significa realizar un proceso de confrontación de los hechos afirmados por las partes en el proceso penal, con los elementos probatorios producidos en el desarrollo del mismo, con el único fin de conferir certeza a la verdad real afirmada en el proceso penal.
- b) El desarrollo del proceso penal, confluye alrededor de la plataforma fáctica, probática y jurídica; y ante la ausencia de una de ellas simplemente no se hace viable determinar aspectos relativos a la culpabilidad y consecuente responsabilidad penal del imputado dentro del proceso penal.
- c) La actividad probatoria implica ineludiblemente la observancia de los derechos fundamentales de defensa, debido proceso y presunción de inocencia; las que integradas determinarán la legalidad en la obtención, proposición, diligenciamiento y valoración de los elementos probatorios.

- d) Un indicio no determina de manera inmediata la culpabilidad, toda vez que el número y la variedad de los indicios aumentan su eficacia, debe tomarse en consideración que para establecer la existencia de un hecho delictivo, y fundamentalmente la culpabilidad de quien se acusa, es indispensable aquella serie de indicios que en número, variedad y concordancia puedan conducir a la inducción necesaria, para determinar la culpabilidad del acusado.
- e) El derecho de presunción de inocencia, guarda una estrecha vinculación con el desarrollo de la actividad probatoria, en virtud de exigir del juzgador una decisión fundada, que determine de manera contundente la culpabilidad o inocencia del acusado, por ello se puede afirmar, que la presunción de inocencia únicamente puede desvirtuarse ante la existencia de prueba directa o indiciaria debidamente integrada, que induzca al convencimiento irrefutable del juzgador en cuanto a determinar la verdad histórica de los hechos.

VI. REFERENCIAS

- Contreras López, R. La Prueba Indiciaria. Biblioteca UNAM. Rescatado el 15/05/2021 de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4048/7.pdf>
- Cordón Aguilar, J. (2011). Prueba Indiciaria y Presunción de Inocencia en el Proceso Penal. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca.
- García Cavero, P. (2010). El Valor Probatorio de la Prueba por Indicios en el Nuevo Proceso Penal. Revista de Derecho. Volumen 11.
- Márquez Cisneros. S. (2008). La prueba indiciaria en el nuevo código procesal penal. Revista de derecho, Universidad de Piura. Volumen 9.
- Rosas Yataco, J. (2004). Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional. Anuario de Derecho Penal. Perú.

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

Expediente 228-2013 de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Sentencia de fecha cinco de febrero de dos mil trece.

Expediente 23-2011 de la Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha veintiuno de mayo de dos mil quince.

Expediente 619-2009 de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Sentencia de fecha veintisiete de julio del año dos mil diez.



GARANTISMO PENAL

Introducción.

En el presente artículo, se aborda de forma muy somera el paradigma o modelo teórico de Derecho Penal denominado Garantismo Penal, considerando que la tutela de los derechos fundamentales, que propone es más asequible a la normativa constitucional y convencional. Y también se analiza de forma superficial si el Derecho Penal del Enemigo, como modelo teórico que considera al infractor de la norma jurídico penal como un enemigo, porque no se le tiene confianza para cumplir sus deberes dentro de la sociedad, fundamentándose en la normatividad, es también adaptable o no a la normativa constitucional y convencional.

Partiendo de estos paradigmas o modelos teóricos del Derecho Penal, se analiza también los resabios de la escuela positiva que contiene el Código Penal Guatemalteco, teniendo una finalidad preventiva o de protección de bienes jurídicos; así como la dogmática jurídica de la referida normativa evidencia una mixtura de corrientes del pensamiento con relación a la teoría del delito. La parte especial del Código Penal y algunas Leyes Penales Especiales, regulan figuras delictivas que en los supuestos de hecho generan tensión jurídica con respecto a los axiomas de lesividad, materialidad y culpabilidad. Y la consecuencia jurídica de esos tipos penales riñe con la proporcionalidad entre la conducta realizada, bien jurídico protegido y la culpabilidad.

1. Generalidades.

Los derechos fundamentales del ciudadano dentro de un Estado Constitucional de Derecho, constituyen el límite infranqueable para los poderes públicos –*ejecutivo, judicial, legislativo, etc.*-, en todo acto o decisión que pueda perjudicarles. Estos derechos, caracterizados por ser universales, inalienables, indivisibles, e indisponibles, se encuentran en las Constituciones, específicamente en su parte dogmática, denominados individuales y sociales, y en la parte práctica, se establecieron las garantías para su efectivo cumplimiento –*exhibición personal, amparo e inconstitucionalidad*–.

Debe deslindarse también, que existen obligaciones del Poder Público, para abstenerse de afectar los derechos fundamentales del ciudadano (*garantías negativas*), constituye ello, una obligación de no hacer, es decir, prohibiciones que los afecten. Sin embargo, también existen obligaciones de hacer, referentes a las prestaciones sociales, de proveer educación, salud, bienestar social y desarrollo integral (*garantías positivas*).

Si la Constitución Política contiene los derechos fundamentales que el Estado debe observar y garantizar, significa entonces, que en materia penal, procesal penal y penitenciaria, deben respetar esos derechos. El organismo legislativo, previo a ejercer la función propia que le corresponde, debe advertir que no exista una colisión entre la normativa ordinaria penal que pretenden legislar –*en especial creación de tipos penales*– y la normativa constitucional.

Ese filtro ⁴ le corresponde también al Organismo Judicial, especialmente en materia penal y procesal penal, a quien se le otorgó la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, conlleva que toda decisión judicial debe observar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, y desaplicar la normativa ordinaria penal y procesal penal que los

⁴ Calderón Paz, Carlos Abraham. “Constitución Política y Derechos Humanos aplicados al Sistema Penal Guatemalteco”. Sin edición. Centro de Estudio, Investigación y de Acción Legal. p. 25. Guatemala. 2009.

contravenga⁵, a eso se le denomina independencia judicial, remarcando el principio de separación de poderes (*Locke, Montesquieu y Rousseau*).

Aunado, es obligación de todo el Poder Público observar los preceptos normativos de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (*en adelante convención*), las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*en adelante Corte IDH*), y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*en adelante Comisión IDH*).

Lo anterior, en aplicación del Control de Convencionalidad, doctrina de la Corte IDH, que proviene de sus fallos, más que de un precepto normativo expreso de la Convención. Y resulta interesante que éste instituto jurídico surgió en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, por el Jurista mexicano Sergio García Ramírez, y significa una comparación entre la Convención y las disposiciones internas de los Estados parte⁶.

La doctrina del Control de Convencionalidad, ha sido reiterada por diferentes fallos de la Corte IDH, especialmente en contra de México, refiere Carbonell: “*Así sucedió en el caso Rosendo Padilla Pacheco contra México (2009; párrafo 339 de la sentencia), Fernández Ortega y otros contra México (2010; párrafo 234 de la sentencia), Rosendo Cantú y otra contra México (2010; párrafo 219 de la sentencia) y Cabrera García y Montiel Flores contra México (2010, párrafo 225 de la sentencia)*”⁷.

Los sujetos obligados a aplicar el Control de Convencionalidad, según los fallos de la Corte IDH, inició con el Poder Judicial, posterior, con los Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, y por último toda autoridad pública. En atención a lo anterior, el filtro que debe hacer todo el poder público, en relación a la interpretación y aplicación de

⁵ Artículos: 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁶ **Hitters, Juan Carlos.** “*Control de Convencionalidad. Adelantos y Retrocesos*”. Sin edición. Editorial Porrúa. S. A. de C. V. p. 1. México. 2015

⁷ **Carbonell, Miguel.** “*El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*”. Segunda edición. Primera Reimpresión. Editorial Porrúa. S. A. de C. V. p. 179. México. 2016

la normativa sustantiva y procesal penal, e incluso penitenciaria, no es únicamente un comparativo con la Constitución Política –*control de constitucionalidad*–, es imprescindible e ineludible hacerlo con la Convención –*control de convencionalidad*–.

El Control de Convencionalidad también es obligatorio para el Ministerio Público, es decir, tiene la obligación en el ejercicio de la función pública de persecución penal que le corresponde, observar la normativa constitucional y convencional, así como los fallos de la Corte IDH, opiniones consultivas e incluso recomendaciones de la Comisión IDH. Ésta institución jurídica, devino de la complementariedad y subsidiariedad que debe tener la función de la Corte IDH, porque son los propios Estados prima facie (*a primera vista*)⁸ quienes deben tutelar los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

En toda intervención y ejercicio del poder punitivo, el Ministerio Público está obligado a respetar los derechos fundamentales del ciudadano, e incluso en la función de velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país⁹, debe observar la normativa ordinaria (*penal y procesal penal*), y en especial que haga la confrontación con la normativa constitucional y convencional.

Así lo ha expresado la Corte IDH, en el caso Gudiel Álvarez (*Diario Militar*) vs Guatemala: “*En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana*”¹⁰.

2. Garantismo Penal

⁸ **Diccionario de la Lengua Española**. 22^o. Edición. Tomo II. Editorial Espasa Calpe. S. A. p.1831. España. 2006

⁹ Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹⁰ **Carbonell, Miguel. Y Caballero González, Edgar S.** “*Convención Americana de Derechos Humanos con Jurisprudencia*”. Sin edición. Editorial Tira lo Blanch. p. 58. México. 2016

En el apartado anterior, de generalidades se hizo alusión al límite del poder público, que son los derechos fundamentales del ciudadano – *constitucionalismo o estado constitucional de derecho*-. La observancia de la normativa constitucional y convencional, en toda disposición legislativa, ejecutiva, judicial, así como en el ejercicio del poder punitivo del ente encargado de la persecución penal –*Ministerio Público*-.

Ferrajoli, hace referencia a las garantías, en especial del neologismo¹¹ (*vocablo, acepción o giro nuevo en una lengua*) denominado Garantismo, como una técnica de tutela de los derechos fundamentales. En sentido restringido Garantismo Penal, aparece: “*en el ámbito de la cultura jurídica italiana de izquierdas de la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y la jurisdicción de emergencia que, de aquel momento en adelante, han ido reduciendo, de diversas maneras, el ya debilitado sistema de garantías del correcto proceso*”¹².

Ferrajoli, con este vocablo enfatiza la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, contra el poder público, y especialmente el poder punitivo del Estado, por ello la importancia de abordar el Garantismo Penal. Éste modelo teórico –*paradigma garantista*- permite una tutela efectiva de los derechos humanos, cuando el poder público los amenaza, por ello se habla de garantías como técnicas para hacerlos efectivos.

En éste paradigma dice Ferrajoli, existen dos clases de garantías: **a) Positivas:** son las omisiones del poder público en la prestación de derechos sociales –*salud, educación, trabajo, etc.*,- por lo tanto deberían existir mecanismos procesales para exigir su cumplimiento (*en la Constitución Política no se observa una garantía social de forma expresa*); y **b) Negativas:** son los límites del poder punitivo de no afectar los derechos individuales.

¹¹ **Diccionario de la Lengua Española.** 22º. Edición. Tomo II. Editorial Espasa Calpe. S. A. p.1575. España. 2006.

¹² **Ferrajoli, Luigi.** “*El Paradigma garantista. Filosofía Crítica del derecho penal*”. Editorial Trotta. p. 22. España. 2018.

Y los límites del poder punitivo con respecto a los ciudadanos, son máximas o principios que no se pueden vulnerar, los cuales son: “*estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, lesividad, materialidad y culpabilidad*”¹³. Estos axiomas, fundamentan la legitimidad del Estado para reaccionar dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Concretizando, para efectos del presente artículo, el paradigma garantista en materia penal de Ferrajoli opera en dos direcciones: “*Como sistema de límites a la libertad salvaje de los asociados, mediante la prohibición, la investigación y el castigo como delitos de las ofensas a los derechos ajenos o a otros bienes o intereses estipulados como fundamentales; y como sistema de límites a la potestad punitiva del Estado, mediante las garantías penales y procesales, que impiden la prohibición de las acciones inofensivas o no culpables y el castigo de las ofensivas y culpables sin una previa averiguación*”¹⁴.

El Garantismo Penal planteado teóricamente por Ferrajoli, es un modelo *–paradigma–* dentro de un Estado Constitucional de Derecho *– opuesto al Estado Legislativo de Derecho–*, sobre la base fundamental de los derechos humanos de los ciudadanos, con las obligaciones del Estado de investigar y castigar las conductas antijurídicas y culpables de los ciudadanos, empero, también una obligación de respeto al ejercicio punitivo, mediante garantías penales y procesales.

Ahora bien, es necesario establecer si éste paradigma teórico de Ferrajoli *–garantista y constitucional–*, es adaptable a la normativa constitucional y convencional de Guatemala, y si en materia penal está siendo incumplido por el poder público y concretamente en el ejercicio del poder punitivo, en perjuicio de los derechos humanos de los ciudadanos.

3. Derecho Penal del Enemigo

¹³ Ferrajoli, Luigi. “*El Paradigma garantista. Filosofía Crítica del derecho penal*”. Editorial Trotta. p. 28. España. 2018

¹⁴ Ferrajoli, Luigi. “*El Paradigma garantista. Filosofía Crítica del derecho penal*”. Editorial Trotta. p. 32. España. 2018

La Dogmática Jurídico Penal –*corrientes del pensamiento*-, constituye un sistema estructurado, utilizando un método científico y un fundamento filosófico, para poder determinar si una conducta –*acción u omisión*-, puede constituir un delito.

Ésta referida a la teoría del delito –*las escuelas penales sistematizan toda la materia penal: ley, delito, pena y medidas de seguridad*-, y han partido de un concepto general del derecho, de una premisa filosófica y han echado mano de un método¹⁵. Las principales corrientes del pensamiento jurídico penal han sido: causalismo –*naturalismo positivista*¹⁶-, normativismo –*filosofía de los valores*¹⁷-, finalismo –*ético social*¹⁸-, funcionalismo –*teleológico o normativista*- y modelo lógico –*matemático*¹⁹-.

El funcionalismo penal, como corriente del pensamiento, pretende superar las críticas del Finalismo Welzeliano –*ubicación del dolo, finalidad en la culpa, dolo eventual y culpa consciente, omisión y el error*-, a través de otras sistemáticas, tales como: el sistema racional final o teleológico de Claus Roxin, y el funcionalista normativista de Jakobs (*corrientes post-finalistas*).

En relación al Funcionalismo Normativista, indica Díaz-Aranda: “*Parte de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann y somete toda la teoría del delito a sus postulados así, mientras que su maestro, Hans Welzel, consideró indispensable construir el sistema del delito sobre una base lógico-real, Jakobs lo sustenta normativamente*”²⁰.

¹⁵ **Monterroso Salvatierra, Jorge Efraín.** “*Culpa y Omisión en la Teoría del Delito*”. Editorial Porrúa S. A. p. 47. México. 1993

¹⁶ **Díaz-Aranda.** “*Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México*”. Editorial Porrúa S. A. p. 4. México. 2012

¹⁷ **Roxin, Claus.** “*Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*”. Editorial Cevitas. Primera Edición. p. 200. España. 1997

¹⁸ **Welzel, Hans.** “*Teoría de la Acción Finalista*”. Editorial de Palma. p. 12. Argentina. 1995

¹⁹ **González Mariscal, Olga Islas.** “*Análisis lógico de los Delitos contra la Vida*”. Editorial Trillas. Cuarta Edición. p.19. México. 1998

²⁰ **Díaz-Aranda, Enrique. Y Roxin, Claus.** “*Teoría del Caso y del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*”. Editorial Straf. Primera Edición. p. 87. México. 2015.

Jakobs concibe su teoría sobre la base de que el ciudadano cumple con las expectativas normativas dentro de una sociedad, si se aparta de esas reglas de convivencia, se le considera como un enemigo, y la pena únicamente confirma la vigencia de la norma social –*sistema de comunicaciones normativas*-, y ya no tiene una reacción por la conducta desviada y por lesionar el bien jurídico tutelado –*retribución, prevención y unión*-.

Ejemplifica Jakobs: *“Quien continuamente se comporta como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes; pues falta el apoyo cognitivo para ello”*²¹.

Zaffaroni indica con relación a la teoría funcionalista: *“Lleva razón Prittwitz cuando afirma que si Jakobs (...) si no hubiera hablado de enemigo y de no persona, y si hubiese limitado a repetir lo que sostenía Welzel o incluso Von Liszt, no hubiese despertado mucha polémica”*²². Para este autor, el normativismo funcionalista de Jakobs no es nuevo, sigue sobre la base de la estructura ético-social del finalismo de Welzel, pero el haber introducido al lenguaje penal el término enemigo, ha provocado que el poder punitivo considere hostiles a quienes no cumplan con las expectativas normativas –*negar el derecho*-, y la pena tiene como objetivo reafirmar la norma jurídico penal, identificando a la sociedad y al derecho.

Navarrete indica lo contrario de Jakobs: *“A este último autor se debe, precisamente, la mayor revolución del Derecho Penal actual. Uno de los más jóvenes y atrevidos discípulos de Welzel, hizo propio el proverbio chino de que para conseguir el progreso hay que matar al padre (científico)”*²³.

²¹ **Jakobs, Günther. Polaino Navarrete, Miguel. Y López Betancourt, Eduardo.** *“Función de la Pena Estatal y Evolución de la Dogmática Post-Finalista”*. Editorial Porrúa. Primera Edición. p. 53. México. 2006

²² **Zaffaroni, Eugenio Raúl.** *“El enemigo en el derecho penal”*. Editorial Coyoacán. Segunda Edición. p. 166. México. 2011

²³ **Jakobs, Günther. Polaino Navarrete, Miguel. Y López Betancourt, Eduardo.** *“Función de la Pena Estatal y Evolución de la Dogmática Post-Finalista”*. Editorial Porrúa. Primera Edición. p. 106. México. 2006

Concluye Zaffaroni, citando a Schmitt: *“Tenía razón: el concepto jurídico de enemigo sólo es admisible en un estado absoluto”*²⁴. Si la dogmática jurídico penal de Jakobs, se funda sobre la base de la normatividad, sin atender a la afectación de bienes jurídicos, a los fines de la pena – *utilitarismo*–, y se merman los derechos fundamentales a los ciudadanos – *penales y procesales*–, no puede acogerse esta teoría en un Estado Constitucional de Derecho.

La legislación penal, procesal y penitenciaria, no por haberse agotado el procedimiento legislativo que establece la Constitución, y estar vigente dentro de un Estado, implica que sus disposiciones no contravengan normativa constitucional y convencional (*problema de validez normativa*). En un Estado Legislativo de Derecho, si es viable considerar una teoría de derecho penal del enemigo, porque si se infringe la normativa, al hostil se le impone una pena para reafirmar el derecho, no tiene como restricción a los derechos humanos del ciudadano –*porque la normativa puede disminuir sus derechos*– ni los fines o funciones de la pena –*utilitarismo*–, en suma, no existiría límite para el poder punitivo, como si debe haberlo en un Estado Constitucional de Derecho.

Lo anterior denota, que el paradigma garantista de Ferrajoli se adecua al Estado Constitucional de Derecho, donde el límite son los derechos fundamentales, y no donde se puede a través de la normativa jurídica relativizar los mismos, considerando a los infractores como enemigos, según la teoría post-finalista de Jakobs. De allí, que toda aportación doctrinal que pretenda limitar los derechos humanos de los ciudadanos, no guardaría correspondencia con la Constitución ni con la Convención (*sin validez jurídica*).

Ferrajoli, en el modelo garantista penal refiere: *“Por eso su sistema de garantías es constitutivo de la democracia liberal en un doble sentido, correspondiente al doble fin que representa la justificación y la fuente de*

²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *“El enemigo en el derecho penal”*. Editorial Coyoacán. Segunda Edición. p. 168. México. 2011

*legitimación del derecho penal, a saber, la tutela de la vida, la integridad, la libertad y la propiedad de los asociados frente a los delitos que otros pudieran cometer; y la tutela de los mismos asociados, en cuanto posibles imputados y condenados, frente a las prohibiciones inútiles o lesivas de derechos fundamentales, así como frente a las arbitrariedades, errores judiciales y excesos punitivos*²⁵.

En la exposición de motivos elaborada por la comisión específica revisora, que analizó el proyecto del actual Código Penal guatemalteco – *preparado por Méndez de la Riva*-, y dirigida al Congreso de la República con fecha 14-11-1972²⁶, no se expresó la Corriente del Pensamiento Jurídico Penal a la cual se adscribía la teoría del delito guatemalteca.

Tal omisión, provoca que al estudiar la normativa sustantiva penal, exista una mixtura de dogmáticas penales, es decir, causalismo, normativismo y finalismo, pero no se advierte la corriente post-finalista, denominada funcionalismo, a pesar de que a partir de 1970²⁷ se inicia a gestar esta corriente (*racional final y normativista*)”.

Para ejemplificar, el artículo 10 del Código Penal regula la Relación de Causalidad (*causalismo*), prevé que toda acción tiene un resultado, sin advertir que en la omisión no se da una actividad sino una inactividad - *nexo normativo*²⁸ y *no causal*-, y en los delitos de peligro o mera actividad – *no hay resultado material*-. Refiere también el precepto jurídico penal que la conducta debe ser idónea para producir el resultado²⁹ (*neoclásico*), es decir, no cualquier conducta –*acción u omisión*- provoca un resultado – *teoría de la equivalencia de las condiciones*-, adoptando la teoría de la

²⁵ Ferrajoli, Luigi. “El Paradigma garantista. Filosofía Crítica del derecho penal”. Editorial Trotta. p. 33. España. 2018

²⁶ Centeno, Ernesto Zamora. López, Luis Alfonso. Y Hurtado Aguilar, Hernán. “Exposición de Motivos”. Comisión Específica que elaboró el Código Penal Guatemalteco. Año 1972.

²⁷ Díaz-Aranda, Enrique. Y Roxin, Claus. “Teoría del Caso y del Delito en el Proceso Penal Acusatorio”. Editorial Straf. Primera Edición. p. 86. México. 2015.

²⁸ González Mariscal, Olga Islas. “Análisis lógico de los Delitos contra la Vida”. Editorial Trillas. Cuarta Edición. p.19. México. 1998

²⁹ Muñoz Conde, Francisco. “Teoría General del Delito”. Editorial Temis S. A. Segunda Reimpresión de la Segunda Edición. p.18. Colombia. 2004

conexión causal adecuada. Y el artículo 11 del Código Penal, refiere con respecto al dolo, que el resultado ha sido previsto (finalismo), o se lo representa como posible, se advierte que en la acción hay una finalidad – *objetivo*–.

4. Resabios de la Escuela Positiva

En la normativa sustantiva penal guatemalteca, se puede advertir la influencia de las escuelas clásica y positiva, es decir, existe una mixtura en el análisis de la ley, delito, pena y medidas de seguridad (*sistematización ordenada y lógica como objeto de estudio*). El problema jurídico de la no separación de ambas escuelas, provoca al igual que la dogmática jurídico penal –*teoría del delito*–, incoherencias en el sistema, porque el fundamento filosófico es disímil (*idealismo kantiano vs positivismo de Comte*), al igual que el método (*ciencias culturales vs ciencias naturales*).

Indica Wiarco, con respecto a la escuela positiva, que: “*El derecho penal, en consecuencia debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social*”³⁰. La escuela positiva negó el libre albedrío (*de la escuela clásica*), y consideró al delito como un hecho social y natural, utilizando al derecho penal, como instrumento para defensa de la sociedad (*aspectos sociológicos, antropológicos y jurídicos*), anticipándose a las conductas realizadas, por medio de las medidas de seguridad pre-delictivas.

La Constitución Política que está vigente posterior al Código Penal, reguló en la parte dogmática –*derechos individuales*–, un Principio expreso denominado doctrinalmente como Legalidad (art. 17), axioma que como indicó Ferrajoli en el Garantismo Penal, es un derecho individual y debe ser tutelado por toda autoridad pública. Éste consiste en que no son punibles las conductas que no estén tipificadas como delito o falta y

³⁰ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. “*Teoría del Delito*”. Editorial Porrúa, SA de CV. p. 6. España. 2020

penadas por ley anterior a su comisión. En igual sentido, la Convención reguló (art. 9) el principio de Legalidad referente a la conducta y a la pena, previamente en el derecho aplicable.

Nótese, que los preceptos normativos del Código Penal guatemalteco, para ser interpretados y aplicados a un caso concreto, deben confrontarse y guardar correspondencia con la normativa constitucional y convencional *–control de constitucionalidad y de convencionalidad–*. En especial, determinar el poder punitivo del Estado *–Organismo Judicial y Ministerio Público–*, si no colisionan con los derechos individuales de los ciudadanos, es decir, si observan las garantías penales sustantivas a que ha aludido Ferrajoli en el Garantismo Penal.

Esas garantías penales sustantivas, son prohibiciones de vulnerar máximas, axiomas o principios dentro de un Derecho Penal de Acto y no de autor, y son: Legalidad *–taxatividad y estricta legalidad–*, Lesividad *–bien jurídico tutelado–*, materialidad *–acción u omisión–*, y culpabilidad *–reproche al autor–*.

Si en la parte dogmática de la Constitución Política, se reguló un Derecho Penal de Acto, es decir, debe existir una conducta que vulnere bienes jurídicos fundamentales; no pueden entonces tener validez jurídica los preceptos del Código Penal que hagan alusión a subjetivismos, es decir, pretender agravar la sanción penal *–punibilidad–*, por peligrosidad, habitualidad y reincidencia, incluso limitar sustitutos penales a la pena de prisión *–política criminal–*.

Resabios en el Código Penal de la Escuela Positiva, que al entrar en vigencia la Constitución Política, esos preceptos jurídicos entran en tensión por su validez, de acuerdo a la jerarquía normativa. E incluso las Judicaturas y el ente persecutor, en la función que a cada uno les corresponde y dentro de sus respectivas competencias, podrían desaplicar o no utilizar los institutos jurídicos basados en un Derecho Penal de Autor.

Calderón, indicaba con respecto al derecho penal de autor (año 2009): *“Los encontramos en los agravantes de la responsabilidad, cuando se trata*

*de un delincuente reincidente, delincuente habitual, no se permite la conmuta de la pena de prisión cuando a juicio del juez se establezca peligrosidad social. Para individualizar la pena el juez debe considerar la mayor o menor peligrosidad del culpable, para gozar del beneficio de la suspensión condicional de la pena no debe existir peligrosidad*³¹.

Y la Corte de Constitucionalidad, de forma reciente se ha pronunciado con relación al Derecho Penal de Autor (*reincidencia y habitualidad*), sentando doctrina legal según los expedientes 4611-2016, 5805-2017 y 4628-2018: *“En cuanto a la reincidencia, deviene aplicable a la habitualidad, regulada en la ley sustantiva penal como circunstancia agravante; ello, puede establecerse en atención a que, al igual que la reincidencia, tiene su origen en un derecho penal de autor y no de acto, pues se fundamenta en la posible peligrosidad del sujeto como una característica personal (“ser el reo delincuente habitual”)*³².

La Corte IDH también se ha pronunciado: *“El derecho penal conforme a todos los instrumentos de derechos humanos rechaza frontalmente el llamado “derecho penal de autor”, que considera a la conducta típica sólo como un signo o síntoma que permite detectar a una personalidad o carácter, ampliándose incluso a actos atípicos, siempre que se considere que cumplen la misma función de señalación subjetiva*³³.

El tamiz que deben realizar las agencias del poder punitivo –*organismo legislativo, organismo judicial, ministerio público y corte de constitucionalidad*-, sería fundar su actuación y ejercicio en un derecho penal de acto –*materialidad, lesividad y culpabilidad*-; los resabios de la escuela positiva en el Código Penal guatemalteco –*defensa de la sociedad*-, basados en defensa de la sociedad ante estados peligrosos, sin que exista

³¹ **Calderón Paz, Carlos Abraham.** *“Constitución Política y Derechos Humanos aplicados al Sistema Penal Guatemalteco”*. Sin edición. Centro de Estudio, Investigación y de Acción Legal. p. 99 y 100. Guatemala. 2009

³² **Corte de Constitucionalidad.** En: <http://138.94.255.164/Sentencias/841985.5058-2018.pdf>. Consultada el día 17 de mayo de 2021.

³³ **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_319_esp.pdf. Consultada el día 17 de mayo de 2021.

una materialidad de la conducta, lesividad o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados, y un reproche por la conducta en una sentencia debidamente fundada, serían según él Garantismo penal, inconstitucionales e inconvenientes.

5. Rasgos de Derecho Penal del Enemigo

En el apartado anterior, de forma breve se explicitó sobre las instituciones jurídicas con rasgos de la escuela positiva, teniendo como instrumento de protección de la sociedad, las denominadas medidas de seguridad (*post-delictivas*³⁴). Empero, también se advirtió que esos rasgos de defensa social, pretendían agravar la punición³⁵ (*y evitar sustitutos penales*)³⁶, con la justificación de los antecedentes del ciudadano y de la víctima (*no está en el supuesto de hecho de la norma penal*)³⁷, y no por su conducta.

El Derecho Penal del Enemigo, que se ha venido esbozando de forma superflua en éste artículo, se adaptaría más a un Estado Legislativo de Derecho, porque se restringen al ciudadano sus derechos individuales, con el argumento que se protege a la sociedad, que el interés social debe prevalecer sobre el interés individual. Olvidando que en la Constitución Política se positivaron derechos individuales, que ni la mayoría puede decidir *-lo indecible-*, menos aún las agencias del poder punitivo, dentro de un Estado Constitucional de Derecho (*Constitucionalismo Garantista*)³⁸.

³⁴ Artículo 86 del Código Penal. Y 484 del Código Procesal Penal

³⁵ Artículo 65 del Código Penal

³⁶ Artículo 51 del Código Penal

³⁷ **Samayoa Sosa, Héctor Oswaldo.** “Derecho Penal Guatemalteco. Penas y Medidas de Seguridad”. Editorial Estudiantil Fénix. Primera Edición. p. 79. Guatemala. 2017

³⁸ **Ferrajoli, Luigi.** “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”, en Fabra Zamora, Jorge Luis. Y García Jaramillo, Leonardo. (Comp.). “Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones Fundamentales”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Primera Edición. p. 536. México. 2015

En ésta corriente de pensamiento jurídico penal, el Derecho Penal dejaría de ser liberal y mutaría de lo jurídico al plano político (*características antiliberales*)³⁹, donde el Estado realiza un control y vigilancia a los ciudadanos (*intervencionismo desmedido*), defendiéndose de los que se consideran peligrosos o dañinos, justificándose en la seguridad y protección de la sociedad.

Las medidas de seguridad, instrumento propio de la Escuela Positiva, en ésta corriente jurídico penal, pudieran ser utilizadas por las agencias del poder punitivo del Estado, como un dispositivo jurídico para defender a la sociedad, y las transformarían en pre-delictivas (*derecho penal de autor llevado al extremo*)⁴⁰. Aunado, pueden ser integradas las referidas medidas de seguridad a la legislación penal *–parte especial–* y procesal penal *–prisión preventiva–*.

Zaffaroni, refiere: “*Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de barreras de punición (alcanzando los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un giro al derecho penal de autor*”⁴¹.

Zaffaroni, delimita el Derecho Penal del Enemigo, con respecto a la legislación penal y procesal penal: con la punibilidad de actos preparatorios (*criminalizar el inter criminis*); desproporción de las consecuencias jurídicas del delito (*punibilidad exagerada*), y debilitamiento de garantías procesales (*presunción de inocencia-prisión preventiva*).

³⁹ **Jakobs, Günther. Y Cancio, Melia.** “*Derecho Penal del Enemigo*”. Editorial Thomson Civitas. Primera Edición. p. 64. España. 2003

⁴⁰ **Cauhapé-Cazaux. Eduardo González. Y Jones Aguilar, Myra R.** “*Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco*”. Fundación Myrna Mack. Arte, Color y Texto. S. A. p. 25. Guatemala. 2018

⁴¹ **Zaffaroni, Eugenio Raúl.** “*El enemigo en el derecho penal*”. Editorial Coyoacán. Segunda Edición. p. 15. México. 2011

Cancio Mélia, también coincide con las características del Derecho Penal del Enemigo, y aporta tres elementos: a) Adelantamiento de la Punibilidad *–Hecho futuro y no hecho cometido–*; b) Penas desproporcionadas *–actos preparatorios reciben una pena similar al hecho futuro–*; y c) Garantías procesales son relativizadas o suprimidas⁴².

La adscripción al Derecho Penal del Enemigo, como doctrina de defensa social y seguridad, se observaría también en la función que podrían ejercer las agencias del poder punitivo del Estado, a lo que Zaffaroni⁴³ ha denominado: Cool o estar de moda en la represión penal, a saber: a) Políticos *–organismo legislativo–*; b) Juicio subjetivo individualizador *–Ministerio Público–*; y c) Jueces sin Independencia.

El estar a la moda o cool en la represión penal, inquieta los derechos individuales de los ciudadanos, porque ante la criminalidad que no puede ser controlada en sus límites normales, por las diferentes formas de control social *–si es que existen–*, ofrece al político que pretende ocupar un cargo público o mantenerse en el mismo *–en especial el legislador–*, adscribirse a la represión penal si desea estar a la moda o cool (como indica Zaffaroni).

El legislador penal, ante la presión popular y publicitaria *–medios de comunicación–*, no advierte que en su función legislativa pueden crearse tipos penales sin la existencia de materialidad *–conducta–*, sin protección de bienes jurídicos *–lesividad–*, y sancionando conductas sin reproche penal *–culpabilidad–*. Adviértase, como la contención o protección se introduce en la normatividad penal.

El sujeto individualizador *–Ministerio Público–*, en éste paradigma, como ente persecutor de conductas antijurídicas, puede también ejercer de forma inadecuada el poder punitivo, como tiene ya la legislación penal

⁴² **Günter, Jakobs. Y Cancio, Melia.** “Derecho Penal del Enemigo”. Editorial Thomson Civitas. Primera Edición. p. 79, 80 y 81. España. 2003

⁴³ **Zaffaroni, Eugenio Raúl.** “El enemigo en el derecho penal”. Editorial Coyoacán. Segunda Edición. p. 82. México. 2011

(tipos penales) y procesal penal (*prisión preventiva oficiosa y peligros procesales discrecionales*), apta para la defensa social y seguridad de la sociedad. Puede decidir de forma discrecional y selectiva a quienes se debe perseguir penalmente, y en defensa de la sociedad, y utilizar la prisión preventiva como medida de seguridad, al que se considere peligroso o dañino para la convivencia social. ¿Debe Controlarse?

Y por último, los Jueces ante la presión social y publicitaria, también pueden ser obligados a estar a la moda o cool, o son también afectados: “*La vulnerabilidad de los jueces ante el discurso cool es muy considerable y, no obstante algunas desviaciones y excesos lamentables, los jueces constituyen el principal frente de resistencia ante el avance del autoritarismo cool*”⁴⁴.

6. Legislación Penal con rasgos del Derecho Penal del Enemigo

De forma somera y superficial como se ha venido esbozando en éste artículo, ahora se analizan algunos tipos penales con rasgos de un Derecho Penal del Enemigo (*Lesividad, materialidad y culpabilidad*), que podrían ser contrarios a un Derecho Penal Garantista; éste último más asequible a los derechos humanos positivados en la Constitución Política y la Convención Americana –*constitucionalismo garantista*–.

Solo las conductas antisociales más graves –*última ratio*– que se dan en la realidad de la convivencia social, y que afecten bienes jurídicos tutelados ajenos (*vida, libertad, seguridad, integridad personal, etc.*), pueden ser recogidas, y configurarse como tipos penales por el legislador –*reserva de ley*–.

Sin la existencia de bien jurídico ajeno afectado por la conducta –*acción u omisión*–, el legislador ordinario no puede crear figuras delictivas y sancionarlas con una pena. El Garantismo Penal exige una Lesividad del bien jurídico o su puesta en peligro, y que no sea viable protegerlo a través

⁴⁴ **Zaffaroni, Eugenio Raúl.** “*El enemigo en el derecho penal*”. Editorial Coyoacán. Segunda Edición. p. 84. México. 2011

de otras formas de control social *–necesidad–*, para evitar un intervencionismo desmedido por parte del Estado *–Principio de Intervención mínima o de última ratio–*.

Beccaria, con respecto a la Lesividad indico: *“Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica: proposición que puede hacerse más general de esta manera”*⁴⁵.

Rodríguez Manzanera, indica también que la punibilidad (*amenaza penal*) es legítima: *“Si en el mundo fáctico se presenta una efectiva amenaza o un real daño a los bienes, si de hecho se presentan las conductas antisociales, y no hay más remedio que recurrir a la amenaza”*⁴⁶.

Carranca y Rivas, con buen tino hace referencia a la creación de tipos penales, así: *“Hoy podría decir que el Derecho Penal consagra bienes jurídicos –más bien legales– elaborados por una sociedad mundial predominantemente económica, de consumo, donde participan directamente todas las clases, sustituyendo los bienes jurídicos de validez universales tradicionales por los legales de validez condicionada bajo las circunstancias políticas y económicas de un mercado mundial, al que se denomina globalizado. Incluso la delincuencia organizada y el narcotráfico se hallan inmersos en esa sociedad de consumo o de mercado mundial. Una prueba de esto es el llamado lavado de dinero”*⁴⁷.

Por ejemplo, el tipo penal de Posesión para el Consumo⁴⁸, está criminalizando una conducta que podría no afectar bien jurídico ajeno, es decir, el único que en todo caso se estaría afectando su bien jurídico *–salud–* es el que adquirió y posee drogas para consumo inmediato, sin advertir, que la punibilidad no supera los 5 años, y no puede gozar de

⁴⁵ **Beccaria.** *“Tratado de los Delitos y de las Penas”*. Editorial Porrúa. Dieciochoava Edición. Quinte Reimpresión p. 8. México. 2019

⁴⁶ **Rodríguez Manzanera, Luis.** *“Penología”*. Editorial Porrúa. Séptima Edición. p. 89. México. 2015

⁴⁷ **Carranca y Rivas, Raúl.** *“Teoría de la Culpabilidad”*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. p. 77 y 78. México. 2017

⁴⁸ Artículo 39 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

medida sustitutiva, si es vinculado a proceso penal ¿Y la presunción de inocencia? (Garantía negativa debilitada).

El Derecho Penal no puede inmiscuirse en conductas en donde el sujeto activo, estaría afectando su propia salud, sin que se ponga en peligro o lesione un bien jurídico de otra persona –no sería legítimo-. Así, lo expresa Cauhapé-Cazaux: “Cuando ciertas conductas tan sólo afectan los bienes jurídicos del autor, no parece lógico que el Estado las sancione con una pena”⁴⁹.

Girón Palles, también con respecto al tipo penal de Posesión para el Consumo, indica: “Con la portación de cantidades mínimas de droga, el bien jurídico salud individual no se pone en peligro violando el principio de Lesividad del bien jurídico”⁵⁰.

En el tipo penal de Conspiración⁵¹, se advierte que el concertarse con otra u otras personas con el fin de cometer uno o más delitos, de los establecidos en el referido texto normativo, provoca una sanción igual al delito que se está tramando. El supuesto de hecho, criminalizaría el inter criminis, sin actos exteriores –materialidad-, que exige un Derecho Penal de Acto, y esas actividades al analizar no dañarían o pondrían en peligro bien jurídico alguno.

Rodríguez Manzanera, con respecto al Principio del Hecho, indica: “La legitimación de la punición está condicionada a la efectiva comisión del delito por el sujeto, ya que de no existir el hecho, o si el sentenciado no lo cometió, la punición podrá ser legal, al haber cumplido los requisitos de la legalidad, pero en forma alguna (no) podrá ser legítima”⁵².

⁴⁹ **Cauhapé-Cazaux, Eduardo González. Y Jones Aguilar, Myra R.** “Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco”. Fundación Myrna Mack. Arte, Color y Texto. S. A. p. 23. Guatemala. 2018

⁵⁰ **Girón Palles, José Gustavo.** “Teoría Jurídica de la Pena Aplicada al Juicio y su Ejecución”. Centro de Impresiones Gráficas. Segunda Edición. p. 9. Guatemala. 2015

⁵¹ Artículo 3 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada

⁵² **Rodríguez Manzanera, Luis.** “Penología”. Editorial Porrúa. Séptima Edición. p. 92. México. 2015

Girón Palles, es aún más elusivo, cuando refiere: *“(Conspiración) con el delito consumado. Esta es quizá una de las más grandes aberraciones, pues si se conspira para realizar un secuestro, la pena a imponer será para el caso de Guatemala de veinte a cuarenta años de prisión, penalizando de igual forma como si se hubiere consumado el secuestro. En este caso los bienes de libertad personal y el patrimonio no han sido afectados, ni siquiera puestos en peligro”*⁵³.

El tipo penal de Conspiración, es la tentativa (*dolo*) para los tipos penales contra el Crimen Organizado, como lo es la tentativa en los tipos penal del Código Penal (*delincuencia común*)⁵⁴; sólo que en esta última si existiría materialidad, porque debe comenzarse la ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independiente a la voluntad del agente.

Nótese, la tentativa del Código Penal, establece que por determinadas causas no se consuma lo planeado con antelación, quedan impunes los actos exteriores por no existir lesión o puesta en peligro del bien o bienes jurídicos. E incluso se puede desistir de lo previsto voluntariamente (*finalismo*), y si los actos externos no constituyen un delito, también la conducta quedaría impune, no siendo relevante para el Derecho Penal, por falta de Lesividad.

Carranca y Rivas, con respecto a la Lesividad y materialidad que exige el Garantismo Penal en la creación de tipos penales, expresa lo siguiente: *“La sola frase criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico es más que alarmante, pues contiene una gran potencialidad explosiva en perjuicio de la que nuestra Constitución denomina garantías individuales y en el de los derechos humanos”*⁵⁵.

⁵³ **Girón Palles, José Gustavo.** *“Teoría Jurídica de la Pena Aplicada al Juicio y su Ejecución”*. Centro de Impresiones Gráficas. Segunda Edición. p. 10. Guatemala. 2015

⁵⁴ Artículos 14, 15 y 16 del Código Penal

⁵⁵ **Carranca y Rivas, Raúl.** *“Teoría de la Culpabilidad”*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. p. 11. México. 2017

Tipos penales como el analizado, permiten vislumbrar que son actos preparatorios o tentados, que pretenden proteger de la delincuencia organizada, a los ciudadanos dentro de una sociedad. Empero, de acuerdo al Garantismo Penal se adelantaría a la culpabilidad, y se criminaliza el inter criminis (*pensamiento*), prescindiendo de Lesividad (*bien jurídico*) y Materialidad (*conducta*).

Concretizando, para determinar si existe un delito, el último eslabón en la teoría del delito, es el reproche penal, es decir, porque el sujeto activo actuó así, pudiendo actuar de un modo distinto (*además de la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad*), y vulneró o puso en peligro el bien jurídico. En el Garantismo Penal, como modelo o paradigma se exige dentro de un Estado Constitucional de Derecho, que exista un hecho, que la misma vulnere un bien jurídico o lo ponga en peligro, y que al sujeto se le pueda reprochar. Si no se dan estos tres axiomas o principios, el tipo penal es más asequible al Derecho Penal del Enemigo.

Carranca y Rivas, concluye: *“No obstante, todas las corrientes que de una manera u otra se afilian al llamado Derecho Penal del Enemigo presuponen y anticipan la culpabilidad. He aquí, pues, el gran riesgo para la libertad, el Derecho y la Justicia”*⁵⁶.

La punibilidad de los tipos penales debe guardar correlación entre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y la culpabilidad del sujeto activo (*Proporcionalidad*). Esta función le corresponde al legislador penal al momento de la creación de las figuras delictivas, determinar el parámetro o intervalo de la sanción penal (*magnitud*). Beccaria indicó: *“Las reflexiones precedentes me conceden el derecho de afirmar que la verdadera medida de los delitos es el daño a la sociedad, y por eso han errado los que creyeron serlo la intención del que los comete”*⁵⁷.

⁵⁶ Carranca y Rivas, Raúl. *“Teoría de la Culpabilidad”*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. p. 62. México. 2017

⁵⁷ Beccaria. *“Tratado de los Delitos y de las Penas”*. Editorial Porrúa. Dieciochoava Edición. Quinte Reimpresión p. 22. México. 2019

Rodríguez Manzanera, tiene razón en relación a la proporcionalidad de la conminación penal: *“Dicho de otra forma, la conminación no puede consistir en privación de bienes que pudiera violar los derechos humanos (...) En cuanto al bien protegido, éste nos indica los límites de la amenaza, pues en forma alguna puede romperse la proporción, no podría amenazarse con la muerte a quien robará”*⁵⁸.

Toda punibilidad superior a los 5 años de prisión, provoca de acuerdo a la Política Criminal del Código Penal Guatemalteco y Leyes Penales Especiales, la no aplicación de sustitutos penales (*perdón judicial, suspensión condicional de la persecución penal y conmutación de la pena*⁵⁹), y de beneficios procesales (*criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal y procedimiento abreviado*⁶⁰). Es necesario, determinar porqué se amenaza con una pena superior a los 5 años de prisión, ciertas conductas antisociales elevadas a nivel normativo, y porque otras que afectarían bienes jurídicos más relevantes, tienen punibilidades inferiores.

Sin pretender analizar las diferentes teorías explicativas – *descriptivas*- y doctrinas axiológicas – *normativas*-, que pretenden justificar el ¿Por qué Castigar?⁶¹, si es necesario aunque sea de forma superflua, establecer porque algunos tipos penales tienen una punibilidad desproporcional al bien jurídico –*otros sin Lesividad ni materialidad*- que protegen, aún más cuando solo se pone en peligro. Figuras delictivas que se adscribirían más a un derecho penal preventivo o asegurador de enemigos peligrosos o dañinos.

⁵⁸ **Rodríguez Manzanera, Luis.** *“Penología”*. Editorial Porrúa. Séptima Edición. p. 90. México. 2015

⁵⁹ Artículos 50, 72 y 83 del Código Penal.

⁶⁰ Artículos 25, 27 y 464 del Código Procesal Penal.

⁶¹ **Ferrajoli, Luigi.** *“El Paradigma garantista. Filosofía Crítica del derecho penal”*. Editorial Trotta. p. 40 y 41. España. 2018

Juárez, con respecto al tipo penal de Conspiración con buen juicio afirma: *“El delito de conspiración, de la forma en la cual se estructura, constituye un tipo penal de peligro concreto, cuyo despliegue de la conducta (acordar) implica un riesgo objetivo al bien jurídico tutelado; riesgo o peligro, que hasta tanto no se materialice, no afecta de forma directa ni inminente el derecho resguardado por la norma jurídica-penal”*⁶².

En la conspiración *–no existe Lesividad ni materialidad y se adelanta la culpabilidad–*, son actos preparatorios que pueden afectar bienes jurídicos o ponerlos en peligro, y que son protegidos por la normativa jurídico penal contra el crimen organizado. No es más que la tentativa de cometer los delitos regulados en la normativa antes indicada, existiendo desproporcionalidad entre el peligro latente de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de los ciudadanos y la culpabilidad del sujeto activo. No existe daño social (*y se pena como un delito consumado*), es un adelantamiento de la culpabilidad como elemento de la teoría del delito, aún no existe conducta pero ya se presume el reproche penal *¿Y la relación de causalidad?*

El tipo penal de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas⁶³, en el supuesto de hecho contiene una conducta únicamente de peligro para el bien jurídico de seguridad social, el portar arma de fuego sin licencia respectiva, con una punibilidad de 8 a 10 años de prisión. Si se compara con el tipo penal de Homicidio Culposo⁶⁴, donde se preserva el bien jurídico más importante que es la vida, la punibilidad es de 3 a 8 años de prisión. *¿Proporcionalidad?*

En el Garantismo Penal la normativa sustantiva penal debe tener parámetros proporcionales para determinar o graduar la sanción penal,

⁶² Juárez, E. Erick. *“Manual para Jueces de la Comunidad Jurídica de Occidente”*. Versión Electrónica. p. 11. Guatemala. 2020

⁶³ Artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones. Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

⁶⁴ Artículo 127 del Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

refiere Beccaria que el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos: “A medida que las penas son más dulces, la clemencia y el perdón son menos necesarios”⁶⁵.

La Corte IDH, también se ha pronunciado con respecto al Principio de la Proporcionalidad de la Pena: “196. La Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la trasgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”⁶⁶.

La Corte de Constitucionalidad, también se ha pronunciado con respecto a éste Principio de Proporcionalidad de la Pena: “Este principio exige al legislador definir tipos sancionatorios idóneos para la protección de los bienes jurídicos”⁶⁷. Incluso, en este fallo exhortaron al Organismo Legislativo, producir el procedimiento legislativo para la reforma del Artículo 407N del Código Penal, observando los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia que debe observar toda norma penal.

Nótese, que la punibilidad en el tipo penal indicado en el párrafo anterior, era clara y no superaba los 5 años de prisión, la reflexión debió ir dirigida a la revisión del Código Penal *–parte especial–* y demás Leyes Penales Especiales, donde al analizar diferentes tipos penales no existe proporcionalidad entre el bien jurídico protegido, la culpabilidad y la alta pena que se pretende imponer (*Prevención General*).

7. Reserva de Normativa Sustantiva Penal

⁶⁵ **Beccaria**. “*Tratado de los Delitos y de las Penas*”. Editorial Porrúa. Dieciochoava Edición. Quinta Reimpresión p. 130. México. 2019

⁶⁶ **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf. Consultada el día 30 de mayo de 2021.

⁶⁷ **Corte de Constitucionalidad**. En: <http://138.94.255.164/Sentencias/838282.2951-2017.pdf>. Consultada el día 30 de mayo de 2021.

La Constitución Política faculta al Organismo Legislativo⁶⁸, crear tipos penales y su respectiva punibilidad, reformar los mismos e incluso derogarlos, determinar la política criminal para otorgar sustitutos penales, establecer la prohibición de medidas sustitutivas, beneficios procesales, etc. Estas decisiones que pretenden proteger a la ciudadanía ante los ataques a sus bienes jurídicos (*agraviados*), también limitarán (*sindicados*) a la postré sus derechos fundamentales (*libertad y el patrimonio*), y si se analiza son tomadas por una mayoría simple, es decir, la mitad más uno de los legisladores.

Si los derechos fundamentales están positivados en la Constitución Política y en la Convención Americana, y no pueden ser anulados (*restringidos o coartados*) por los órganos constituidos por el Poder Constituyente, porque son indecibles (*Ferrajoli*) aún por las mayorías, debió constitucionalizarse que para aprobar, modificar y derogar leyes penales y procesales, el Organismo Legislativo necesita mayoría calificada⁶⁹.

Lo anterior evitaría que las agencias del poder punitivo del Estado (*Legislativo, Ministerio Público, Judicaturas y Policía Nacional Civil*), se adscriban a un Derecho Penal del Enemigo, producto de estar a la moda en la represión penal (*Cool*), justificándose en los altos índices de criminalidad, y la forma de control social más importante (*y violenta*) esté condicionada, a un procedimiento legislativo agravado.

Ferrajoli, propone lo que se abordó en párrafos anteriores, así: “*Sería una reforma de conjunto de la legislación penal fundada tanto en una depuración del lenguaje de leyes, basada en los principios garantistas de la taxatividad y la Lesividad, como un reforzamiento del tradicional principio de legalidad penal: ya no la simple reserva de ley, sino una reserva de código, esto es, el principio de que ninguna norma penal o procesal penal*

⁶⁸ Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁶⁹ Artículo 172 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

*pueda ser aprobada sino es mediante una modificación o una integración de los códigos, aprobada quizá siguiendo un procedimiento agravado*⁷⁰.

Aunado, a la reserva de un Código Penal y Procesal Penal, con procedimiento legislativo agravado, para preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos, debe también promoverse la educación cívica y la prevención de los delitos, obligaciones que le corresponden al Estado y a la ciudadanía, a través de las diferentes formas de control social que deben existir (*escuela, iglesia, familia, universidades, etc.*).

El Estado debe priorizar los recursos económicos para la educación de calidad de los habitantes y en la prevención de los delitos, y no en la expansión y burocracia de las agencias del poder punitivo *¿También deben ser controladas si se adelanta la culpabilidad?* Es ilógico que exista un policía, un fiscal, un juez y un defensor público por cada habitante *¿Vigilancia?* Sería un intervencionismo penal desmedido.

Beccaria, refiriéndose a la educación indicó: *“Finalmente, el más seguro pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, objeto muy vasto y que excede los límites que me he señalado*⁷¹.

Carranca y Rivas, coincide con lo anterior: *“Yo pienso que la prevención, tanto la particular como la general, no cumplen con su cometido sino lo convertimos en paideia penal. En otros términos, se tienen que difundir, promover y explicar aquellos valores. Deberían de ser igualmente el eje de la educación que imparte el Estado*⁷².

⁷⁰ **Ferrajoli, Luigi.** *“El Paradigma garantista. Filosofía Crítica del derecho penal”*. Editorial Trotta. p. 31. España. 2018

⁷¹ **Beccaria.** *“Tratado de los Delitos y de las Penas”*. Editorial Porrúa. Dieciochoava Edición. Quinta Reimpresión p. 78. México. 2019

⁷² **Carranca y Rivas, Raúl.** *“Teoría de la Culpabilidad”*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. p. 79. México. 2017

8. Conclusiones

El paradigma o modelo teórico del Garantismo Penal propuesto por Ferrajoli, como técnica (*garantías negativas*) de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es adaptable y se ajusta la normatividad de la Constitución Política de la República de Guatemala y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dentro de un Estado Constitucional de Derecho, los límites al poder punitivo son máximas o principios que no se pueden afectar, para tutelar los derechos humanos de los ciudadanos, y son la estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, lesividad, materialidad y culpabilidad.

La corriente del Funcionalismo Normativista de Jakobs, exige que el ciudadano cumpla con las expectativas legales, si se aparta de esas reglas de convivencia social, ya se le considera un enemigo, y la pena conlleva afirmar esa negación del derecho, obviando así el fin de tutelar los derechos fundamentales; es un modelo teórico que se ajusta o es compatible en un Estado Legislativo de Derecho.

El Código Penal Guatemalteco tiene figuras jurídicas de la Escuela Positiva del Derecho Penal, tales como la peligrosidad, habitualidad y reincidencia, las cuales corresponden a un Derecho Penal de Autor, no compatible con la normativa de la Constitución Política ni la Convención Americana, que exigen el Principio del Hecho (*Materialidad de la conducta*).

Los rasgos de un Derecho Penal del Enemigo, se evidenciarían en la legislación penal y procesal penal, cuando se tipifican actos preparatorios *-inter criminis-*, la magnitud de la punibilidad es desproporcional al bien jurídico tutelado y la culpabilidad del sujeto activo, y se ve mermada la presunción de inocencia *-punición anticipada-*, con la justificación del aseguramiento y protección de la sociedad.

Se coincide con la propuesta de Ferrajoli, de constitucionalizar un procedimiento agravado para que el poder constituido pueda aprobar, reformar y derogar la normativa sustantiva y adjetiva penal, y así tutelar los derechos fundamentales del ciudadano; en una doble vertiente, la obligación de investigar y sancionar a los responsables de conductas antijurídicas y culpables, y el respeto del poder punitivo a las garantías penales y procesales.

Se concuerda con Beccaria y Carranca y Rivas, en el sentido de que la prevención de los delitos, no es a través de una conminación o amenaza desproporcional, al contrario, es la educación de calidad implementada en las diferentes formas de control social que deben existir en una sociedad (*escuela, iglesia, familia, universidades, etc.*).

Fuentes de Consulta

Publicaciones

Beccaria. *“Tratado de los Delitos y de las Penas”*. Editorial Porrúa. Dieciochoava Edición. Quinta Reimpresión. México. 2019

Calderón Paz, Carlos Abraham. *“Constitución Política y Derechos Humanos aplicados al Sistema Penal Guatemalteco”*. Sin edición. Centro de Estudio, Investigación y de Acción Legal. Guatemala. 2009

Cauhapé-Cazaux. Eduardo González. Y Jones Aguilar, Myra R. *“Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco”*. Fundación Myrna Mack. Arte, Color y Texto. S. A. p. 25. Guatemala. 2018

Carbonell, Miguel. *“El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad”*. Segunda edición. Primera Reimpresión. Editorial Porrúa. S. A. de C. V. México. 2016

Carbonell, Miguel. Y Caballero González, Edgar S. *“Convención Americana de Derechos Humanos con Jurisprudencia”*. Sin edición. Editorial Tira lo Blanch. México. 2016

- Díaz-Aranda.** *“Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México”*. Editorial Porrúa S. A. México. 2012
- Díaz-Aranda, Enrique. Y Roxin, Claus.** *“Teoría del Caso y del Delito en el Proceso Penal Acusatorio”*. Editorial Straf. Primera Edición. México. 2015
- Juárez, E. Erick.** *“Manual para Jueces de la Comunidad Jurídica de Occidente”*. Versión Electrónica. Guatemala. 2020
- Ferrajoli, Luigi.** *“El Paradigma garantista. Filosofía Crítica del derecho penal”*. Editorial Trotta. España. 2018.
- Ferrajoli, Luigi.** *“Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”*, en Fabra Zamora, Jorge Luis. Y García Jaramillo, Leonardo. (Comp). *“Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones Fundamentales”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Primera Edición. México. 2015
- Hitters, Juan Carlos.** *“Control de Convencionalidad. Adelantos y Retrocesos”*. Sin edición. Editorial Porrúa. S. A. de C. V. México. 2015
- Jakobs, Günther. Polaino Navarrete, Miguel. Y López Betancourt, Eduardo.** *“Función de la Pena Estatal y Evolución de la Dogmática Post-Finalista”*. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 2006
- Jakobs, Günther. Y Cancio, Melia.** *“Derecho Penal del Enemigo”*. Editorial Thomson Civitas. Primera Edición. España. 2003
- Monterroso Salvatierra. Jorge Efraín.** *“Culpa y Omisión en la Teoría del Delito”*. Editorial Porrúa S. A. México. 1993
- Muñoz Conde, Francisco.** *“Teoría General del Delito”*. Editorial Temis S. A. Segunda Reimpresión de la Segunda Edición. p.18. Colombia. 2004
- González Mariscal, Olga Islas.** *“Análisis lógico de los Delitos contra la Vida”*. Editorial Trillas. Cuarta Edición. México. 1998
- Orellana Wiarco, Octavio Alberto.** *“Teoría del Delito”*. Editorial Porrúa, SA de CV. España. 2020
- Rodríguez Manzanera, Luis.** *“Penología”*. Editorial Porrúa. Séptima Edición. p. 89. México. 2015

Roxin, Claus. *“Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.”*. Editorial Cevitas. Primera Edición. España. 1997

Samayoa Sosa, Héctor Oswaldo. *“Derecho Penal Guatemalteco. Penas y Medidas de Seguridad”*. Editorial Estudiantil Fénix. Primera Edición. Guatemala. 2017

Welzel, Hans. *“Teoría de la Acción Finalista”*. Editorial de Palma. Argentina. 1995

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *“El enemigo en el derecho penal”*. Editorial Coyoacán. Segunda Edición. México. 2011

Fuentes Digitales

Corte de Constitucionalidad. En:

<http://138.94.255.164/Sentencias/841985.5058-2018.pdf>. Consultada el día 17 de mayo de 2021.

Corte de Constitucionalidad. En:

<http://138.94.255.164/Sentencias/838282.2951-2017.pdf>. Consultada el día 30 de mayo de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. En:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_319_esp.pdf. Consultada el día 17 de mayo de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. En:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf. Consultada el día 30 de mayo de 2021.

Diccionarios

Diccionario de la Lengua Española. 22°. Edición. Tomo II. Editorial Espasa Calpe. S. A. España. 2006.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. Guatemala. 1985.

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

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

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

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

Ley de Armas y Municiones. Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala



EL DERECHO EN GUATEMALA: ANÁLISIS HISTÓRICO Y PERSPECTIVAS ACTUALES.

“No, no, ¡nada de abogados!, todos son unos canallas, se aprovechan de su ciencia para forrarse a costa del pueblo. Las cosas tenían que ser así, los obreros debían sacar adelante sus problemas entre ellos.” (Zola, 2015, p.259)

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene una orientación general hacia un estudio materialista histórico del derecho, desde la perspectiva marxista, retomando algunos aspectos generales de su obra, es decir, que pretende ser una contribución, evidentemente muy limitada y sumamente modesta a un análisis marxista del derecho.

En este texto, que tiene amplias posibilidades de ser el germen del cual se pueda partir para discutir el derecho en Guatemala desde una perspectiva científica, y que, además implique el acercamiento de la intelectualidad formada en las ciencias jurídicas y sociales hacia su disciplina desde los diferentes enfoques de los que deben servirse para profundizar en el análisis, es decir, de pasar de lo meramente formal, que es lo jurídico y trascender cualitativamente hacia la interpretación social de ésta.

Habrà quien, inocentemente pueda cuestionar el hecho de aplicar el método del materialismo histórico a una rama del saber que se ha malentendido bajo una característica aparentemente rígida e inamovible como lo es el derecho, pero aplicarle este método no significa querer captar toda la realidad (lo cual sería prácticamente imposible y mucho menos en

un texto tan corto en extensión), sino que se trata de captar esa realidad a través de la categoría metodológica de la totalidad, para la cual, base y superestructura, filosofía y sociedad, la teoría y la práctica, la conciencia y el ser no están separados, sino vinculados dialécticamente, cada uno con su autonomía relativa e integrados dentro del proceso histórico.

A razón de lo anterior, podemos hablar del abordaje epistémico que haremos en el desarrollo del tema, para el cual hemos hecho lecturas y relecturas de las obras clásicas de Marx, tanto en sus primeros escritos, que dentro de la discusión marxista ha sido diferenciada por algunos como la etapa del “joven Marx”, como también de otras obras en colaboración con Engels, así como también un abordaje epistémico de los lectores de Marx, por tanto, revisamos brevemente algunas acotaciones del filósofo francés Henri Lefebvre y otras posturas más contemporáneas y latinoamericanas como las del filósofo marxista Bolívar Echeverría, para dar cuenta del pensamiento y discurso crítico de Marx y cómo este puede ser un arma espiritual que penetre el corazón del proletariado y demás clases explotadas y oprimidas de la modernidad capitalista para hacer emerger, con base en un brutal esfuerzo, crítica y autocrítica constante, una concepción emancipadora del derecho en Guatemala.

2. DISCURSO CRÍTICO DE MARX.

El discurso crítico de Karl Marx, es una elaboración que no surge de la nada, esta parte de las tendencias reales del movimiento obrero europeo y de las expresiones ideológicas de aquellos, además parte del análisis científico y crítico de la sociedad capitalista y de la condición de la clase explotada, a raíz de ese análisis toma partido, al criticarlos, de los datos que le aporta la ciencia y la filosofía contemporáneas, es decir de la sociología de los socialistas utópicos, como Fourier, Saint- Simon, etc., de la economía política clásica, del materialismo Francés y de la dialéctica Hegeliana. No podemos dejar de mencionar que además de lo dicho – que es lo más conocido sobre Marx- su pensamiento tiene raíces más

profundas, como la teología, de lo cual empezó a aportar discusiones muy interesantes en sus primeros años, antes de ingresar a la carrera de Derecho, como también de la filosofía de Demócrito y Epicuro, de la cual nos da bastante en su tesis doctoral, desde ese entonces Marx está pensando y elaborando su discurso crítico, es decir, que en la madurez de su producción intelectual nos encontramos con los temas que lo impulsaron desde su juventud y que hasta la fecha continúan vigentes gracias a su carácter de totalidad.

Para continuar en este camino, y comprender a cabalidad lo que significa el discurso crítico de Marx, podemos acercarnos a la postura, acerca de la crítica que tiene Echeverría (2017) quien afirma:

La crítica es el carácter que corresponde propiamente a la presencia del significar revolucionario del proletariado o significar comunista en la esfera específica de la producción/consumo discursiva y, por tanto, de la lucha ideológica, dentro del modo de reproducción social capitalista. (p.71)

Es entonces, importante destacar, este papel que conlleva la crítica, por eso es de igual manera necesario recalcar que la crítica al derecho tiene dimensiones que aún quedan por explorar, ya que el derecho es parte de las superestructuras que protegen el modo de producción capitalista que opera en Guatemala, es decir un sub-capitalismo dependiente de los dictados del imperio financiero y transnacional, ya que como Echeverría (2017), continúa:

En otros términos, la crítica es el único modo adecuado que puede adoptar la construcción científica de un saber proletario revolucionario en las condiciones de subcodificación o normación apologética impuestas en beneficio propio por el modo capitalista de la reproducción social a la producción/consumo de significaciones en general. (p. 71)

Como veremos más adelante, la reflexión acerca del derecho, tiene también su importancia dentro de la elaboración de una filosofía y de un método científico del proletariado y de las clases explotadas y oprimidas, siempre y cuando este sea crítico del *statu-quo*, ya que siendo críticos del mismo derecho y de la apropiación de los derechos humanos del hombre burgués, es que se puede ser antagónicos a ese egoísmo de la propiedad privada que señala Marx en su crítica *Sobre la cuestión judía*, convirtiendo este antagonismo en una filosofía y método propio que hará suyo la fuerza material de la revolución transformadora y humanista, es decir el proletariado, el campesinado y demás clases explotadas y excluidas por la modernidad capitalista.

En este orden de ideas, acerca del discurso crítico, podemos encontrar una interpretación menos contemporánea, pero que también es útil para extraer un riquísimo y abundante marco teórico sobre la discusión marxista del derecho, ya que según Krahl, citado en Marx (1978): “La relación de producción, lenguaje y conciencia no es idéntica a la existente entre base (producción, trabajo y división del trabajo) y superestructuras (formas de religión, derecho, estado e instituciones).” (p.21). Ya que pese a todo lo que se pueda expresar con relación, por ejemplo de los Derechos humanos y las garantías que éstos brindan para las grandes mayorías se encuentra separado, ya que es la economía la que determina en última instancia las relaciones de poder en la sociedad burguesa.

Adentrarse en la cuestión crítica del derecho, debe llevarnos a otras discusiones que sobrepasan al pensamiento positivista que es regla general dentro de los círculos de estudio juristas, que a pesar de los intentos de discusión desembocan en un consenso superior a ellos y es la lógica formal, ya que es casi imperceptible el cuestionamiento de los profesionales del derecho a la cuestión jurídica, por esto es que se debe retomar la discusión de la totalidad para analizar la misma, entonces podemos retomar algunas ideas de Lefevbre (2013) quien afirma:

... la lógica y el derecho (nacida la primera en Atenas y el segundo en Roma) han atravesado las épocas, los modos de producción, las transformaciones de las relaciones de producción. Ahora bien, las superestructuras se derrumban junto con las estructuras sobre las que se han edificado, con las relaciones de producción constitutivas de su <<base>>. Así, pues, la lógica y el derecho no son superestructuras al mismo título que los elementos caducos de la <<cultura>>. (p.22)

Por lo anterior, decimos que el análisis de las categorías jurídicas deben sobrepasar las formas, hasta llegar, por medio de la crítica a concepciones superiores sobre la mismas que lleven a cuestionar con seriedad las bases sobre las que se erigen esas superestructuras para continuar con debates sobre la forma, es decir cuestionar la lógica formal que encierran las mismas por medio del ejercicio de la lógica dialéctica, que no es un postulado antinómico, sino una alternativa crítica para escapar de las jaulas que la hegemonía capitalista le ha impuesto al derecho y a la profesión del jurista.

3. LA CRÍTICA DE MARX AL DERECHO.

En este apartado, se hace el esfuerzo por abarcar la mayor parte posible de los escritos que Marx hace para criticar al derecho, es decir, que se pretende brindar una concepción general de lo que piensa nuestro autor acerca del tema basado en sus escritos, abarcando de forma dialéctica sus escritos para demostrar que este es un tema que estudió con bastante profundidad y amplitud en sus primeros escritos y de los cuales también siguió retomando ideas para la creación de sus obras de madurez, como también nos siguen sorprendiendo hasta el momento diversidad de escritos en sus obras menos estudiadas y que aún continúan en sus escritos inéditos. Es decir, que la modestia de este apartado nos lleva a releer algunos de sus escritos clásicos y a discutir también un pequeño debate contemporáneo, para contextualizar el pensamiento de Marx a la

realidad latinoamericana y a la guatemalteca específicamente. Entrando en Materia, en su texto Introducción a la crítica de la economía política, Marx (1978) escribe:

...Hegel tiene razón en comenzar la filosofía del derecho con la posesión ya que constituye la relación jurídica más simple del sujeto. Pero no existe posesión antes de la familia o de las relaciones de dominación y servidumbre, que son relaciones mucho más concretas... En la sociedad de un nivel más elevado la propiedad aparece como la relación más simple dentro de una organización desarrollada. Pero el sustrato más concreto, cuyo vínculo es la posesión, está siempre supuesto. Puede imaginarse un salvaje aislado que sea poseedor. Pero en este caso la posesión no es una relación jurídica. No es exacto que la posesión evolucione históricamente hacia la familia. Por el contrario, ella presupone siempre ésta “categoría jurídica más concreta”. (Marx, 1978, p.59)

Es decir, que con el advenimiento de la familia como base de una sociedad determinada, organizada por medio de la propiedad patriarcal de la descendencia y de la mujer, es que la posesión a la que hace alusión Marx en aquel entonces, comienza a esbozarse como una categoría jurídica, ya que la familia monógama patriarcal empieza a determinar la economía basada en la acumulación de las riquezas y en el cimiento de la propiedad privada. Continuando en este orden de ideas, Krahl (1978) asegura “El derecho natural burgués, desarrollado por Hobbes y Locke, se atiene a la lógica del trabajo social, ya no a la de las religiones y cosmologías dominantes. En las sociedades burguesas la economía se ha vuelto el elemento positivamente determinante” (p.22). Podemos decir, entonces que con el nacimiento de la familia comienza a desarrollarse el estadio esclavista de la humanidad basado en la posesión patriarcal de la mujer y de los hijos, de la tierra y es esto lo que empieza a determinar lo que posteriormente será el derecho natural burgués, que dejará atrás las

otras superestructuras de carácter religioso, pero que continuará manteniendo la forma jurídica sobre la cual se mantiene la estructura que es la propiedad privada.

Marx, en sus *Manuscritos de economía y filosofía*, que hasta hace poco permanecían inéditos, empezaba a esbozar su teoría crítica en torno a la totalidad, dentro de los elementos de la crítica del “joven Marx” -que valga aclarar en este ensayo, no debe separarse jamás del Marx maduro-, se encontraba muy concentrado también en determinar la forma ideológica de la dominación capitalista, es en este momento en el que Marx preparaba sus escritos posteriores en torno a la ideología y donde se puede entender con mayor profundidad que el pensamiento marxista no es en ninguna forma determinista o mecanicista, puesto que además de todas las superestructuras que estudió, se hallaba presente también una crítica al derecho, basado en las discusiones sobre la obra de Hegel y del círculo intelectual de los jóvenes Hegelianos, donde preponderaban posiciones conservadoras y de izquierda, la más revolucionaria, por su puesto fue la de Marx. Con relación a esto, en los Manuscritos nos encontramos que:

Religión, familia, Estado, derecho, moral, ciencia, arte, etc., no son más que formas especiales de la producción y caen bajo su ley general. La superación positiva de la propiedad privada como apropiación de la vida humana es por ello la superación positiva de toda enajenación, esto es, la vuelta del hombre desde la religión, la familia, el Estado, etc., a su existencia humana, es decir, social. La enajenación religiosa, como tal, transcurre sólo en el dominio de la conciencia, del fuero interno del hombre, pero la enajenación económica pertenece a la vida real; su superación, abarca por ello ambos aspectos. (Marx, 2010, p.140)

Lo mismo se puede decir solamente del derecho, que realmente no ha sido más que una de las formas de enajenación de las sociedades capitalistas modernas, ya que prevalece lo abstracto sobre lo concreto que

es la condición del proletariado que en la vida real se ve enajenado del fruto de su fuerza de trabajo por las relaciones de producción preponderantes, es decir, que solamente superando cualitativamente este estadio de la sociedad, es como la humanidad podrá retornar a su condición humana a la vida en común, de lo contrario continuarán todas esas taras que impiden la evolución humana. Es decir, en estos magistrales manuscritos de Marx, que algunos pueden tildar de románticos, se encuentran los fundamentos de la teoría a la que le entregó su vida completa, la “teoría de la revolución”.

Además, en una nota al pie de página de los manuscritos de economía y filosofía, se hace la analogía del burgués como proxeneta, ya que Marx aclara:

La prostitución es solo una expresión especial de la general prostitución del trabajador, y como la prostitución es una relación en la que no solo entra el prostituido, sino también el prostituyente (sic) –cuya ignominia es aún mayor– también el capitalista entra en esta categoría. (p. 140)

Pero, dada la metáfora utilizada por Karl Marx, podemos decir que contra el crimen que es la explotación del hombre por el hombre no hay ninguna legislación o marco jurídico, mucho menos un abogado que pueda actuar conforme a derecho en contra de ese tipo de prostitución, que es el más nefasto, y por tanto causa de la segunda forma que encontramos en varios lugares de Latinoamérica y específicamente en Guatemala, donde se impulsan políticas públicas para erradicar esta segunda forma de prostitución, pero que a la larga quedan sin efecto, y se hace caso omiso de ellas, ya que simplemente no pueden erradicarse los síntomas sino se corta la enfermedad de tajo.

Entonces, encontramos en los *Manuscritos* de Marx, que la filosofía del derecho la palabra *Aufhebung*, tomada de Hegel, que traducido del

idioma alemán, quiere decir “superación”, palabra que en ese idioma tiene un doble sentido, ya que significa al mismo tiempo conservar, y también destruir, es decir que la superación de determinados momentos de la historia universal también se conservan dentro de la misma, ya que esto es una constancia de su superación, por ejemplo, el derecho, que viene siendo una superación de la religión, pero que sigue manteniéndose en una posición de superestructura. O a decir de Marx (2010), que observa:

Así, por ejemplo, en la *Filosofía del Derecho de Hegel*, el *Derecho Privado* superado es igual a *Moral*, la moral superada igual a *familia*, la familia superada igual a *sociedad civil*, la sociedad civil superada igual a *Estado*, el Estado superado igual a *Historia Universal*. En la realidad siguen en pie el Derecho privado, moral, familia, sociedad civil, Estado, etc., solo que se han convertido en *momentos*, en existencias y modos de existir del hombre que carecen de validez aislados, que se disuelven y engendran recíprocamente, etc. *Momentos del Movimiento*. (p.197)

Esta tarea de atacar la enfermedad estructural de la prostitución en la cual deviene la explotación del hombre por el hombre, debe ser obra del proletariado y de las clases explotadas, como también de los excluidos. *En torno a la crítica de la filosofía del derecho, de Hegel*, Marx (1986) expresa:

Así, como la filosofía encuentra en el proletariado sus armas *materiales*, el proletariado encuentra en la filosofía sus armas *espirituales*, y tan pronto como el rayo del pensamiento muerda a fondo en este candoroso suelo popular, se llevará a cabo la emancipación...” (p.15)

Esto quiere decir que la emancipación no es de ninguna forma una tarea de los abogados, mucho menos de las instituciones burguesas, como los Derechos Humanos, ni se soluciona con la elaboración de propuestas de ley ante el congreso de la república y mucho menos con la formulación

de políticas públicas, etc., sino que es únicamente tarea de los explotados y marginados llevar a cabo la revolución parcial que contribuya con la revolución total política y social del modo de producción. Ya que, para Marx (1986): “La cabeza de esta emancipación es la filosofía, su corazón el proletariado. La filosofía no puede llegar a realizarse sin la abolición del proletariado, y el proletariado no puede llegar a abolirse sin la realización de la filosofía.” (p.15). Esta última cita de Marx, puede contrastar bastante con las concepciones mecanicistas que hasta ahora se tienen y se debaten en el marxismo, ya que la propuesta acá es la del pueblo filósofo, que se encargue de las tareas de dirección ideológica, es decir de la vanguardia de un partido comunista, para que el pueblo permeado de la teoría crítica pueda dar el salto largamente aplazado, sin embargo necesario e inevitable hacia una sociedad superior por medio de la *autoemancipación* revolucionaria.

4. Crítica a los Derechos Humanos.

No consideramos que los Derechos Humanos sean la institución que nos espera con la píldora que se erige como la gran panacea que vaya a aliviar todos los dolores que sufre el cuerpo y aligere las pesadillas sobre la conciencia de los explotados y excluidos de la modernidad capitalista. Son los Derechos Humanos solamente un pacto social en el que se considera al hombre como verdadero si este de forma exclusiva pertenece a la sociedad burguesa, entonces es considerado como un hombre burgués dentro de los derechos humanos que se sirve de los incluidos dentro de la sociedad civil burguesa bajo la categoría de ciudadano. Respecto a este tema de los derechos del hombre que se empezaban a gestar, Marx (1986) dice:

Pero en el hombre tal y como realmente era su fundamento, en el hombre egoísta. Este hombre, el miembro de la sociedad burguesa, es ahora la base, la premisa del Estado político. Y como tal es reconocido por él en los derechos humanos. (p. 36)

El hombre libre dentro de la sociedad burguesa, es egoísta, no habla Marx de un egoísmo en sentido moralista, sino en el egoísmo basado en la propiedad privada. Con base en la experiencia, podemos demostrar en la práctica que lo expuesto resulta ser evidente a nivel global, si tomamos en cuenta que estamos insertos dentro de la hegemonía capitalista a nivel latinoamericano y específicamente en Guatemala, ya que en la contemporaneidad las luchas reivindicativas por los Derechos Humanos se convierten en aliadas del capital y no buscan más que la integración de los históricamente excluidos dentro de la dinámica mercantil y enajenante del mismo. En el texto Sobre la cuestión judía Marx (1986) escribe: “La libertad del egoísta y el reconocimiento de esta libertad son más bien el reconocimiento del movimiento desenfrenado de los elementos espirituales y materiales, que forman su contenido de vida.” (p.37). Es decir, permanecen en el idealismo de integrarse y conquistar las «libertades» burguesas, en este sentido Marx 1986) continúa:

Por tanto el hombre no se vio liberado de la religión, sino que obtuvo la libertad religiosa. No se vio liberado de la propiedad. Obtuvo la libertad de la propiedad, No se vio liberado del egoísmo de la industria, sino que obtuvo la libertad industrial. (p.37)

He aquí la trampa de las instituciones que velan por los Derechos Humanos, ya que en la mayoría de los casos se enfocan en formar un ciudadano que acepte con acritud la vida de consumismo cada vez en constante hipertrofia de la modernidad capitalista, en integrar a este ciudadano, pese a sus diferencias étnicas, de género y religiosas dentro de la gran catedral global de la lógica del mercado, mas no en buscar la transformación con contenido de clase revolucionaria de este sistema decadente, empobrecedor, asesino y fascista por uno profundamente humanista, que se busca en todos los países del mundo, ya sea de forma parcial (revoluciones nacionales), para lograr el objetivo, de llegar a

transformar toda la sociedad y el modo de producción de forma total (el socialismo).

De tal forma, reflexionar sobre el derecho en América latina y sobre todo comenzar a reflexionar en Guatemala este tema desde una perspectiva marxista es importante, ya que como veníamos abordando el tema de la crítica al inicio, lo que se impone sobre el discurso crítico del proletariado y de las clases explotadas en nuestros países, que al parecer permanece muy ausente y replegado en las periferias con intentos muy tímidos de tomar una postura revolucionaria, lo que se impone gracias a este alejamiento de la academia crítica de estos temas es el discurso jurídico que se erige como una de las filas de defensa ideológica del capital en contra de las transformaciones parciales que reclaman las amplias mayorías de las clases explotadas.

Por cierto, no se niega que el derecho en su concepción general y los derechos humanos en particular puedan ser instrumento de mucha utilidad para reivindicar las conquistas y reclamar las necesidades que tienen los excluidos frente al sistema-mundo capitalista, ya que estos podrían ser un medio de conseguir apropiarse de pequeñas parcelas de poder para las clases marginadas. Sin embargo creer que el derecho, o que la lucha debe partir de él para la transformación radical de las condiciones de miseria en la que viven las grandes mayorías del planeta, es una mera ilusión en la que sí pueden caer demasiados románticos juristas ilustres, es decir que ver las cosas desde esa perspectiva sería no tener noción de los límites estructurales de las normas jurídicas y su correspondiente discurso. Como bien observa Marx & Engels (1966):

Además, en la mayor parte de los Estados históricos los derechos concedidos a los ciudadanos se gradúan con arreglo a su fortuna, y con ello se declara expresamente que el Estado es un organismo para proteger a la clase que posee contra la desposeída. (p. 321)

Para el caso de la teoría del derecho sucede lo mismo. Como se reflexionaba anteriormente, las reflexiones, en su gran mayoría giran en torno a las reglas mismas del sistema jurídico, por lo que aportar soluciones alternativas se vuelve prácticamente imposible en el marco del mismo, ya que al parecer se convierte en una camisa de fuerza que lo impide, y qué decir de soluciones revolucionarias, menos. Es por lo mismo que es imprescindible darle un giro epistémico para que lo jurídico se vea inmerso dentro de la concepción de totalidad.

Puesto que, incluso las perspectivas que privilegian los derechos humanos y sociales se dan de bruces contra lo infranqueable de las reglas del sistema, volcando muchos de esos intentos de elaboración epistémica nada más que buenos deseos, sin trascender a algo más. Es entonces una urgente necesidad recuperar la noción de totalidad y la concepción del marxismo revolucionario con todas sus consecuencias, para crear en las clases explotadas de los países latinoamericanos y específicamente en Guatemala un pensamiento que sirva para la acción transformadora, que cuestione la existencia misma del derecho y el Estado.

5. Estado de derecho y marxismo.

Para comenzar, el Estado puede plantearse, sin recurrir a los grandes teóricos del mismo a la concepción más simple que pueda existir y es la que asegura que esta es una comunidad social con una organización política común, un territorio y órganos de gobiernos propios que son soberanos e independientes políticamente de otras comunidades. Por tanto dentro de la lógica formal, que es burguesa, se puede decir que el Estado de Derecho es el que funda su poder y cuya actividad están regulados y garantizados por la ley. Y en el caso de Guatemala, la ley que garantiza y regula las actividades del Estado es la Constitución Política de la República de Guatemala.

Hasta el momento todo bien, pero entrando dentro de la discusión y la lógica dialéctica, según Lefevbre (2013) “El derecho desemboca en un

código, conjunto de formas jurídicas y de reglas de procedimiento. Es formalista, jurídicamente, el abogado que se limita a la aplicación de las reglas, sin ocuparse de los casos concretos, de las situaciones.” (p. 107). Acá hallamos el gran problema en el que desemboca la concepción burguesa del Estado de derecho, ya que existe una realidad que desborda las formas jurídicas y esta se encuentra en la economía y en las condiciones subjetivas de las clases explotadas, que requieren una atención superior y una perspicacia que rebasa a las del derecho.

Por tanto es importante, estudiar históricamente el fenómeno del surgimiento del Estado y esta herramienta solo es capaz de brindar el materialismo histórico, es decir el marxismo, en el libro *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, acerca del tema de la supremacía masculina de la forma burguesa de la familia en las clases oprimidas, Marx & Engels (1966) afirma que: “El derecho burgués, que protege esta supremacía, solo existe para las clases poseedoras y para regular las relaciones de estas clases con los proletarios”. (p. 229). Por tanto hablar del Estado de derecho, debe llevarnos a cuestionar, ¿qué clase dirige el Estado y los intereses de qué clase social son los que defienden las leyes que regulan la sociedad?

En relación a la consolidación del patriarcado en la época moderna Marx & Engels (1966) continúa:

Los sistemas legislativos de los países civilizados modernos van reconociendo más y más, en primer lugar, que el matrimonio, para tener validez, debe ser un contrato libremente consentido por ambas partes, y en segundo lugar, que durante el período de convivencia matrimonial ambas partes deben tener los mismos derechos y los mismos deberes. Si estas dos condiciones se aplicaran con un espíritu de consecuencia, las mujeres gozarían de todo lo que pudieran apetecer. (p.229)

Por tanto, esta discusión es viable, tanto para hablar del contrato matrimonial, pero también del contrato previo a ejercer la relación laboral entre obrero y patrono, ya que:

Esta argumentación típicamente jurídica es exactamente la misma de que se valen los republicanos radicales burgueses para disipar los celos de los proletarios. El contrato de trabajo se supone contrato consentido libremente por ambas partes. Pero se considera libremente consentido desde el momento en que la ley estatuye en el papel la igualdad de ambas partes. La fuerza que la diferente situación de clase da a una de las partes, la presión que esta fuerza ejerce sobre la otra parte, la situación económica real de ambas; todo esto no le importa a la ley. Y mientras dure el contrato de trabajo, se sigue suponiendo que las dos partes disfrutan de iguales derechos, en tanto que una u otra no renuncien a ellos expresamente. Y si su situación económica concreta obliga al obrero a renunciar hasta la última apariencia de igualdad de derechos, la ley de nuevo no tiene nada que ver con ello. (Marx & Engels, 1966, pp. 229-230)

Es entonces, necesario recalcar acá estas analogías hechas por los clásicos, ya que de esta forma es como se puede ejemplificar la situación de las clases explotadas respecto al marco jurídico que se revela ante ellas como infranqueable e inquebrantable con relación a lo establecido por el modo de producción que determina las relaciones sociales, ya que la ley se encuentra en un solipsismo, donde solo interesa la ley y no otros factores importantes, como por ejemplo la economía.

Con relación a esto, si el Estado encuentra algún tipo de disidencia contra las leyes que este impone a las clases oprimidas, lo que empieza a elaborarse es un tipo de violencia física directa contra quienes intenten atentar contra el formalismo de las mismas, es decir, que ya no le basta solamente ejercer esa violencia estructural del capital, sino que se vale de la fuerza represiva, puesto que:

... la lucha de clases y la rivalidad en las conquistas ha hecho crecer tanto la fuerza pública, que amenaza con devorar a la sociedad entera y aún al Estado mismo. Para sostener en pie esa fuerza pública, se necesitan contribuciones por parte de los ciudadanos del Estado: los impuestos... Dueños de la fuerza pública y de recaudar los impuestos, los funcionarios, como órganos de la sociedad aparecen ahora situados por encima de ésta...; vehículos de un poder que se ha hecho extraño a la sociedad, necesitan hacerse respetar por medio de las leyes de excepción, merced a las cuales gozan de una aureola de inviolabilidad particulares. (p. 320)

Entonces, necesario es volver a la categoría de lucha de clases para discutir cómo es que las formas jurídicas nacen junto al Estado mismo y se convierten en garantías de la clase dominante, lo que hace a los abogados, o funcionarios públicos simplemente peones dentro del tablero de ajedrez, soldaditos que defienden el “orden” de la sociedad burguesa. Con relación a la necesidad de los Estados modernos para hacer respetar sus leyes con los Estados de Excepción, encontramos varios ejemplos en la historia reciente de Guatemala, que crearon un modelo estatal basado en ello para solventar las crisis internas de la oligarquía y garantizar su hegemonía a lo largo de las décadas sucesivas hasta hoy, que en plena pandemia del Covid-19 la excepción se ha convertido en la regla, ya que el Estado decreta toques de queda, Estados de excepción a su antojo para robar descaradamente al pueblo de Guatemala y además amenaza con la disolución violenta, es decir con el uso de la fuerza pública a quien se rebele contra esos abusos de poder de los que ocupan los cargos públicos más importantes a nivel gubernamental. Según Marx & Engels (1966):

Como el Estado nació de la necesidad de refrenar los antagonismos de clase, y como, al mismo tiempo, nació en medio del conflicto de esas clases, es, por regla general, el Estado de la clase más poderosa, de la clase económicamente dominante, que, con ayuda de él, se convierte

también en la clase políticamente dominante, adquiriendo con ello nuevos medios para la represión y la explotación de la clase oprimida. (p.320)

Es por lo anterior que, la clase dominante, en el caso de Guatemala la oligarquía representada por el CACIF y el neo-Cacif, representado bajo el subterfugio de CNE (Consejo Nacional Empresarial) supuestamente antagónico a esos y conformado por una surrealista clase dominante honesta, es quien en la realidad decide quienes serán los funcionarios que crearán y ejecutarán las leyes convenientes a ellos para seguir manteniendo su dominio, por tanto también estos funcionarios que son la clase políticamente dominante pasan a ser la parte visible de esa clase económicamente dominante de la que habla Engels, contra la que también debe luchar la clase explotada, por tanto, el antagonismo de clase no se ve de ninguna forma resuelto con las leyes o el erigimiento de un Estado de derecho, ya que todo eso sirve simplemente para agudizar las condiciones de miseria en las que vive el campesinado, el proletariado y la todas las clases marginadas del país.

En los escritos sobre *La comuna de París*, Marx (2015) expresa:

En realidad, el Estado no es más que una máquina para la opresión de una clase por otra, lo mismo en la república democrática, que bajo la monarquía; y en el mejor de los casos, un mal que se transmite hereditariamente al proletariado triunfante en su lucha por la dominación de clase. (p.95)

Es decir, que en todas las revoluciones parciales y en las revoluciones integrales, el Estado ha estado presente, como una maquinaria que ejecuta una función importante y es la de la opresión de la clase vencedora en contra de la clase vencida en ese momento de la lucha de clases, que aún no se extingue, pero que en algunos casos permanece como un mal

hereditario hasta del proletariado victorioso en su lucha por la hegemonía de clase.

Dentro de la tradición socialista, tanto los que se reclaman anarquistas, como los marxistas, reconocen que la necesidad fundamental para el exterminio del antagonismo de clases y la abolición de las mismas, es la abolición del derecho y del Estado, esto implica entonces la emancipación del trabajo, es decir la extinción del trabajo asalariado y la división de clases. Sin embargo, contemporáneamente, se rehúye de esta consigna política, social y teórica, incluso hasta por demasiados intelectuales que se auto-reivindican adscritos al marxismo. Esta es una técnica que piensa al Estado como una frontera última de la sociedad humana imposible de superar para crear algo nuevo y superior, por lo que deja a las clases explotadas y a la vanguardia comunista del proletariado revolucionario a otro plano, alejado de sus elucubraciones teóricas, argumentando, posturas similares a las de la segunda internacional con Kautsky a la cabeza, que la única solución civilizada posible es entrar a la maquinaria del Estado por medio electoral para sustituir a la clase políticamente dominante de la burguesía para, desde sus entrañas, sus instituciones, como por ejemplo el congreso ganar ,la mayoría para cambiar al mundo, cosa que se asemeja al cuento *El cocodrilo* de Dostoievski, donde el hombre que fue tragado por el réptil y debido al delirio provocado por la fiebre empieza a elaborar discursos sobre lo bello que será cambiar el mundo desde la comodidad del vientre de ese animal.

6. APORTES AL DEBATE POSTERIOR

De forma resumida, se puede decir que el sujeto político capaz de ejecutar la revolución transformadora y humanista guatemalteca, para los que piensan dentro del formalismo jurídico burgués, ya no es la clase obrera, el campesinado y demás clases explotadas y excluidas sino que ésta es sustituida por el Estado y por los funcionarios que intenten transformar el mundo desde una curul. Así nos encontramos frente al

reformismo y el revisionismo, que es imperioso desvelar y criticar para poder avanzar hacia una verdadera transformación parcial en nuestro país que logre revelar todo lo que hay que cambiar, sin pensar que el derecho o la ley será la garante de las clases empobrecidas y explotadas, ya que debemos recordar que “La dominación de clase ya no se puede disfrazar bajo el uniforme nacional; todos los gobiernos nacionales son uno solo contra el proletariado” (Marx, et al., 2015, p. 68). Por tanto, el derecho positivo de una nación determinada nada puede en contra de una revolucionaria clase oprimida y explotada solidaria a nivel nacional e internacional compacta y unitaria en sus intereses de clase.

A razón de la cita del novelista Francés Émile Zola, en su magnífica obra titulada *Germinal* citado al inicio de este ensayo, podemos decir que esta crítica ácida hacia los profesionales del derecho, no es malintencionada, es simplemente un alegato moral en favor de los explotados y oprimidos hacia quienes ejercen la abogacía, ya que el contexto de esa cita es la Francia de 1866, donde se narran las vivencias de las personas que trabajaban en las minas de carbón y que al parecer en la época contemporánea, sigue sin cambiar, la mayoría de los juristas hace de su profesión una manera de enriquecerse a costa de las penas de los explotados y son éstos últimos quienes deben velar y luchar por resolver sus asuntos, como el ejemplo guatemalteco que aún tiene presos políticos por defender sus formas de vida y los bienes naturales de sus comunidades, donde aún existen quienes defienden y tratan como “héroes de la patria” a ex militares acusados y sentenciados por cometer delitos de lesa humanidad, como la detención, secuestro y ejecución extrajudicial de las mejores hijas e hijos de la patria que lucharon por una nueva y superior sociedad, pero esta lucha tarde o temprano se verá reflejada en la transformación radical de la sociedad, acompañados, por supuesto, de los juristas poseedores de conciencia de clase con la valentía suficiente para acompañar el largo, austero, pero satisfactorio camino de la lucha de clases.

REFERENCIAS

Echeverría, B. (2017). *El discurso crítico de Marx*. Fondo de Cultura Económica.

Lefebvre, H. (2013). *Lógica formal, lógica dialéctica*. Siglo XXI Editores.

Marx, K. (1978). *Introducción general a la crítica de la economía política (1857)*. Ediciones pasado y presente.

__ (2010). *Manuscritos de economía y filosofía*. Alianza Editorial.

Marx, K, et al. (2015). *La comuna de París*. Ediciones Akal.

Marx, C. & Engels, F. (1986). *La sagrada familia y otros escritos filosóficos de la primera época*. Editorial Grijalbo.

__ (1966). *Obras escogidas en dos tomos*. Editorial Progreso.

Zola, É. (2015). *Germinal*. Alianza Editorial.



RESEÑA DEL LIBRO LA PRUEBA, ARTICULOS Y CONFERENCIAS

Se presenta y recomienda a los lectores de la revista de la Comunidad Jurídica de Occidente, la lectura del libro que contiene artículos y conferencias sobre la prueba, de Michele Taruffo, Doctor en Derecho por la Universidad de Pavia, donde fue docente e investigador desde 1976. Miembro de la International Association of Precedural Law. El Doctor Michele Taruffo es considerado el más célebre procesalista de nuestros días.

El autor aborda algunos comentarios sobre la valoración de la prueba, algunas consideraciones sobre la relación entre la prueba y verdad, los enunciados facticos, su construcción, el contexto procesal, la prueba, prueba y verdad. La investigación judicial y producción de prueba por las partes, los factores que influyen las aproximaciones al problema, las garantías procesales de las partes, la búsqueda de la verdad y el rol activo del tribunal, un modelo para una producción probatoria equilibrada.

Analiza el conocimiento científico y estándares de prueba judicial, ciencia y proceso, aspectos generales. La valoración de las pruebas científicas, la probabilidad prevalente, la racionalidad de la probabilidad prevalente. La prueba más allá de cualquier duda razonable. Los estándares de prueba y conocimiento científico.

Las narrativas judiciales, credulidad e incredulidad, narrativas, construyendo narraciones, las partes y el todo, buenas narraciones versus narraciones verdaderas.

El autor desarrolla la racionalidad y crisis de la ley procesal, las funciones de las Cortes Supremas, el modelo angloamericano, el modelo angloamericano, el modelo alemán, el modelo franco-italiano, conclusiones. El proceso civil de “Civil Law”, aspectos fundamentales, la crisis de los modelos tradicionales, la evolución de los modelos: los ordenamientos de “common law”, los ordenamientos de “civil law”, tendencias de superación de la distinción, hacia nuevos modelos.

Finalmente el Doctor Taruffo analiza los poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, la tipología de los poderes de instrucción del juez, implicancias ideológicas y consideraciones finales.

Por razones de espacio, se incluyen los temas de mayor interés y relevancia en la correcta aplicación del derecho y la decisión judicial, se invita a todas y todos a su lectura, pues el profesor Taruffo aborda la prueba desde una perspectiva filosófica, que se aparta de lo que tradicionalmente conocemos en otros textos.



**COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE**

REVISTA DE LA COMUNIDAD
JURÍDICA DE OCCIDENTE

Edición Digital
Año 4 Sementre 1
Edición: Enero - Junio 2021
Quetzaltenango, 2021

AÑO 4 | SEMESTRE 1
EDICIÓN ENERO - JUNIO 2021

REVISTA

DE LA COMUNIDAD JURÍDICA DE OCCIDENTE



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE