

**DERECHO PROCESAL
PENAL
GUATEMALTECO**

Etapas preparatoria e intermedia

Josué Felipe Baquix

**DERECHO PROCESAL PENAL
GUATEMALTECO**
Etapas preparatoria e intermedia

Josué Felipe Baquix

Quetzaltenango, Guatemala, octubre de 2012

Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Etapas preparatoria e intermedia

© Dr. Josué Felipe Baquix

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Josué Felipe Baquix

Dra. María Eugenia Villaseñor Velarde

Dra. Karol Desire Vásquez

M.A. Mirna Lubeth Valenzuela Rivera

Dr. Carlos Abraham Calderón Paz

Dr. José Gustavo Girón Palles

MSc. Germán Federico López Velásquez

ISBN: 978-9929-587-98-4

Impresión y diseño:



SERVIPRENSA

Diagramación: Evelyn Ralda

Portada: Angela Morales

Revisión textos: Jaime Bran

Este libro fue impreso en noviembre de 2012.

La edición consta de 1,000 ejemplares en papel bond blanco 80 gramos.

3a. avenida 14-62, zona 1

PBX: (502) 2245-8888

E-mail: gerenciaventas@serviprensa.com

DEDICATORIA

A mi esposa e hijos, por su cariño, apoyo y respaldo en todo momento.

A mis alumnos y alumnas de pre y postgrado, fuente de inspiración en mi formación académica y profesional.

Índice

Prólogo	11
Introducción	13
UNIDAD I	
Derecho procesal penal	15
1.1. Concepto, objeto, características y fines	15
1.2. Sistema de Fuentes	21
1.3. Aplicación de las Normas Procesal-Penales	22
1.4. Sistemas Procesales	26
1.5. Los actos procesales	28
1.6. La Verdad y la Prueba en el Proceso Penal	31
UNIDAD II Principios Constitucionales que informan el proceso penal guatemalteco	47
2.1. La tutela judicial efectiva	47
2.2. El debido proceso penal	49
2.3. La garantía jurisdiccional penal	57
2.4. Garantías constitucionales penales	61
2.5. Efectos de las violaciones constitucionales y subsanciación	62

UNIDAD III

Principios del proceso penal Guatemalteco
.....65

3.1. Principios del sistema acusatorio
.....65

3.2. Principios del procedimiento
.....71

3.3. Derecho premial en la ley contra la delincuencia organizada
.....81 **UNIDAD IV**

Jurisdicción y competencia
.....83

4.1. Competencia general de los tribunales penales
.....83

4.2. Competencia en procesos de mayor riesgo
.....86

4.3. Excusas y recusaciones
.....88

4.4. Conexión
.....92

4.5. Cuestiones de competencia
.....93

UNIDAD V Acción penal y civil derivada del delito95

5.1. La acción penal
.....95

5.2. La persecución penal
.....101

5.3. Salidas alternativas al proceso penal
.....116

5.4. Acción civil derivada del delito117

UNIDAD VI

Procedimiento simplificado
.....119

6.1.	Concepto	y	características
.....			119
6.2.	Presupuesto de la fl		
agrancia		120

UNIDAD VII SUJETOS DEL PROCESO PENAL
.....123

7.1.	Alcance	del	concepto
.....			123
7.2.	Ministerio		público
.....			124
7.3.	Querellante		adhesivo
.....			127
7.4.	Querellante		exclusivo
.....			130
7.5.	El	imputado	o acusado
.....			130
7.6.	Tercero	civilmente	demandado
.....			134
7.7.	Defensa técnica privada		
.....			135

UNIDAD VIII ETAPA PREPARATORIA
.....137

8.1.	Concepto	y	características
.....			137
8.2.	La	<i>notitia</i>	<i>criminis</i>
.....			137
8.3.	La		denuncia
.....			139
8.4.	Prevención		policial
.....			146
8.5.	La		querella
.....			148
8.6.	Audiencia	de	sindicación
.....			151
8.7.	Los	actos	de investigación
.....			153

8.8. Facultades del Ministerio Público	en materia de investigación	154
8.9. Intervención judicial en la obtención, diligenciamiento y práctica de la prueba en las etapas previas al debate		158
8.10. Facultades probatorias del juez penal		161
8.11. Breve referencia a la jurisprudencia guatemalteca en materia de actos de investigación en la etapa preparatoria		168
8.12. Conclusión de la etapa preparatoria		170

UNIDAD IX Medidas de coerción o cautelares en el proceso penal

		173
9.1. Concepto y características		173
9.2. Falta de mérito		175
9.3. Prisión preventiva		175
9.4. Medidas sustitutivas		177
9.5. Embargo preventivo		181
9.6. Entrega de cosas y secuestro		183
9.7. Medidas de coerción específicas conforme a la delincuencia organizada		183

UNIDAD X

El procedimiento intermedio		185
10.1. Concepto y características		185

10.2.	Audiencia	de	acusación	
.....				189
10.3.	Ofrecimiento de la prueba. Recusaciones y excusas. Prueba anticipada.			
	Remisión de actuaciones y citación a juicio		191
Referencias			documentales	
.....				199

PRÓLOGO

Constituye un motivo especial de satisfacción para la academia guatemalteca y latinoamericana que el Profesor y Doctor en Derecho Josué Felipe Baquix, haya plasmado su pensamiento doctrinario, jurisprudencial y, sobre todo, el elemento pragmático, que a diario substancia en los Tribunales penales de Quetzaltenango, en esta obra magnífica y de recomendación permanente para cualquier estudioso de la materia procesal penal. Ningún objetivo común animaría, por tanto, a procesalistas, como el autor de la presente obra, a la búsqueda del convencimiento de que el único lugar que puede encontrar la denominada “*verdad*” procesal exige ser corroborada por su proyección de *garantía procesal*. El *garantismo procesal, de justificación constitucional*, supone la puesta en práctica de las *garantías* que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional.

Así que, cuando el autor destaca la tutela judicial efectiva en el presente libro, hace sustanciar el concepto de *Justicia, en búsqueda en cuanto a la plenitud de garantías procesales* y no simplemente una justicia carente de un debido proceso y de garantías constitucionales. Por lo anterior, el Dr. Baquix, se sitúa en la *función jurisdiccional*, entendiéndose no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías procesales en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia en modo tal que, cuando el Derecho procesal hace posible el ejercicio de la función jurisdiccional, lo hace a través del *poder de juzgar* y hacer *ejecutar lo juzgado* mediante la “potestad” de administrar justicia, primando el sistema de garantías procesales, lo cual no debe hacerse de otra manera.

Una de las características más destacadas de la presente obra es lo relacionado al enfoque que brinda en cuanto a la búsqueda de la verdad, como parámetro en el ejercicio jurisprudencial que a diario le toca vivir y juzgar al Dr. Baquix. De igual forma, se establece el respeto escrupuloso por parte de su autor hacia los principios procesales y constitucionales del proceso, por lo que, se puede observar con plena facilidad el

tratamiento y actualización procedimental introducida en esta magnífica obra, ya que se desempeña desde el aspecto *magno*, hasta cada uno de los Acuerdos y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad, que para mí, es primera y única en dicha labor recopilatoria, dentro de una obra de procedimiento penal guatemalteco.

Lo interesante que se puede escudriñar con la lectura del presente trabajo es lo relacionado a la motivación judicial que hace hincapié y que le apasiona al autor del mismo, ya que establece, entre otras circunstancias, que el deber de motivar las sentencias tiene como razón fundamental posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, viabilizando el control de la decisión, la publicidad del documento sentencial, la igualdad de las partes y el uso de los recursos judiciales. El recorrido de la presente obra se fundamenta, desde el acontecimiento reformador de un sistema inquisitivo a uno de tendencia acusatoria, acentuando los aspectos de la competencia material, personal, funcional y territorial. De igual manera, hace un análisis jurídico sobre todos y cada uno de los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal. Dentro de las etapas de procedimiento, se concentra dentro de una visión parcial, derivado que, por la calidad en que desarrolla la obra, ha preferido brindarnos un conocimiento extenso y de primera línea sobre las dos primeras etapas del proceso, dejándonos impacientes para cuando logre publicar la siguiente parte de esta obra meritoria, donde refl eja el extenso conocimiento y experiencia sobre el juicio oral, las impugnaciones y la etapa de ejecución. Dicha espera es valiosa, puesto que, será ventajosa también, la continuación de la obra.

Estoy seguro que el lector no quedará, ni muchísimo menos, defraudado con el estudio que nos presenta el Dr. Baquiáx, que constituye una aportación, sin duda, una de las serias obras de proceso penal, que hasta el día de hoy se han editado en Guatemala. Sólo me queda felicitar al autor por el encomiable esfuerzo que ha realizado con la finalidad de que la justicia sea más justa y se consiga, sin necesidad de convertirse, porque nadie se lo exige y menos la razón, en aquel *poder mortifero* que en su día expuso *Calamandrei*.

Ciudad de Guatemala, octubre de 2012.

Prof. Dr. Rony Eulalio López
Contreras. Magistrado de Corte
de Apelaciones.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Penal como disciplina autónoma del Derecho ha tenido en los últimos años una especial evolución derivada de cuatro factores fundamentales:

a) El proceso de reforma judicial latinoamericano, impulsado por los Estados en la comunidad regional iberoamericana, tendente a la modernización del sistema de administración de justicia, en un contexto global de reforma del Estado; b) La modificación en el sistema procesal penal, transitando desde 1992 de un modelo inquisitivo a uno de corte acusatorio, lo que se evidenció con la responsabilidad de la acusación e investigación al Ministerio Público, y la limitación de las facultades probatorias de los órganos jurisdiccionales; c) Los cambios legislativos. El Código Procesal Penal, publicado a través del Decreto 51-92 del Congreso de la República, ha contado a la fecha con importantes reformas que han ido acomodando la estructura del procedimiento al sistema acusatorio y al modelo de gestión penal por audiencias (oralización de todas las etapas del procedimiento, inclusive la ejecución penal), se trata de los Decretos 45-93, 32-96, 41-96, 103-96, 114-96, 79-97, 129-97, 56-2000, 57-2000, 30-2001, 51-2002, 37-2008, 17-2009, y los últimos del 18-2010 y 7-2011. De su parte la Corte de Constitucionalidad, tuvo la oportunidad de depurar algunas normas procesales en los Expedientes 296-94, 929-96, 105-99, 1555-2001, 890-2001 y 939-2008, a los que nos remitimos para su consulta y estudio. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en particular, la Cámara Penal, ha ido complementando a través de circulares y acuerdos, los distintos procesos de reforma legislativa, en el marco de sus competencias; d) Los cambios en la política criminal del Estado. La existencia de un Acuerdo Nacional por la Seguridad y la Justicia, la formulación de un Plan Estratégico para el Organismo Judicial, los acuerdos de la comunidad internacional en materia de lucha contra el crimen organizado, temas como el femicidio, la extinción de dominio, los procesos de mayor riesgo, la extradición activa y pasiva, hasta los mecanismos de cooperación judicial más tradicionales, en materia probatoria, evidencia lo recurrente del tema del ejercicio y dimensiones del *ius puniendi* del Estado y su vinculación con la política criminal.

El presente trabajo trata de cubrir un espacio editorial a nivel de la educación superior jurídica de pregrado y posgrado nacional. Las reformas siempre implican

cambios en los textos de referencia, debiendo actualizar contenidos. Se ha hecho el esfuerzo de incluir jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad, que aunque tenga un valor limitado en el sistema de fuentes nacional, sí tiene un gran interés pedagógico y práctico-forense. También se ha incorporado doctrina internacional para ilustración de los diversos temas.

Se espera mejorar y actualizar las sucesivas ediciones, con sugerencias y recomendaciones de los lectores, así como la necesaria actualización legislativa y jurisprudencial que el proceso penal impone.

*Quetzaltenango, octubre de
2012 El autor*

UNIDAD I

DERECHO

PROCESAL PENAL

1.1. CONCEPTO, OBJETO, CARACTERÍSTICAS Y FINES

El ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado se concretiza a través de la regulación y sanción de las conductas humanas penalmente relevantes, a través del Derecho Penal, que se materializan por la vía del proceso penal¹. El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal son mecanismos de control social del Estado, a través de la norma, la sanción y el proceso², y que interdependen en todo grado. De esta forma la política criminal del Estado irá dando lugar a la conformación tipológica de las normas jurídico-penales (sustantivas y procesales) y, es por ello, que actualmente puede hablarse de un Derecho penal garantista o de un Derecho Penal premial en el caso de la delincuencia organizada.

El estudio histórico comparativo del proceso penal determina la correlatividad entre el modelo de Estado (autoritario, democrático) y el sistema procesal penal de referencia, de esta forma, se ha ido transitando desde procesos inquisitivos hacia acusatorios o mixtos, poniendo el énfasis en la función acusatoria del agraviado, pero nunca olvidando el deber estatal de perseguir el delito a través del órgano respectivo y mediante la separación de poderes (función jurisdiccional). En este sentido, y en el ámbito latinoamericano debe destacarse el esfuerzo de JULIO B.J. MAIER, quien en su obra *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, acomete dicha tarea³. El autor argentino vincula el Derecho Procesal Penal con su inserción en la Historia Política. Claro está, que nos referimos a la Historia Política de la Civilización Occidental. Desde este punto de vista el Derecho se concibe como fenómeno cultural, producto de las

¹ VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I. *Conceptos Generales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995, p. 33.

² MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 27.

³ Obra que servirá de hilo conductor en la exposición y comentarios.

dinámicas de la convivencia humana⁴. El Derecho Procesal Penal no es sino una parte de la Política Criminal General del Estado, por lo tanto, cualquier conclusión parcial, no debe desprenderse de un análisis más general, de otras instituciones como las que puedan realizarse en torno al Poder Punitivo del Estado⁵. Recuérdese que el ejercicio del *ius puniendi* no puede separar en la práctica lo sustantivo de lo adjetivo, de hecho, las relaciones y la historia entre ambos derechos son marcadamente próximas, sobre todo en las primeras etapas de su evolución. En cualquier caso, la Política Criminal va a determinar los grandes rasgos en cada momento histórico del proceso penal, y el rol que el juez o tribunal va a jugar en el “tablero” de la justicia penal. Sin embargo, y siguiendo a MAIER, puede mencionarse que existe en la historia una “*tensión entre el interés de conservar la estructura política vigente y el interés por transformarla*”⁶. Y tal vez sea el diseño del proceso penal, la estructura de represión del delito y de la criminalidad, uno de los puntos medulares de la dialéctica política de todo Estado, en cualquier civilización. Este sea quizá uno de esos dilemas civilizatorios clave para entender la evolución histórico-política de todo grupo social, que a la larga ha sido definido como un choque en la concepción del poder: de un lado se enfrenta el individuo y del otro el poder.

MAIER considera que el Derecho Procesal Penal es la “*rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplina los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medidas de seguridad*”⁷.

En este punto el Derecho Procesal Penal sanciona el conjunto de normas procesales en varios ámbitos esenciales para la estructura del proceso penal: a) La coerción sobre la persona del imputado y sus bienes; b) Las facultades investigativas y su alcance en relación al proceso; c) La acusación y la

⁴ MAIER, Julio B.J. “*Derecho Procesal Penal. Fundamentos*”, 2a ed., 3a. Reimp., Editores del Puerto, 2004, p. 254.

⁵ Tampoco es posible focalizarse únicamente en el órgano jurisdiccional en un análisis histórico, aunque se tratará, porque inclusive en el inquisitivo, la acusación tiene sus actores: el ofendido o un funcionario público con competencias en el seno del procedimiento. La relación entre estos dos actores es un elemento esencial para comprender no sólo las diferencias entre sistemas, sino también las formas de evolución histórica de los mismos.

⁶ *Ibid.*, p. 260.

⁷ *Ibid.*, pp. 75 y 80, aunque habría que diferenciar el Derecho de la Organización Judicial con el Derecho Procesal Penal propiamente dicho o en sentido estricto.

sentencia; d) El debate como metodología de búsqueda de la verdad procesal. La constatación de la comisión de una infracción a la norma penal y la determinación individualizada de la sanción son el objeto del proceso penal, y a su estudio se dedica el Derecho Procesal Penal⁸.

A pesar de la dependencia hacia el Derecho Penal (teoría del delito), autores como CLARÍA OLMEDO a su turno sostuvo que “*la forma en que el Derecho Procesal Penal tiene que llevar a cabo esa tarea investigadora y decisoria (...) no viene prejuzgada por el Derecho Penal*”⁹. El objeto de estudio del Derecho Procesal Penal es el proceso, siendo la materia principal sobre la cual versa el proceso la hipótesis de una infracción penal¹⁰. El mismo autor define el Derecho Procesal Penal en el siguiente concepto¹¹:

“Es la ciencia que estudia, sistemáticamente, el conjunto de principios y normas referidos a la actividad judicial que se cumple a través del proceso, dirigida fundamentalmente a la efectiva realización jurisdiccional del orden jurídico penal (...) organizando la magistratura penal con especificación de las respectivas funciones y estableciendo los presupuestos, modos y formas del trámite procesal.”

El Derecho Procesal Penal es de naturaleza pública, son normas de orden público, ya que existe un interés público en la persecución penal, aun cuando se recurra a medidas de desjudicialización que en cierta forma compete impulsar a los sujetos procesales, siempre el Estado actuará como garante de lo acordado y quedará subsidiariamente la posibilidad del retorno al *ius puniendi* estatal. Desde esa perspectiva, el tratadista argentino BINDER se refiere a un “*diseño constitucional del proceso penal*”¹², puesto que las normas constitucionales recogen principios y garantías fundamentales procesales, establecen la aplicación de la división de poderes al procedimiento, lo que genera una distribución de funciones y competencias, en especial, la independencia de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, y determinan la separación entre acusación y enjuiciamiento, inclusive en algunos países, la oralidad del procedimiento penal.

⁸ Ibid., p. 28.

⁹ Ibid., p. 29.

¹⁰ CLARÍA OLMEDO. Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, p. 34.

¹¹ Ibid., p. 37.

¹² BINDER, Alberto, M., “*Introducción al derecho procesal penal*”, Ad-Hoc, 2ª edición, 5ª Reimp. Buenos Aires, 2008, pp. 65 y ss.

BAUMANN, considera el Derecho Procesal Penal¹³, como “*el conjunto de las normas destinadas a regular el procedimiento para la determinación y realización de la pretensión penal estatal*”.

Distintos autores han emitido un concepto propio de Derecho Procesal Penal¹⁴:

Florian presenta el derecho procesal penal como “*el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso*”, y considera que éste, a su vez, es “*el conjunto de actos mediante los cuales se provee, por órganos fijados y preestablecidos en la ley, y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la ley penal en los casos singulares concretos, o sea, se provee a la definición de una concreta relación de derecho penal*”. Fontecilla sostiene que “*el derecho procesal es la realización del derecho penal*”, puesto que “*el procedimiento se refiere a las normas para aplicar el derecho penal, para averiguar los hechos punibles y aplicar las penas*”. Garraud contempla “*el procedimiento como el derecho punitivo en estado dinámico a diferencia del derecho penal, que significa la posición estática*”. Jofré define el procedimiento penal como “*una serie de actos solemnes, mediante los cuales el juez natural, observando formas establecidas por la ley, conoce del delito y de sus autores, a fin de que la pena se aplique a los culpables*”. Manzini dice que “*el conjunto de actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el derecho procesal penal para obtener del órgano jurisdiccional (juez) la confirmación de la pretensión punitiva deducida por el órgano ejecutivo (Ministerio Público) y, eventualmente, para realizarla en forma coactiva, constituye la actividad judicial compleja y progresiva que se llama proceso penal*” (...) Para Sabatini el derecho procesal penal puede ser definido como “*el conjunto de las normas jurídicas que disciplinan y regulan el proceso penal*”. Según Vannini, *el derecho procesal penal es aquella rama del derecho público que fija los presupuestos y disciplina la actividad preparatoria y la actividad esencial de la función jurisdiccional penal*. Para Oderigo, en sentido estricto, “*se denomina derecho procesal penal al conjunto de normas jurídicas reguladoras del proceso penal*”, y en forma más amplia se considera que “*comprende también las normas referentes a la creación y regulación de los órganos estatales que intervienen en el proceso penal*”.

Para MAIER “*es la rama del orden jurídico interno de un Estado cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él*”¹⁵.

¹³ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*.

Introducción sobre la base de casos. Depalma Editores, Buenos Aires, 1986, p. 2.

¹⁴ LEVENE, Ricardo (h), *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª ed., Depalma Editores, Buenos Aires, 1993, pp. 8 y 9, todos citados.

¹⁵ J. MAIER. Julio B. *Derecho Procesal Penal*. Editorial del Puerto s.r.l. Buenos Aires, Argentina, 2004. P. 75.

COMPAREID y SANTAGATI¹⁶ consideran que es “*el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado, disciplinando los actos constitutivos del procedimiento necesarios para decidir si debe imponerse una pena o medida de seguridad por parte de los órganos públicos que cumplen la función judicial penal*”. El objeto del Derecho Procesal Penal es el proceso penal, es decir, la actividad realizada por los órganos públicos que con la “*eventual participación de los particulares, permite ejercer y en su caso realizar la pretensión estatal a través de un método de desenvolvimiento secuencial que ha sido denominado proceso*”¹⁷. El método de estudio del Derecho Procesal Penal consiste en analizar los principios generales del proceso penal, los diversos elementos subjetivos y objetivos que estructuran el proceso, y los actos procesales, y el procedimiento, en sí mismo¹⁸.

En este punto es preciso mencionar las características del Derecho Procesal Penal, para lo cual VÁSQUEZ ROSSI menciona¹⁸:

- a) Es un conjunto de normas, es decir: disposiciones legales promulgadas por los órganos pertinentes, válidas y vigentes.*
- b) Tales disposiciones legislan sobre el poder jurisdiccional del Estado y regulan el proceso como fenómeno jurídico específico destinado a la realización del Derecho sustantivo.*
- c) En el precedentemente señalado sentido, el Derecho Procesal Penal se dirige desde la noticia sobre un hecho presuntamente criminoso, a través de actos previamente fijados, hasta la declaración de certeza en torno a la cuestión planteada, y a las consecuentes ejecuciones.*
- d) En el camino hacia esa declaración de certeza, se procuran armonizar los derechos y garantías del imputado, con el interés público por la averiguación y castigo de conductas criminosas, dentro de ese amplio terreno en que se desenvuelve la función del Estado para lograr la represión y prevención de la criminalidad”.*

El siguiente gráfico muestra sintéticamente, las características del Derecho Procesal Penal:

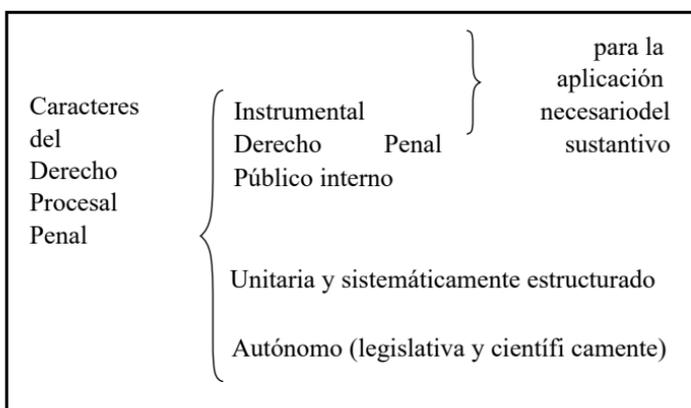
¹⁶ COMPAREID, Carlos Román, SANTAGATI, Claudio Jesús, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas, Eduardo Lecca, Editor, Buenos Aires, Argentina, 2010, p.30.

¹⁷ *Ibid.*, p. 31. 18

Loc.

cit.

¹⁸ *Ibid.*, p. 38.



Fuente: VÁSQUEZ ROSSI, J.E., Op. cit., p. 38.

COMPAREID y SANTAGATI deducen como características del Derecho Procesal Penal¹⁹ la instrumentalidad respecto al Derecho Penal Sustantivo, circunstancia que se pone de manifiesto en diferentes institutos procesales, tales como la imputación, el auto de procesamiento, la acusación, la calificación jurídica de los hechos en la sentencia, o la impugnación por motivos de fondo sustantivos. Es autónomo, puesto que regula las relaciones entre los sujetos procesales, los requisitos y efectos de los actos procesales con independencia de las normas penales, si es cierto, existe estrecha relación entre ambos. Es de naturaleza pública, al determinar la forma de ejercicio de la actividad pública, tanto de los órganos jurisdiccionales como de la fiscalía o la policía en el marco de la averiguación del delito y la determinación y ejecución de las penas y medidas de seguridad, por lo que sus normas son de orden público, imperativas, nunca dispositivas, ya que inclusive los supuestos de conciliación para la aplicación de un criterio de oportunidad o el desistimiento en la querrela en los delitos de acción privada, deben ser autorizados por los órganos judiciales.

En relación al objeto del proceso, GÓMEZ COLOMER sostiene la relevancia teórico-práctica de su determinación en relación a varias instituciones procesales penales, tales como la extensión y límite territorial de la jurisdicción, la propia competencia penal genérica (delitos o faltas), la competencia penal específica (delitos graves, menos graves, faltas, agravantes, cuestiones prejudiciales, conexidad), la competencia territorial y funcional

¹⁹ COMPAREID, C.R., SANTAGATI, C.J, Op. cit., p. 33.

(juzgados de turno, juzgados especializados)²⁰, pero especialmente la calificación provisional y final del hecho criminal (principio de congruencia). Son elementos fundamentales del objeto del proceso penal, desde un punto de vista objetivo, el hecho criminal imputado, y desde un punto de vista subjetivo, la persona acusada²².

Del artículo 5 del Código Procesal Penal puede inferirse que el objeto del proceso penal es el hecho señalado como delito o falta y las circunstancias en que pudo haberse cometido, desde un punto de vista objetivo, y la participación del sindicado, desde el subjetivo. El Derecho Procesal Penal guatemalteco inserta el objeto en los fines mismos del proceso penal.

Desde otra perspectiva, el objeto del proceso penal también puede reconducirse a la acción penal y a los actos procesales que lo conforman, cualquiera que sean los sujetos procesales que los produzcan, por lo que desde una perspectiva procesalista, las normas se tornan más jurisdiccionales (Derecho Jurisdiccional) o encaminadas a reglamentar la conducta de los sujetos procesales en las diferentes etapas y audiencias que conforman el procedimiento. En ese sentido, el artículo 332 Bis del Código Procesal Penal deviene sustancial para la fijación del objeto del proceso, puesto que individualiza al imputado, y se relaciona el hecho punible. La determinación de la persona acusada obliga a la aplicación de las garantías procesales como verdaderos límites del *ius puniendi* estatal.

Finalmente, MAIER informa que el Derecho Procesal Penal cuenta con una función material que alcanza a la realización del Derecho Penal Material, la protección personal, la recomposición de la paz y seguridad jurídica²¹.

1.2. SISTEMA DE FUENTES

Como cualquier otra rama del Derecho, la prevalencia constitucional es incuestionable, salvo lo dispuesto en el artículo 46 del texto magno en materia de aplicación prioritaria de la normativa internacional en materia de derechos humanos. En ese sentido, tanto la Corte Suprema de Justicia como la de

²⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El Objeto del proceso”, en MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho*

Jurisdiccional, Tomo III, Proceso Penal, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 98 y ss. 22 *Ibid.*, p. 103.

²¹ MAIER, J.B.J., *Op. cit.*, pp. 84 y ss.

Constitucionalidad han mantenido reiteradamente la necesidad de una interpretación *pro homine*, no restrictiva o formalista de las normas adjetivas del procedimiento penal.

En ese orden de ideas, tanto la Constitución como los tratados que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforman un cuerpo normativo sustancial en materia de garantías procesales. Además, es relevante también desde una perspectiva internacional, la normativa en materia de cooperación judicial penal en ámbitos como la recepción de pruebas o el instituto de la extradición.

En relación con la jurisprudencia emanada por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, es de cita frecuente por los altos órganos jurisdiccionales penales guatemaltecos, siendo sus ámbitos principales: debido proceso en materia penal: detención, plazos, competencia del tribunal, recursos, derecho de defensa técnica (arts. 7 y 8, 25 del Pacto de San José)²², tortura, desapariciones forzadas²³, como señala GARCÍA RAMÍREZ para denotar el efecto “expansivo” de la labor jurisprudencial interamericana. Cabe mencionar que la costumbre en materia procesal no se considera como fuente del Derecho, aunque existe alguna jurisprudencia que avala la presentación en juzgados menores de escritos procesales a efectos de cumplimiento de los plazos procesales, basado en una interpretación *pro actione* de las facultades de los sujetos procesales²⁴.

Por último, debe mencionarse la facultad “*reglamentadora*” que la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, viene desempeñando en orden a la

²² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 117, párrafos 21 y ss., disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/art/art2.htm> (Consulta 13/09/2012). Véase también para un estudio sintético del tema, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006.

²³ URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael, “*Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes: fondo y reparaciones*”, versión preliminar.

²⁴ Corte de Constitucionalidad, Expediente 4216-2009, sentencia de 24 de marzo de 2010, apelación de amparo.

implementación del modelo de gestión penal por audiencias (oralización²⁵), y la puesta en vigencia de las reformas procesales de 2010 y 2011, en torno a la competencia de los tribunales, coordinación entre los distintos sujetos procesales, vinculante para el correcto funcionamiento del proceso penal.

1.3. APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESAL-PENALES

A) Respecto a los ámbitos de aplicación de las normas procesal-penales, desde una perspectiva espacial rigen el principio de territorialidad. En este sentido, el artículo 53 del Código Procesal Penal señala que son competentes para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, los jueces de primera instancia y tribunales de sentencia conforme a la distribución que haga la Corte Suprema de Justicia. Si el delito fuere cometido sólo en parte en el extranjero, será competente el tribunal del lugar donde se hubieren realizado los actos delictivos dentro del territorio nacional, según las reglas comunes. El problema se plantea desde la perspectiva del instituto jurídico de la extradición activa requerida por Guatemala a otro país, y pasiva, en sentido contrario. Los artículos 4o. y 5o. del Código Penal recogen los principios de territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal guatemalteca. El artículo 4o. hace referencia a los tratados internacionales, para mencionar que este Código se aplicará a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción. Para el ámbito latinoamericano, debe considerarse el Código de Derecho Internacional Privado (artículos 296 a 313), cuya normativa puede sintetizarse en la siguiente forma²⁶: Las leyes penales obligan a todos los que residen en el territorio.

Quedan exentos de aplicación, los siguientes supuestos: - Los Jefes de otros Estados, que se encuentren en su territorio, los Representantes Diplomáticos y sus familias que vivan en su compañía, sus empleados extranjeros. - Los delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares, cuando autorice el paso por su territorio de un ejército de otro Estado,

²⁵ V. CÁMARA PENAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Recopilación de Acuerdos, Circulares y Memorandos correspondientes al periodo del 18-11-2009 al 31-08-2011, referidos a la gestión penal por audiencias*, 1ª impresión, 2011.

²⁶ Titulado Libro Tercero "Derecho Penal Internacional". Además de las normas sobre competencia territorial, se recogen disposiciones interpretativas varias: a) Reincidencia: se tendrá en cuenta la sentencia dictada en un Estado extranjero; b) Prescripción del delito: según la Ley del Estado que deba conocerla; c) Prescripción de la pena: se rige por la ley del Estado que la haya impuesto.

salvo que no tengan relación legal con dicho ejército. - Los delitos cometidos en aguas territoriales, o en aire nacional, o a bordo de naves o aeronaves extranjeras en guerra. - Los delitos cometidos en aguas territoriales o aire nacional en naves o aeronaves mercantes extranjeras, si no tienen relación alguna con el país y sus habitantes ni perturban su tranquilidad.

Adicionalmente se prevé que:

- Cuando los actos de que se componga un delito, se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible. En caso contrario, se dará preferencia al derecho de la soberanía local en que el delito se haya consumado.
- Cuando se trate de delitos conexos en territorios de más de un Estado, solo estará sometido a la ley penal de cada uno el cometido en su territorio.
- Los delitos contra la seguridad interna o externa, contra la independencia, trata de blancas o contra el crédito público, se sujetan a la ley penal del Estado extranjero donde se cometieren, con independencia de la nacionalidad o domicilio del delincuente.
- Se castigarán por el Estado captor: la piratería, la trata de personas, el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos, y otros delitos de la misma índole contra el Derecho Internacional, cometidos en alta mar.

Es de advertir que el artículo 5o. del Código Penal guatemalteco, acota varios supuesto de aplicación extraterritorial, bajo el principio de evitar la impunidad del hecho.

En lo que atañe al tema, el artículo 8o. del Código Penal, señala que la extradición sólo podrá intentarse u otorgarse por delitos comunes. Cuando se trate de extradición comprendida en tratados internacionales, solo podrá otorgarse si existe reciprocidad. Guatemala cuenta con tratados bilaterales de extradición, entre otros, con los siguientes países: Bélgica (1897), España (1895), Estados Unidos de Norteamérica (1903), México (1984), Repúblicas de Centroamérica (1923) y el Tratado General Latinoamericano de Extradición, suscrito en Montevideo (1933).

El Decreto Número 28-2008 del Congreso de la República, Ley Reguladora del Procedimiento de Extradición, tiene aplicación supletoria en

relación a los tratados y convenios existentes en la materia. Deroga las disposiciones de la Ley contra la Narcoactividad. La denegatoria de la extradición pasiva obliga al Estado de Guatemala a través de los órganos correspondientes, a ejercer la persecución y acción penal en los casos que sea procedentes conforme al tratado, convenio, arreglo internacional o el derecho interno (artículo 10). Son derechos y garantías del requerido los siguientes (artículo 2):

- A nombrar un defensor, y en su caso, un traductor, o de no hacerlo, se le nombrará uno de ofi cio.
- Presunción de inocencia, respecto al proceso de fondo y la resolución que decide el procedimiento de extradición.
- Obtener copia de la solicitud y expediente de extradición.

Son funciones del Ministerio Público el promover ante los tribunales competentes las solicitudes de extradición pasiva provenientes de los Estados Requirentes, las cuales le hayan sido trasladadas a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. En este caso, las solicitudes de extradición pasiva las remitirán por conducto de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que éste a su vez, las presente al Estado correspondiente (artículo 9). Son Tribunales competentes para decidir sobre la procedencia de la extradición pasiva los tribunales de sentencia con competencia en materia penal que tengan su sede en la ciudad de Guatemala, conforme las normas de asignación que disponga la Corte Suprema de Justicia. Para conocer de las medidas urgentes de coerción tienen competencia los Juzgados de Primera Instancia del Ramo Penal de Turno de la ciudad de Guatemala.

La solicitud de extradición activa, la presentará el Ministerio Público²⁷, con conocimiento del juez contralor de la investigación, al Ministerio de Relaciones Exteriores por conducto de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, para que en el plazo de ocho días, presente por la vía diplomática el requerimiento en la Misión acreditada en Guatemala de dicho país. Finalizados todos los trámites con los requisitos legales en el país respectivo, y recibida la notifi cación de que la persona se encuentra a disposición del Estado, una vez

²⁷ Cuando un juez o tribunal emitió orden de detención, aprehensión o captura de la persona reclamada, o esta haya sido condenada y sea requerida para el cumplimiento de condena (artículo 31).

en territorio guatemalteco, el Ministerio de Relaciones Exteriores coordinará con el de Gobernación y con el órgano jurisdiccional, la recepción y traslado de la persona solicitada, poniéndola a disposición del Juzgado de Turno o del juez contralor respectivo, en el plazo señalado. El Estado de Guatemala en su Ley, reconoce la extradición voluntaria (artículo 3) y la extradición en tránsito (artículo 38), no así la temporal, que tendría carácter excepcional. No hay lugares de asilo en el territorio nacional, salvo lo dispuesto en convenios internacionales (art. 22 del Código Procesal Penal).

B) Respecto a los efectos temporales, la situación se plantea ante cambios o re-formas procesales, lo cual se resuelve con base en el principio de irretroactividad y el régimen transitorio que las leyes de reforma dispongan sobre el fenecimiento de los procedimientos iniciados conforme a las normas procesales antiguas, al menos hasta que los fallos de primera instancia produzcan efecto de cosa juzgada y sean irrecurribles. Distinto régimen se aplica a los cambios en la competencia o existencia de órganos jurisdiccionales, tales como la creación, supresión, modificación de la competencia material o territorial. En este caso, la Corte Suprema de Justicia dispone a través de acuerdos específicos la competencia que ha de regir así como los plazos hasta los cuales determinados juzgados son competentes, inclusive creando juzgados liquidadores, o prorrogando los expedientes y procesos a órganos jurisdiccionales nuevos. En relación a nuevos procedimientos especiales, el inicio de su aplicación quedará determinada por lo que disponga la Corte Suprema de Justicia (por ejemplo, el procedimiento simplificado por el agracia).

C) Respecto al fuero personal, si bien la ley es de aplicación general y sin discriminación, se plantea una doble temática. La competencia de los Juzgados de Paz Comunitarios en los cinco municipios con población predominantemente indígena y el fuero militar (Código Militar). Respecto al fuero militar, con la derogación del artículo 546 del Código Procesal Penal, el enjuiciamiento de delitos y faltas comunes cometidos por militares quedan plenamente sometidos a los tribunales del fuero común. En relación a la competencia de los Juzgados de Paz Comunitario, el artículo 552 bis del Código Procesal Penal dispone que podrán aplicar el criterio de oportunidad, celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos en delitos de acción privada y de acción pública dependientes de

instancia particular, recibirán la primera declaración del imputado y podrán tomar medidas de coerción personal remitiendo el expediente al juzgado de primera instancia, además podrán ordenar el levantamiento de cadáveres documentando en acta la diligencia. Respecto a los extranjeros, el artículo 23 del Código Procesal Penal dispone que los extranjeros no podrán recurrir a la vía diplomática sino por denegación de justicia, y hasta que agoten todos los recursos de las leyes guatemaltecas.

1.4. SISTEMAS PROCESALES

La presentación doctrinaria de los sistemas procesales ha sido un punto común en los estudios doctrinales de la materia. Actualmente no deja de tener relevancia, pero la implementación de un modelo acusatorio en el proceso penal guatemalteco obliga a considerar su exposición únicamente con fines históricos o de estudio comparativo²⁸.

Dicho lo anterior, no es menos cierto que la denominada “*cultura del foro*” en una determinada sede puede tener un mayor o menor carácter inquisitivo, por lo que desde una perspectiva sociojurídica, debe reflexionarse aún en torno a las características básicas de los sistemas procesales en caso concreto²⁹:

El tratadista MONTERO AROCA presenta la siguiente descripción del sistema desde una perspectiva histórica:³⁰

“a) El sistema acusatorio. Es posible que en algún momento histórico primitivo, en el que se tenía una noción privada del delito y en el que no se establecían diferencias entre los procesos civil y penal, se concibiera este segundo como una contienda entre partes, situadas en pie de igualdad, frente a un tercero imparcial, que debía responder al ejercicio de un derecho subjetivo por el acusador contra

el acusado. En esta situación el acusador era el ciudadano ofendido por el delito que afirmaba su derecho subjetivo a que al acusado, al que imputaba ser autor del delito, se le impusiera una pena. De la asimilación entre relaciones jurídicas materiales civiles y penales se llegaba a una configuración del proceso penal muy similar al proceso civil, tanto que:

²⁸ Autores como ALVARADO VELLOSO, consideran que el auténtico (debido) proceso es el acusatorio, Ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Temis, Colombia, 2004, p. 20,

²⁹ Los Códigos Procesales Latinoamericanos, como consecuencia del proceso de Reforma Judicial usualmente declaran que se asientan en un sistema acusatorio o de rasgos acusatorios.

³⁰ MONTERO AROCA, Juan *et al*, Op. cit., pp. 14 y ss.

1o.) El proceso se ponía en marcha únicamente cuando el particular formulaba la acusación. 2o.) La acusación determinaba los ámbitos objetivo (el hecho que se imputaba) y subjetivo (la persona a la que se acusaba). 3o.) El juez no podía ni investigar los hechos, ni practicar prueba que no le hubiera sido solicitada por las partes. 4o.) La sentencia tenía que ser congruente, de modo que no podía condenarse a persona distinta de la acusada por el particular, ni por hechos distintos, ni a pena diferente de la solicitada por el acusador. 5o.) La actividad jurisdiccional era un verdadero proceso, esta estaba sujeta a los principios de dualidad, contradicción e igualdad”.

De igual forma, caracteriza el sistema inquisitivo en el proceso de oficialización (judicial) estatal de la persecución penal³¹:

“b) El sistema inquisitivo. Por el camino anterior las cosas llegaron a que la aplicación del derecho penal dejó de realizarse en una contienda entre partes ante un tercero imparcial, pues el órgano público que asumió la acusación fue el mismo juez, con lo que se tenía, por un lado, a un juez que al mismo tiempo acusaba y, por otro, juzgaba. Si la atribución de la acusación a un órgano público fue una clara conquista de la civilización, el convertir a la misma persona en juez y acusador signifi có pasar de un extremo al otro, desvirtuándose la conquista misma. De esa desvirtuación se derivaron las siguientes consecuencias: b.1) La figura del ciudadano acusador desapareció o, al menos, quedó desdibujada, pues la iniciación de la actividad necesaria para la actuación del derecho penal quedó en manos del juez-acusador. b.2) La determinación de los ámbitos objetivo y subjetivo de la acusación correspondía a la persona que, al mismo tiempo, acusaba y juzgaba. b.3) La investigación de los hechos y la determinación de las pruebas a practicar correspondía íntegramente a la misma persona que asumía los papeles de acusador y juez . b.4) La congruencia carecía de sentido en este sistema, pues el acusador-juez podía determinar en cualquier momento de qué y a quién acusaba y juzgaba. b.5) Los poderes del acusador-juez son absolutos frente a un acusado que está inerte ante él, tanto que puede decirse que no había partes verdaderas, siendo el acusado, no un sujeto, sino el objeto de la actuación”.

Respecto al sistema mixto, conviene exponer las reflexiones de RAMÍREZ AVENDAÑO en torno al surgimiento de dicho sistema procesal citando a FLOVENT RODRÍGUEZ y de MORA:³²

“Debido a los inconvenientes y ventajas de los procesos acusatorio e inquisitorio y a modo de una combinación entre ambos ha nacido la forma mixta. El cual tuvo su origen en Francia, donde la Asamblea Constituyente ideó una nueva forma y dividió el proceso en dos fases: una secreta que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía la oralidad. En este sentido señala el autor Llobet Rodríguez al respecto que “(...) uno de los aspectos fundamentales del proceso mixto es la combinación de aspectos del procedimiento inquisitivo y el acusatorio, de modo que la etapa de instrucción se rige por caracteres predominantemente inquisitivos, siendo limitadamente contradictoria y secreta para

³¹ Ibid., pp. 15 y ss.

³² RAMÍREZ AVENDAÑO, José Pablo, “Políticas de Oralidad implementadas por el Poder Judicial del periodo 2006 al 2008 en el Proceso Penal Costarricense”, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Tesis de Licenciatura en Derecho, San José, 2011, pp. 27 y ss.

terceros, mientras que la etapa de juicio es conforme caracteres principalmente acusatorios, rigiendo la oralidad, la publicidad y la inmediación, lo mismo que el contradictorio (...)". Esta forma cobra realidad con el Código de Instrucción Criminal de 1808 y de allí se difundió a todas las legislaciones modernas más o menos modificadas, pero manteniendo siempre el principio básico de la combinación de las dos formas tradicionales, este se caracteriza según expone el Dr. Luis Paulino Mora en: a) Separación de la instrucción en dos etapas, la instructora y la de juicio. b) Preponderancia de la escritura en la primera etapa y de la oralidad en la segunda. c) Valor preparatorio de la instrucción d) Separación de funciones del acusador, el instructor y el juzgado. e) Garantía de inviolabilidad de la defensa. f) El juez no es un mero espectador de la contienda, pues toma contacto directo con las partes y la prueba y dirige el procedimiento. g) Se elimina la doble instancia, posibilitándose la revisión de lo resuelto mediante el recurso de casación".

Finalmente debe acotarse que los sistemas procesales no se encuentran en forma puramente esencial³³, así con ZAFFARONI:

"(...) históricamente es bastante discutible la existencia de un sistema inquisitivo puro (quizá lo más aproximado fuese el de la República Veneciana, pero en definitiva, un inquisitivo puro se pierde confundido con una policía secreta tanto como un acusatorio puro (quizá lo más cercano fuese el individualismo penal germano), pero es de toda evidencia que en el mundo contemporáneo es inimaginable. Si desde el punto de vista del acusatorio y del inquisitivo todos los sistemas históricos son mixtos, afirmar que el propio sistema es mixto es decir poco o nada desde el punto de vista de una definición ideológica (...)".

1.5. LOS ACTOS PROCESALES

La teoría de los principios procesales únicamente cobra sentido en relación a los actos procesales, que constituyen verdaderos actos del *ius puniendi* estatal, y que se manifiestan en una serie de resoluciones judiciales y actuaciones fiscales, que van impulsando el procedimiento desde el inicio al final. Los actos procesales deben adecuarse y responder a dichos principios.

El siguiente cuadro recoge los principales actos procesales en función de la etapa del procedimiento:

³³ Ibid., pp. 32 y 33,

Introdutorios	<ul style="list-style-type: none"> -La denuncia, la querrela, la prevención policial y el conocimiento de ofi cio. (Artículos 297 al 306 del CPP) - Primera declaración del sindicado. (Artículos 7, 8, 9, 12 y 16 de la Constitución y del 81 al 92 CPP) - La investigación, proposición de prueba, adhesión del querellante, desestimación, auto de procesamiento, archivo, (Artículos 309, 310, 315, 317, 318, 320, 327, 328, 331 del CPP)
Intermedios o de desarrollo	<ul style="list-style-type: none"> - Petición de apertura a juicio y acusación, sobreseimiento, clausura o solicitud de procedimiento especial. (Artículos 324, 328 al 333 del CPP) - Evaluación del juez sobre la acusación planteada. (Artículo 332 CPP) - Declaración del sindicado. (Artículo 334 CPP) - Audiencia a las partes, intervención del querellante y tercero civilmente demandado, presentación de los medios de investigación que se pretenden hacer valer, oposición de las partes a la constitución definitiva del querellante. (Artículos 336, 337, 338, 339 y 340 del CPP) - Resolución al fi nalizar la audiencia sobre la procedencia de la apertura a juicio, sobreseimiento, clausura o el archivo del procedimiento. (Artículo 341 del CPP) - Ofrecimiento de prueba. (Artículo 343 del CPP) - Citación a juicio. (Artículo 344 del CPP) - Remisión de las actuaciones practicadas. (Artículo 345 del CPP).
Finales	<ul style="list-style-type: none"> - Anticipo de prueba. (Artículo 348 del CPP) - Unión o separación de juicios. (Artículo 349 del CPP) - División del debate único (Artículo 353 del CPP) - Debate. (Artículos 368 al 382 del CPP) - Sentencia. (Artículos 383 al 397 del CPP) - Impugnaciones. (Artículos 398 al 463 del CPP) - Ejecución de la sentencia (Artículo 492 al 504 del CPP)

BINDER explica que en la etapa preparatoria existen cuatro tipos de actividades³⁴: 1. Actividades puras de investigación. 2. Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento (procesamiento, desestimación,

³⁴ BINDER, A.M., Op.Cit., pp. 236 y ss.

archivo). 3. Anticipos de prueba. 4. Decisiones o autorizaciones en relación a actos de investigación que pueden afectar a las garantías procesales de los imputados. Respecto a la etapa preparatoria, concluye con el pedido formal de apertura a juicio y formulación del pliego acusatorio (aunque no forzosamente) del Ministerio Público. Sobre dicha actividad el juez ejercerá un control formal (cumplimiento de requisitos) y material (presupuestos para la apertura a juicio)³⁵, debiendo admitir el acervo probatorio que deberá diligenciar, practicar y valorar el tribunal del juicio, propuesto por los sujetos procesales, en especial la acusación. La fase intermedia es una discusión o debate preliminar sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación³⁸, pero puede convertirse en definitiva si se opta por la aplicación de un procedimiento abreviado, que permite emitir una decisión de fondo, sin debate pleno. De fondo, puede visualizarse el carácter progresivo de las etapas procedimentales, y las posibilidades control horizontal y/o vertical de los actos generados en cada una de estas³⁶.

Conviene recoger la doctrina expuesta por la Corte de Constitucionalidad en el Expediente Número 3627-2010, del 1 de marzo de 2011, en el que la Sala pretendía retrotraer el procedimiento a períodos ya precluidos, puesto que el Ministerio Público ya había presentado su acusación y se había finalizado la investigación. En ese sentido, y en relación a los actos procesales la Corte recuerda la obligación de fundamentación de toda resolución judicial penal, basado en el artículo 11 bis del Código Procesal Penal norma que impone a los jueces la obligación de *“explicar de manera sencilla y en lenguaje comprensible para el imputado y la sociedad, las razones de hecho y de derecho de las decisiones que se adopten en el proceso, especialmente, porque en el proceso penal se abordan temas sensibles, tales como la vida, la libertad, el patrimonio (por citar los de carácter esencial) y precisamente para que haya una restricción a cualquiera de éstos desde la facultad punitiva que le asiste al Estado, es que la misma debe justificarse y fundamentarse de manera indubitable”*³⁷.

³⁵ Ibid., p. 246. 38

Ibid.,

p. 248.

³⁶ Ibid., p. 249. El control horizontal se da entre etapas sucesivas, el vertical, a través de la apelación en una segunda instancia, sean resoluciones interlocutorias o definitivas.

³⁷ V. la sentencia de 6 de abril de 2010, Expediente número 562-2010.

Respecto a la actividad procesal del órgano jurisdiccional, con la reforma procesal penal y la implementación del sistema de gestión por audiencia, debe ser oral. Así lo dispone el Reglamento Interior de Juzgados y Tribunales, Acuerdo Número 24-2005 de la Corte Suprema de Justicia. Por ello, como principio general, los actos jurisdiccionales se emitirán en audiencia, tal y como lo definen desde el debido proceso los artículos 20 y 21 del Reglamento mencionado. Esto significa que la forma de comunicación de los actos procesales jurisdiccionales será en forma oral, inmediata y en la propia audiencia a los sujetos procesales que intervinieron³⁸.

1.6. LA VERDAD Y LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

La forma en la que el ser humano aprehende en su mente las cosas y sus relaciones es el proceso del conocimiento. El proceso de conocimiento distingue dos etapas: la sensorial y la lógica o intelectual. En la primera, los órganos de los sentidos están en relación con el fenómeno y comprende la sensación, la percepción y la representación. En la segunda o lógica, se elaboran los conceptos, los juicios y los raciocinios en un proceso complejo de abstracción creciente³⁹. La sensación se caracteriza por ser una impresión o impacto que causa el objeto, el hecho o el fenómeno en el órgano u órganos correspondientes⁴⁰. En la percepción se aprehende la unidad o integridad de la

³⁸ Art. 21 Numeral 7) indicará a los presentes que la comunicación de la decisión y sus consecuencias jurídicas en el acto implica que están formalmente notificados, quedando constancia de ello, con la firma del acta de la audiencia a que alude el artículo 22 de este reglamento; 8) si es necesario programar otra audiencia, para el mismo asunto u otro que se deriva de la decisión, lo comunicará a los sujetos procesales, indicando que dicha comunicación implica la notificación formal; y, 9) dará por concluida la audiencia, indicando lugar, fecha y hora. Ver también la Circular No. CP12-2012, que exige a los Centros Administrativos de Gestión Penal no recibir peticiones de los sujetos procesales en forma escrita sino excepcionalmente cuando la ley aún lo permita, y remitir a las Unidades de los tribunales respectivos para que las gestiones se realicen en forma oral. Ver también el Decreto Número 15-2011 del Congreso de la República, Ley de Notificaciones Electrónicas del Organismo Judicial, que permite esta modalidad complementaria debiendo ser expresa (formulario voluntario de adhesión).

³⁹ ARENAS SALAZAR, Jorge, *Pruebas Penales, Librería Doctrina y Ley*, Colombia, 11ª reimpresión, septiembre de 1996, pp. 116 a 118.

⁴⁰ Es el impacto del color a la vista, de la dureza al tacto, del olor al olfato, del ruido al oído, del sabor al gusto, es decir cada una de las cualidades.

cosa, del hecho o del fenómeno⁴¹. La representación permite reconstruir las imágenes vívidamente, sin necesidad del estímulo actual de los fenómenos sobre los órganos de los sentidos. El concepto es una idea mediante la cual se fijan los caracteres esenciales del objeto, y ello permite hallar diferencias entre objetos parecidos y semejanzas entre objetos diferentes⁴². El juicio es una unidad lógica por la cual afirmamos o negamos caracteres o propiedades al objeto. Son pensamientos de carácter atributivo, denotan si una propiedad pertenece o no al objeto⁴³. El raciocinio es una operación lógica mediante la cual, con base en un conocimiento previamente adquirido, se infiere un conocimiento nuevo. Dichas precisiones de carácter lógico son necesarias para poder comprender adecuadamente todo el proceso de conocimiento, tanto de los sujetos que llevan información al proceso, como del funcionario judicial.

En el objeto del proceso penal está comprometido el orden público. La comunidad está interesada en que se conozca lo realmente acontecido. Tanto el órgano jurisdiccional como el Ministerio Público tienen el deber funcional de investigar la verdad material, real o histórica con relación al hecho que da lugar al proceso, por encima de la voluntad de las partes. Sin la apreciación de la prueba, es imposible metafísicamente hablando, el análisis y examen que fundan una sentencia, ya que los elementos probatorios “están” en el proceso, constituyen, de manera inexcusable y categórica, la raíz de validez jurídica de la resolución judicial.

La prueba siempre será demostración de la verdad de lo controvertido en el proceso, por medio de argumentos que la dialéctica proporciona, y que jurídicamente son válidos, por su propia legitimidad en su esencia metafísica que no varía, para asegurar la permanencia del derecho. En la estructura orgánica del proceso, es inaplazable la formulación técnica, necesario el

⁴¹ Resulta imposible que mediante los órganos especializados se aprehenda la totalidad o la unidad.

⁴² El concepto cuenta con dos funciones lógicas: fijar los caracteres esenciales y diferenciar un objeto de otro, lo cual solo es posible mediante un reiterado y repetido proceso de comparación. Son caracteres esenciales los que hacen que la cosa sea tal y no otra, y que faltando, falta el objeto. Son caracteres accidentales del objeto los que pueden o no estar en él, o que si faltan no por eso falta el objeto.

⁴³ Sus elementos son: sujeto, predicado y cópula. El sujeto es el concepto de la cosa de la cual se afirma o niega algo. El predicado es lo que se afirma o niega acerca del objeto. La cópula liga lo pensado en el predicado como propio o no propio del objeto del juicio. Por lo anterior, el juicio puede ser verdadero o falso. Es verdadero cuando en él se atribuyen caracteres que el objeto sí tiene o se niegan atributos de que carece; y es falso cuando se le atribuyen caracteres de que carece la cosa y cuando se le niegan atributos que la cosa sí tiene.

argumento lógico y obligada la motivación jurídica. La verdad procesal es una verdad necesariamente relativa, una verdad probable. La verdad procesal acerca de los hechos tiene indudable parentesco con el género de verdad que es objeto del conocimiento histórico, en tanto que versa sobre hechos pasados, que no son susceptibles de ser conocidos en sí mismos o en forma mediata⁴⁴. La verdad en el proceso no puede ser absoluta, porque el Derecho Procesal es una ciencia social y humana⁴⁸, no exacta⁴⁵. Surge en este punto una primera discusión teórica:

MIRANDA ESTRAMPES, opina que por experiencia, a través del proceso no se consigue, en multitud de ocasiones alcanzar la verdad, pese a que el juez ha dictado sentencia convencido de la exactitud de los hechos afirmados por las partes. De considerarse a la verdad como la finalidad de la prueba se admitirá que la misma tiene un fin inalcanzable o irrealizable, por lo que la misma prueba carecería de sentido. Para dicho autor, *“uno de los errores que más confusiones ha producido en relación al concepto de prueba ha sido el de señalar a la verdad como la finalidad esencial de la prueba procesal, afirmando que la prueba consistiría en la demostración o averiguación de la verdad de un hecho”*. Para esta doctrina, que manifiesta que no es posible alcanzar la verdad absoluta en el proceso, la finalidad en la prueba no es logro de la verdad, sino el convencimiento del juez en torno a la exactitud de las afir-

⁴⁴ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Los Hechos en la Sentencia Penal*. Primera edición, 2005. México, D. F. pp. 77 y 78. A diferencia del historiador la actividad del juez radica en que versa sobre hechos recientemente acaecidos, lo que hace posible el acceso a fuentes más vivas de conocimiento. Además, en la producción de la verdad procesal existen ciertas reglas y consiste básicamente en la verificación de si han llegado a acontecer ciertos hechos tenidos por legalmente relevantes (como verdad formal). Para una síntesis del debate doctrinario del problema de la búsqueda de la verdad con fin del proceso penal, confróntese OLIVER GALÉ, Carlos Alberto. *La Prueba de oficio: Entre Activismo y Revisionismo. El Punto de Vista de un Juez*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2010. Medellín Colombia, pp. 93 y ss., incluyendo una referencia a los problemas de la percepción y de interpretación (pp. 98-103).

⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *“Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal.”* Editorial UBIJUS. México D.F. 2009. P- 11.

rmaciones realizadas en el proceso⁴⁶. En este punto, la doctrina se divide en dos direcciones⁴⁷:

48 Para MITTERMAIER, C.J.A., “*La prueba en materia criminal*”, Ed. Leyes, Colección Clásicos del Derecho, Bogotá Colombia..p. 36, citando a CARMIGNANI, existen dos caminos opuestos que conducen a la verdad: el puramente instintivo que sigue el hombre partiendo del sentido íntimo e innato; y el trazado por la ciencia y basado en la observación y la experiencia. BARCESAT, Op. cit. pp. 2 y 3, menciona a ALTHUSSER quien con sustento en FOUCAULT sostiene que los modos de indagación de la verdad en los procesos judiciares no sólo han modelado lo que es precisamente el proceso judicial, sino que han influenciado la totalidad del saber constituyendo los mecanismos o protocolos de veritación de los enunciados en los respectivos campos científicos. La construcción de la verdad pertenece a la historia externa de la verdad, campo que da cuenta de la influencia del poder en el saber. FERRAJOLI (cit.) adopta un criterio cognoscitivista similar frente al decisionismo. Entendiendo por verdad una relación de correspondencia entre los enunciados propios a dos niveles de lenguaje: el del lenguaje objeto y el del metalenguaje (verdad jurídica). Sin embargo, BARCESAT considera que en los enunciados fácticos no es posible lograr siempre dicha correspondencia semántica, puesto que llevaría a una tautología, lo que obliga a la reconstrucción de lo que ocurrió en el mundo real. Finalmente considera que humanamente el conocimiento es siempre un grado de aproximación, al saber pleno, lo cual es predicable de cualquier ciencia, no sólo del proceso. Adicionalmente, la complejidad del objeto de conocimiento de las Ciencias Sociales limita aún más dicha aproximación epistemológica. Concluye el autor por sustituir la noción de verdad (inalcanzable) por la de conocimiento.

a) Al juez se le debe persuadir para que se convenza con la prueba aportada. b) Basta alcanzar la certeza suficiente en el ánimo del juzgador⁵². Sin embargo, esta corriente de carácter decisionista contiene posturas poco garantistas, puesto que las decisiones del juez no aparecen como fundadas en un intento de averiguación de lo realmente ocurrido como afirma FERRAJOLI⁴⁸. Una tercera concepción es la de verdad formal, como la que surge en el proceso a

⁴⁶ GOZÁÑI, Op. cit. n. 9, cita a GUASP quien sostiene que la prueba es el conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado. El juez necesita solamente la cantidad suficiente de certidumbre histórica que le permita descubrir la voluntad legal concretamente aplicable al caso litigioso (la verdad suficiente).

⁴⁷ Loc. cit., opina que la verdad queda relegada a favor de la argumentación desarrollada, donde la versión de los hechos tiene como fin persuadir al magistrado de las razones que se invocan y se defienden. (Para TARUFFO una cuestión retórica –*stories*– que agota completamente el campo del razonamiento jurídico).

⁴⁸ Loc. cit. FERRAJOLI considera que el concepto de verdad procesal es fundamental además para la Teoría del proceso, para la práctica judicial, y no se puede prescindir de él, pues se trata de la principal forma de control racional.

partir de las afirmaciones de las partes, obtenidas por los medios y procedimientos de un determinado sistema institucional aplicado al proceso⁴⁹.

La sentencia se convierte en una justificación de la verdad encontrada, aunque esta no sea cierta, pero como ha logrado inclinar la balanza de la justicia hacia un lado, es suficiente para garantizar la finalidad del proceso y afirmar la seguridad jurídica. GOZAÍNI señala que esta teoría es riesgosa a los fines actuales del debido proceso. Aparte conlleva problemas como de lenguaje jurídico (narraciones lingüísticas propias del mundo jurídico) o el de las limitaciones en los medios para que el juez opte por una línea argumental, de manera que una sentencia puede sostener que no logró la convicción necesaria y rechazar la pretensión por falta de prueba, o aducir que los hechos probados no son esenciales ni trascendentes para persuadirlo sobre la verdad de lo afirmado, o incluso aceptar una versión y darla como probada sobre la base de ficciones procesales como la rebeldía, la convalidación de actos irregulares, entre otros.

52 ARENAS SALAZAR, J., Op.cit. pp. 602 y 603, marca la diferencia entre verdad y certeza. La primera exige una correspondencia de identidad entre el objeto y la idea. La segunda un convencimiento íntimo. Cuando se menciona que la prueba debe generar certeza para condenar, se está exigiendo una prueba objetivamente idónea, apta y con fuerza intrínseca para producir certeza. Al tratarse la certeza de un estado subjetivo, la misma se refiere a la certeza de una persona normal, un hombre promedio, no una persona extremadamente cautelosa, recelosa o desconfiada a quien “nadie la convence”. El hombre promedio está espiritualmente dispuesto a examinar con sumo cuidado los factores de convicción en forma inteligente y crítica, y ante todo, a asumir como verdad sólo aquella idea que en su leal entendimiento se adecúa de manera precisa al objeto conocido. Cuando se asume como verdadero algo, de este modo se adquiere certeza.

⁴⁹ GOZAÍNI, O., Op. cit. Expone que esta postura se relaciona con el debido proceso, pues cuando se sostiene que los hechos deben ser expuestos por las partes con la verdad, la versión que estas entreguen puede ser completa o sucinta dependiendo de la estrategia forense, pero el juez tendrá que resolver si la técnica dispuesta concilia con los principios de lealtad y buena fe en el proceso, porque se vulneraría el debido proceso cuando los hechos no son presentados en toda su dimensión y autenticidad. En cambio, si el proceso se conceptúa como una lucha entre versiones opuestas, donde las versiones se imponen a las verdades, el problema que se plantea consiste en dar un valor a la sentencia que justifica hechos que pueden no ser reales. El problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, radica en que la verdad formal o procesal se convierte en verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos, pero ambas alejadas de la verdad real. En abono a esta limitación trabajan varios principios procesales tales como el acusatorio, el de concentración y celeridad. Para TARUFFO (ver nota 2) es muy difícil establecer qué se entiende por “verdad judicial”, así considera que la existencia de reglas jurídicas y de límites de diversa naturaleza sirve, como máximo para excluir

Han sido elaboradas distintas teorías para explicar la verdad, siendo este un ámbito propio de la filosofía, y particularmente de la epistemología⁵⁰. MIXAN MASS la define como la *correspondencia del conocimiento con la realidad objetiva*⁵¹. Fue KANT quien realizó la distinción entre verdad formal y material. La verdad formal es entendida como inferencia, un procedimiento lógico de demostración de la verdad objetiva o material que encierra el juicio inferido⁵². Para MITTERMAIER la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento. Un individuo que quiere convencerse de la realidad de una cosa procede a su averiguación. En este caso, la verdad se manifiesta desde el momento en que la convicción adquirida se halla en perfecta correlación con su objeto. FRANCO SODI distingue tres clases de verdades por su función y contenido en el proceso. La verdad “*formal*” es aquella que se tiene por tal únicamente en vista de que es el resultado de una prueba que la ley reputa infalible. La verdad “*material*” es la que se fija en el pensamiento del juez como certeza y como consecuencia de la libre apreciación por él mismo realizada, de la prueba⁵³. Verdad “*histórica*”, según MITTERMAIER, es “*aquella*

⁵⁰ Para la Teoría del Conocimiento, existe conocimiento y prueba del conocimiento, analizando la verdad o falsedad de determinada proposición. La definición aristotélica señala que la verdad corresponde con la realidad: “Negar lo que es y afirmar lo que no es, es lo falso, en tanto que afirmar lo que es y negar lo que no es, es lo verdadero”. DÍAZ TORRES, Rudy Nelson, “Cuestiones de la verdad en el Procedimiento Penal”, XII Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas, 2000 en <http://www.lex.uh.cu/Dptos/penal/Procesal%20Penal/Cuestiones%20de%20la%20verdad%20en%20el%20Procedimiento%20Penal.doc>

⁵¹ Loc. cit. Se trata de algo preexistente, dado, acabado, logrado o bien como un proceso de penetración del pensamiento en el objeto de conocimiento con la finalidad de ir descubriendo la esencia, la causa, el efecto, las circunstancias. Este concepto de verdad se ajusta al proceso penal, puesto que este será siempre tendiente a la obtención de una verdad procesal o verdad formal como garantía conformante del debido proceso (*due process of law*; en la doctrina anglosajona).

⁵² La verdad o falsedad de una proposición dependen del sustrato fáctico. En el caso del proceso, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular.

⁵³ FENECH, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Laba, S.A., Barcelona- Madrid, 3ª ed., 1960, p. 77, menciona que el proceso penal debe tender a la averiguación y descubrimiento de la verdad material como fundamento de la sentencia. La verdad material es una relación de identidad, de adecuación o de acuerdo entre nuestro pensamiento y las cosas que constituyen su objeto. La idea que el juzgador se forma coincide en un todo con la realidad. Para ello, es

la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de la extraprocesal. De otra parte, la tendencia a reducir la prueba tasada, implica la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal (Loc. cit. ver n. 5). Por último, siguiendo la doctrina actual del debido proceso, la distinción entre verdad formal y real no es útil, puesto que ambas ambivalencias trabajan sobre la resignación y no sobre el “derecho a la verdad”, que es una proyección del derecho fundamental a la prueba.

*que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio*⁵⁴”. Por su parte GUZMÁN CÓRDOVA menciona que a la verdad de los hechos (la idea formada en el juez o tribunal acorde con la realidad) se llega por vía inductiva, es decir, de lo particular a lo general; conforma los datos probatorios que se obtienen en el juicio; en tanto que a la verdad jurídica (cuando la ley o norma aplicable al caso corresponde con la realidad), se arriba por vía deductiva, es decir, de lo general a lo particular, de acuerdo con el significado de las palabras empleadas por la ley⁵⁵. FERRER sintetiza que dos son las formas más habituales en las que se ha presentado la relación entre la verdad de los enunciados sobre los hechos y la prueba de los mismos⁵⁶. La primera tesis (la concepción clásica y mayoritaria de la prueba judicial) sostiene una relación que puede denominarse conceptual, la verdad de una

preciso que tenga completa libertad para obtenerla (p. 79, libre convicción). En este sentido menciona los conceptos clásicos de *thema probandi*

⁵⁴ MARTINEZ PINEDA, Ángel, Op. cit. p.89. Para ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. “Derecho Procesal Penal.” Tomo I. Editorial Estudiantil FENIX, Primera Edición, año 2004, p. 118, entre verdad y certeza no siempre hay coincidencia ya que en ocasiones estamos ciertos de lo que es falso y en otras dudamos de lo que objetivamente es verdadero. La firme creencia de poseer la verdad nos conducirá al estado de certeza, la que puede ser positiva o negativa. En sus demás argumentos, el autor sigue a MITTERMAIER.

⁵⁵ GUZMÁN CÓRDOVA, César Roberto, *La prueba penal*, Editorial Praxis, 1ª ed. 2007, Guatemala, p. 30.

⁵⁶ FERRER, Jordi, et al., *Estudios sobre la prueba*, Fontamara Distribuciones, Doctrina Jurídica Contemporánea, no. 44, 1ª ed., 2008, pp. 16 y ss. Citando a MONTERO AROCA, pp. 33 y ss, se exponen tres grandes tesis: La prueba como fijación de los hechos, la prueba como convicción del juez acerca de los hechos, y la prueba como certeza acerca de los hechos. FERRER critica que no están claros los límites entre la noción de convicción y la de certeza en ese contexto. El autor también menciona que la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero”, o “ser aceptado como verdadero”, permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal (p. 50).

proposición es condición necesaria, pero no suficiente para que pueda decirse que esa proposición está probada. Una pro-

con el *thema probandum*, es decir, lo que se ha de probar, con lo que en realidad se prueba. No siempre coinciden, bien porque no existen medios de prueba, o bien porque existiendo medios de prueba sean éstos desconocidos o estén prohibidos por la ley. (p. 579). También los conceptos de prueba directa o histórica (como aquella en que el medio de prueba tiene inmediatamente a convencer al juzgador de la verdad de un hecho que constituye el *thema probandi* y aquel) frente a la prueba indirecta o lógica que se caracteriza por la existencia de un hecho inferido entre el que se tiende a demostrar y el medio de prueba. Cuando el *thema probandi* y el *thema probandum* se relacionan por medio de una relación jurídica preestablecida por el legislador, se trata de una presunción. Si la relación es de orden material únicamente, se trata de un indicio (p. 580). La prueba plena es aquella que se encamina a conseguir la plena convicción del juzgador sobre la verdad de un hecho relevante para el proceso. La prueba semiplena es la que tiene como fin conseguir la creencia en la probabilidad de la verdad del hecho (p. 584).

posición está probada si es verdadera y hay elementos de juicio suficientes a su favor⁶². La segunda tesis, en cambio, sostiene que la relación existente entre prueba y verdad es más bien teleológica; esto es, no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera objetivo último de la actividad probatoria⁵⁷. La finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio⁵⁸. En definitiva, el proceso es un contexto de búsqueda y aproximación a la verdad que tiene reglas y límites propios⁵⁹.

⁵⁷ Loc.cit. señala que la verdad histórica es una suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se orienta la actividad de quien en el proceso o fuera del mismo (v.gr., un periodista, comisiones de investigación parlamentarias, *ombudsman*, juez pesquisador en un antejuicio), tiene la función de averiguar los hechos.

⁵⁸ En contra, la posición de quienes interpretan que el proceso está para resolver controversias y si ello se consigue, no importa cómo se logra ni con qué medios se alcanza.

⁵⁹ El artículo 181 del Código Procesal Penal guatemalteco, establece que “*Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este Código. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por las partes, en las oportunidades y bajo las condiciones que fija la ley.* El artículo 183 fija que: “*Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar*

El verbo *probar* significa *examinar las cualidades de una persona o cosa* y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa. Algunos autores otorgan a la prueba un exacto significado científico (aseveración incontestable y no opinable), pero otros, en el terreno del subjetivismo le atribuyen el carácter de acreditación (hacer digno de crédito alguna cosa), verificación (comprobar la verdad de algo), comprobación (revisar la verdad o exactitud de un hecho), de bús-

62 Ibid. “*La verdad en el proceso penal...*” Se toma como verdadero aquello que resulta probado y en la medida que resulta probado. Se trata, aun así de una decisión que se funda en la mejor aproximación posible a la verdad empírica de los hechos, pero es inevitable que se trate de una aproximación relativa, en función de la extensión y utilidad epistémica de las pruebas disponibles. Pero bajo esta concepción surgen varios riesgos: a) Que la decisión pueda fundamentarse en una determinación de los hechos no verdadera; b) Que la decisión pueda fundamentarse en una aproximación no adecuada a los hechos del caso por imperativo de las normas relativas a la prueba legal (o de inadmisibilidad) o por insuficiencia de elementos probatorios, que conllevan la exclusión de pruebas relevantes. A estos argumentos debemos agregar los límites prácticos de los cuales adolece todo sistema de procesal como son el tiempo y los recursos, que influyen de manera directa en la determinación judicial de los hechos. En este sentido, los sistemas procesales de prueba libre permiten una mejor aproximación a la verdad empírica, que los de pruebas legales o con reglas de exclusión de pruebas lógicamente relevantes.

queda de la verdad real, de certeza (conocimiento seguro y claro de alguna cosa) y de convicción (resultado de inducir a alguien, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones)⁶⁰.

Dados los alcances de la ciencia actual, existen afirmaciones científicamente incontestables (leyes físicas), cuya existencia se probará siempre, en todo tiempo, en todo lugar y por toda persona. La prueba es una necesidad indispensable además de un deber jurídico y un deber moral. La inteligencia delibera en la revisión de los datos, y después juzga en relación al fin supremo

los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes.”

⁶⁰ VELLOSO ALVARADO, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2004., pp. 89-94., en la nota 15, señala que están una serie de cuestiones que condicionan al hombre alcanzar la verdad a través de la sola y pura razón: sus sentidos, cultura, lenguaje, inteligencia, pasiones, instintos y deseos e inclinaciones o la sociedad en la que vive.

e intangible de la justicia y la verdad como valor del orden jurídico⁶¹. La prueba es el fundamento, en toda su integridad, de la sentencia, dicho fundamento estriba en una correcta apreciación de los elementos probatorios que “están” en el proceso.

La estructura de la prueba, ética y jurídicamente normativa en un sistema normativo, requiere el análisis del comportamiento en la conducta y hechos circunstanciales que orientan y señalan alguna pauta, antitéticamente considerados y axiológicamente operantes, para envolverlos con el ropaje de la certeza metafísica, penetrar en el campo de la verdad y decidir si la conducta se adecúa al “tipo” descriptivo. La prueba es absoluta, porque por sí misma expresa un sentido completo, definitivo e incondicionado, de modo terminante. No admite grados. La relatividad está en el sujeto que la maneja⁶². La prueba es vital. Su dinamismo y actividad llevará inevitablemente a la conclusión concreta. Sin el conocer no se puede llegar a la verdad. La prueba es necesaria, sucede infaliblemente y no puede ser de otro modo. Existe de ese modo por encadenamiento de causalidad. La prueba es objetiva, es “desinteresada” y “desapasionada”, no puede operar en el mundo de la actividad subjetiva. Varía en función de lo que se debe probar en su variedad fenomenológica, pero la prueba es invariable por exigencia intrínseca de su propia estructura lógica. La prueba es una, no admite división, es concomitante y coincidente en sí misma⁶³. La prueba es permanente e inmutable, continúa “siendo” sin modificación y porque persiste en su específica función. La prueba es precisa, independientemente de que se trate de una gran extensión de detalles o de fragmentos o de proporciones esquemáticamente sintetizadas. Por ello, la prueba debe reunir ciertas exigencias que la revistan de legitimidad

⁶¹ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *Filosofía jurídica de la prueba*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pp.11-13, 16, considera que la función primordial de la inteligencia estriba, de manera esencial, en actos de composición y división, de síntesis y de análisis, siendo la *herramienta* con la que trabaja el juzgador en el ámbito procesal de la prueba. La prueba, como producto de la inteligencia razonadora, es problema axiológico y normativo.

⁶² Por el contrario las presunciones se fundan en elementos mínimos de convicción, válidos para el ejercicio de la acción penal y para fundar la “probable” responsabilidad del imputado y decretar, en consecuencia, el auto de formal prisión.

⁶³ ROSALES BARRIENTOS, Moisés Efraín. *“El Juicio Oral en Guatemala, Técnicas para el Debate.”* 2da. Edición. Editor Publi-Juris. Guatemala, 2006, pp. 247-248, señala que la indivisión de la prueba responde a la regla de la obligación de divulgar todos los medios de prueba, por lo que no permite al Ministerio Público dividir a su antojo la presentación de la prueba por fases, en particular durante el debate (v.gr. no puede presentar parte de la prueba al inicio y reservarse otra para presentarla después de la prueba del defensor), acorralándolo en su defensa.

procesal, y determinados requisitos de contenido lógico para su validez, como su fundamento para una correcta clasificación. Así, debe tener capacidad intrínseca de eficacia, debe desempeñar una función axiológica que la suscite, debe tomar en cuenta la procedencia y observancia de los medios con eficacia probatoria y debe tener firmeza de convicción⁶⁴.

Para CAFFERATA NORES en sentido amplio cabe decir que *prueba* es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente⁶⁵. Noción que llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva⁶⁶.

Elemento de prueba o “*prueba*” propiamente dicha es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva⁶⁷. Estos datos, se consiguen en los rastros o huellas (o efectos materiales) que el hecho delictivo pueda haber dejado en las cosas (rotura, rastro...), en el cuerpo (lesión) o en la psiquis de las personas (percepción), y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos o de inferencias a partir de su correlación con ciertas reglas de la experiencia (indicios). Pero para que un dato sea prueba deberá poseer indiscutiblemente aptitud conviccional potencial o hipotética *per se* para provocar conocimiento de acuerdo con las reglas de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común⁶⁸. El dato debe provenir del mundo externo al proceso (objetividad) y no ser mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria (desde fuera

⁶⁴ MARTINEZ PINEDA, Ángel, Op. cit. p. 97. La finalidad de la prueba es producir persuasión en el ánimo del órgano de decisión, respecto de su misma argumentación y con referencia a circunstancias existenciales del hecho que es motivo de su objeto.

⁶⁵ CAFFERATA NORES, J.I., en FUNDACIÓN MYRNA MACK, “*Valoración de la prueba*”, Serie

Justicia y Derechos Humanos, no. 2, 1ª ed. Guatemala, nov. 1996, p. 11 y ss.

⁶⁶ Loc. cit. ver n.3 para definiciones de otros autores.

⁶⁷ CAFFERATA NORES, José I., HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “*La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*”, Lexis Nexis, 6ª ed., Argentina, 2008., pp. 16 y ss.

⁶⁸ Por ello parecen pruebas pero no lo son los dichos de un oligofrénico profundo, el testimonio de un ciego que expresa “*lo que vio*”, la víctima que no vio a su atacante pero dice reconocerlo en la rueda de reconocimiento de personas (en este caso último faltaría la primera imagen que comparada con la que se obtiene en el acto, puede producir el juicio de identidad entre ambas).

hacia dentro del proceso) debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes⁶⁹. La relevancia del elemento de prueba significa que permite fundar sobre éste un juicio de probabilidad, de ahí su utilidad. Además, el dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, la personalidad del imputado, existencia o extensión del daño causado por el delito, calidad de un elemento de prueba). La relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello es conocida como “pertinencia” de la prueba⁷⁰. También la legalidad del elemento de prueba será presupuesto indispensable para su utilización. Su posible ilegalidad podrá obedecer a dos motivos: su irregular obtención (ilegitimidad) o su irregular incorporación al proceso⁷¹.

Objeto de prueba es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. Considerado en abstracto, se refiere a lo que puede ser probado en cualquier proceso penal, y en concreto, se refiere a lo que se debe probar en un proceso determinado⁷². En abstracto, la prueba puede recaer sobre hechos naturales o humanos, físicos o psíquicos⁷². También sobre la existencia o cualidades de personas, cosas o lugares. Se podrá intentar probar también las normas de la experiencia común, el derecho no vigente. No son objeto de prueba los hechos notorios (los que se conocen y aceptan como ciertos por la mayoría de un país o categoría de personas) ni los evidentes, salvo que sean controvertidos razonablemente, tampoco la existencia del

⁶⁹ Las partes deben poder controlar todo el proceso de “construcción de la prueba”, su “encadenamiento causal”, desde la aparición del simple dato originario, su forma de obtención, y sus procedimientos de corroboración, hasta su incorporación formal al proceso. La verdad real sobre la etiología del dato probatorio no puede quedar encubierta bajo el manto de su incorporación formal al proceso.

⁷⁰ CAFFERATA NORES, J.I. y HAIRABEDIÁN, M, Op. cit. p.35.

⁷¹ Ibid. pp. 18 y ss. 78

Ibid. pp.

33 y ss.

⁷² FENECH, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Laba, S.A., Barcelona- Madrid, 3ª ed., 1960, pp. 594 -600, menciona que el hecho debe reunir varias cualidades para ser objeto de la prueba: posibilidad, verosimilitud, relevancia y pertinencia. Tiene lugar el cambio de objeto en los actos de prueba cuando la utilización de los medios correspondientes, en lugar de tender a convencer al juzgador de la exactitud y veracidad de un hecho de trascendencia en el proceso, tiende a probar la certeza de otro hecho, ligado con el primero con algún vínculo jurídico o material. En este caso, el *thema probandi* se desplaza al *thema probatum* (p. 600).

derecho positivo vigente, ni aquellos temas sobre los cuales las leyes prohíben hacer prueba. En un proceso penal determinado, la prueba deberá versar sobre la existencia del “hecho delictuoso” y las circunstancias que lo califi quen, agravan, atenúan o justifican o infl uyan en la punibilidad y la extensión del daño causado. Deberá también dirigirse a individualizar a los autores, cómplices o instigadores y sus características, las condiciones en que actuó, los motivos que lo llevaron a cometer el delito.

Tampoco se acepta la utilización de ciertos métodos prohibidos para obtener pruebas, tales como todo tipo de formas de coacción directa, física o psíquica sobre las personas, que puedan ser utilizadas para forzarlas a dar datos probatorios (p.ej. “*drogas de la verdad*”). También la ley protege algunos intereses en ciertos casos por considerarlos más importantes que el descubrimiento de la verdad, tal sucede con la cohesión familiar en materia de testifi cales entre parientes⁷³. La prohibición constitucional de autoinculpación del imputado alcanza a la prohibición de no obligarle a producir pruebas contra sí mismo: desde declarar, intervenir en un careo o en una reconstrucción de un hecho, realizar un cuerpo de escritura, es decir su posible intervención como órgano de prueba. Tampoco se podrá utilizar como indicio de culpabilidad el hecho de que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa. Sólo cuando el imputado actúe como objeto de la prueba podrá ser obligado a participar en el respectivo acto procesal, como es el caso de que sea sometido a un reconocimiento, a una inspección. También se consideran ilegales, las fuentes extraprocesales de conocimiento o información (denuncia anónima, informes de inteligencia). “*Aprovechar la ilegalidad para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibile como aprovechar la ilegalidad para probar su comisión*”. Otras limitaciones procesales para la prueba vienen determinadas por el propio proceso judicial en cuanto a tal, también por el instituto de la cosa juzgada y las derivadas de las reglas sobre la prueba⁸¹.

La ley subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio, avance o conclusión del proceso a la concurrencia de determinados

⁷³ Para un análisis jurisprudencial español de las pruebas ilícitas desde cada medio de prueba, v. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita Penal. Estudio jurisprudencial*. Aranzadi Editorial, 2ª ed. España, 2000., pp. 59-276. No está de más señalar (v.43) que si bien carecen total y absolutamente de efectos probatorios, sí es absolutamente correcto evitar las consecuencias graves de no evitar el curso de los acontecimientos derivados del ilícito cometido. 81 FERRER, Jordi, *et al*, Op. cit. p.18 y ss.

estados intelectuales del juez en relación con la verdad que se pretende descubrir⁷⁴. En el inicio del proceso no se requiere más que la afirmación por parte de los órganos públicos autorizados de la posible existencia de un hecho delictivo (*notitia criminis*), para que de comienzo la actividad investigativa. Para vincular a una persona con el proceso como posible responsable del delito, hacen falta bastantes motivos para sospechar su participación en la comisión del delito. A sensu contrario, si se tiene la certeza de que no hubo participación en el delito o es improbable, no se le vinculará. Sin embargo, en el momento de resolver la situación legal del imputado, en función del estado intelectual a que haya llegado el juez respecto a la verdad de los hechos investigados: si hubiese adquirido certeza negativa, deberá ordenar el sobreseimiento; si el juez hubiera llegado a tener probabilidad deberá ordenar el procesamiento del imputado por la existencia de elementos de convicción suficientes para estimar la existencia del delito y la participación culpable. Si estuviera en duda, por no haber mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare. En el momento de la clausura de la investigación y elevación a juicio, la certeza negativa determinará el sobreseimiento, para la elevación a juicio se requerirá probabilidad, por la existencia de pruebas suficientes. Finalmente, la sentencia condenatoria sólo requiere de certeza sobre la culpabilidad del imputado. Ya MITTERMAIER, manifestaba que cada prueba y cada hecho del que se deduce la prueba produce un movimiento en la conciencia humana, movimiento que varía de intensidad según los individuos. Basta comparar un juez de imaginación viva con otro habituado a pesar fría y maduramente todas las cosas, el resultado sería muy distinto. El primero se deja llevar por las apariencias, su espíritu combinando un conjunto de ideas, une en el momento los hechos conocidos a toda una serie de hechos imaginarios. El segundo, siempre dudando, considera aisladamente las circunstancias en forma aséptica, permaneciendo su espíritu impassible e inmóvil. La experiencia adquirida en conjeturas análogas, la costumbre y habilidad práctica influyen también en la convicción suministrada por los hechos⁷⁵. Un juez que descubre el carácter falaz del testimonio emanado de un cómplice, queda impassible después de una investigación exhaustiva, en presencia de pruebas que deberían obrar de un modo decisivo en un espíritu no experimentado. Las opiniones preconcebidas pueden hacer dar a ciertas circunstancias una importancia que jamás vería en ellas un juez que no las

⁷⁴ CAFFERATA NORES, J.I., Op. cit. p.16-19.

⁷⁵ MITTERMAIER, C.J.A., "La prueba en materia criminal", Ed. Leyes, Colección Clásicos del Derecho, Bogotá, Colombia, pp. 70-72.

tuviese. Las disposiciones del momento pueden dejar más o menos acceso a las impresiones producidas por los hechos en que se funda la prueba. Todas estas impresiones, todos estos impulsos, en diversos sentidos, que los hechos producen en el juez, establecen una especie de lucha entre los motivos en pro y en contra, y los que triunfan forman la convicción. La aguja de la balanza de la conciencia, va y viene antes de fijarse, y sus movimientos establecen la proporción entre las razones de creer y negar los hechos en cuestión. Y así, cuando las razones afirmativas se inclinan por su número y peso, de tal suerte que ya no hay lugar ni aún para suponer como posible la negativa, adquirimos la convicción positiva. Pero si hay equilibrio, quedamos en la duda.

La certeza existe cuando hay adhesión firme, sólida e inquebrantable, frente a la verdad que se funda en la evidencia. Constituye el objetivo del órgano jurisdiccional. La certeza puede ser de naturaleza objetiva o subjetiva. La primera hace referencia a la imposibilidad de lo opuesto y se manifiesta a través de una proposición que afirma o niega la necesidad de condenar o absolver, con independencia de alguna condición, por manifestarse al conocimiento *per se* o por lo que motiva, con la fuerza suficiente para determinar la adhesión con seguridad y firmeza, que es lo que al juicio le da certeza⁷⁶. Tomando en cuenta dicha manifestación o lo que la motiva, la certeza puede ser moral, física o metafísica. La certeza física se funda en las inmutables leyes físicas y se adquiere sin especial estudio y examen de los sentidos. Así, la observación directa lleva implícita su propia garantía de certeza inmediata. La certeza moral tiene como fundamento las leyes morales, derivadas de las tendencias ingénitas, del apego profundo y arraigado de la naturaleza racional que impele o empuja a ciertas actuaciones o conductas, aunque no de manera inevitable: el ciudadano de nobles y elevados sentimientos. Así, un testigo inspira confianza en el juez a quien hace el relato, por la sinceridad de quien lo hace. La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no existe)⁷⁷. Para

⁷⁶ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *Filosofía jurídica de la prueba*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pp. 25-27.

⁷⁷ CAFFERATA NORES, J.I., *Op.cit.*, pp. 15-16, sostiene que en el tránsito intelectual humano entre la certeza positiva y negativa se van produciendo estados intelectuales intermedios: duda, probabilidad e improbabilidad. La duda es un estado de indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, todos ellos igualmente atendibles. Más que equilibrio puede ser una oscilación. Habrá probabilidad cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca,

que haya certeza, señala MITTERMAIER, se exige el cumplimiento de ciertas condiciones esenciales: Se requiere un conjunto de motivos acreditados por la razón y la experiencia, para poder servir de base a la convicción. Además, es preciso que la preceda un esfuerzo grave e imparcial, profundizando y apartando los medios que tiendan a hacer admitir la solución contraria. El que desea adquirir la certeza, no cierra jamás la puerta a la duda, antes bien, se detiene en todos los indicios que pudieran conducirlo a ella, y sólo cuando la ha hecho desaparecer completamente es cuando su decisión se hace irrevocable y se asienta sobre la base indestructible de los motivos de la convicción afirmativa. No puede existir la certeza hasta haber sido alejados todos los motivos resultantes de los autos, que tiendan a presentar la inculpación como descanso acaso sobre una imposibilidad, o lleguen a dar un resultado positivamente contrario al que los demás motivos suministran. Además el entendimiento debe ver alejados hasta los motivos mismos que no se apoyarían sino en una posibilidad en sentido contrario. Las circunstancias simplemente imaginables, aunque poco frecuentes, también deben ser consideradas, siempre que existieran indicios, por ligeros que fuesen, que establecieran aun una probabilidad remota⁷⁸. Siguiendo a MITTERMAIER, también damos fe a las afirmaciones de nuestra razón cuando examina y decide con arreglo a los datos de los sentidos, y cuando la certeza se forma en nuestro entendimiento, guiado por medios puramente lógicos⁸⁷. Entre estos medios se encuentra la *conclusión de lo posible a lo real*. Cuanto más perfecta sea la armonía en la que están las imágenes que los sentidos transmiten con nuestras ideas de lo posible, confirmadas por la experiencia, más nos inclinamos a mirar como reales estas imágenes. Por el contrario, cuando los sentidos son impresionados por un fenómeno extraordinario, incomprensible, tiene lugar la duda en nosotros y nos sentimos inclinados a considerar como ilusiones estas imágenes sensibles. Otro

pero los positivos sean superiores en fuerza a los negativos. Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos se dice que hay improbabilidad (o probabilidad negativa).

⁷⁸ MITTERMAIER, C.J.A., Op. cit., p. 87-88, al respecto señala que conviene distinguir entre la probabilidad y la certeza. Hay probabilidad citando la razón apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido. La probabilidad resulta de que las pruebas que debieran por sí mismas establecer la verdad no se presentan a primera vista con las condiciones necesarias o de que en oposición a los motivos suministrados por ella, existen otros también, muy fundados, en sentido contrario, o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos, que a pesar de su reunión, no son todavía bastante poderosos para producir la certeza. Siempre que quede lugar a la duda, no es posible condenar. Pero la probabilidad sí es importante en el curso del proceso, dirige la instrucción y autoriza plenamente, las graves medidas que es necesario tomar (en referencia a la prisión provisional). ⁸⁷ Op. cit., pp. 155 y ss.

de los métodos es la *conclusión por analogía*, es decir, de un caso a otro semejante. Cuanto más exacta, frecuente y uniforme es la semejanza, tanto mayor es nuestra convicción. También, la *conclusión sacada de las circunstancias al hecho principal*, cuando estas circunstancias se hallan de ordinario en completa relación con él. Respecto al *quantum probatorio* o peso de la prueba, se refiere al grado de convencimiento que el juzgador debe adquirir en base al material probatorio que se cuenta dentro del proceso para poder fundamentar una decisión apegada a derecho.⁷⁹

⁷⁹ JAUREGUI, Hugo Roberto, “Introducción al Derecho Probatorio en materia penal”, 2ª ed.

Febrero de 2003, Magna Terra Editores, Guatemala., pp. 41-44. Resume los artículos 6 (probabilidad para el inicio de la investigación), sospecha razonable para librar orden de aprehensión, de allanamiento, de secuestro o legitimar el arresto policial (artículos 187, 200, 257, 258 del Código Procesal Penal). La Constitución Política en su artículo 13 recoge los motivos para el auto de prisión (motivos razonables suficientes, probabilidad). Respecto al estándar de convicción, BAYTELMAN y DUCE, Op. cit.

p. 75 y ss, opinan que la fórmula de que los jueces hayan adquirido “convicción” para condenar a una persona es muy vaga. Cuanta convicción se requiere para condenar a una persona no ha sido discutido en los desarrollos legales y jurisprudenciales latinoamericanos. Tampoco el estándar anglosajón de la “*duda razonable*” zanja la cuestión, aunque es un estándar alto para la prueba del fiscal, y es un buen piso para los jueces, puesto que opera el principio *in dubio pro reo*. Para la experiencia chilena, los autores consideran que el estándar penal es mayor que en otras ramas del Derecho, por lo que la sentencia penal absolutoria deja abierta la posibilidad de exigir ante tribunales civiles la responsabilidad civil. Detrás de este problema hay consideraciones de política criminal: mientras más bajo sea el estándar (menores exigencias probatorias para los jueces), más fácil será condenar.

UNIDAD II PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE INFORMAN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

2.1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Como en otras ramas del ordenamiento jurídico, el Derecho Procesal Penal se encuentra inmerso en un proceso de constitucionalización normativa, por ello LORCA NAVARRETE afirma que *“la interpretación y aplicación de las normas procesales tiene trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquella que sea más conforme con el principio pro actione y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela, de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la finalidad de garantía, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad –principio de proporcionalidad– entre lo que la forma demanda y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación sustantiva, es claro que el derecho fundamental a la tutela efectiva resulta vulnerado”*⁸⁰.

Como expone el autor español, el proceso es funcionalmente autónomo en su sustantividad, misma que le impide ser *“adjetivo, acritico y mecanicista”*⁸¹, porque la *“efectividad constitucional”*, es sustantividad garantista autónoma.

Por otro lado, el empleo de determinadas técnicas, previstas en la ley, puede revelarse insatisfactorio en términos de justicia, efectividad, seguridad, igualdad y otras determinantes axiológicas y deontológicas de carácter constitucional. En definitiva, el acceso a la justicia y la tutela judicial se concibe como un derecho, derecho fundamental, y coadyuvando a lograr una aplicación más justa del derecho: *“el derecho fundamental al proceso justo y*

⁸⁰ LORCA NAVARRETE, Antonio María, *“El Derecho Procesal como Sistema de Garantías”*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XXXVI, número 107, mayo-agosto de 2003, pp. 534, 536 y 537. El problema no radica en la uniformidad de las garantías constitucionales procesales, sino en las *“técnicas adjetivas que la leyes de procedimiento utilizan para tipificar el procedimiento”*.

⁸¹ Ibid., p. 548. Debe recordarse que el análisis se realiza desde lo que expresamente recoge el artículo 24.1 de la Constitución española: *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”*.

el derecho fundamental a una tutela jurisdiccional revestida de efectividad califi cada”⁸².

Una primera fundamentación deviene de la teoría de los derechos públicos subjetivos, conexas a la caracterización liberal de los derechos y la construcción jurídica del Estado constitucional moderno, en su búsqueda de igualdad formal, y desarrollada por JELLINEK (1892), quien aseguró que *“la nota distintiva del Estado moderno en el reconocimiento del individuo como persona y como sujeto de derecho, apto para reclamar con eficacia la tutela jurídica del Estado. El simple hecho del individuo de pertenecer al Estado se muestra relevante desde el punto de vista jurídico en las relaciones mantenidas entre los dos. En esa perspectiva, las pretensiones jurídicas que resultan de tales condiciones son lo que se designa por derechos subjetivos públicos. Estos consisten, así, en “pretensiones jurídicas (Ansprüche) frente al Estado, resultantes directamente de situaciones o condiciones (Zustände) jurídicas”*. Concluye el autor alemán, que el deber del Estado de otorgar jurisdicción no se centraliza sólo en el interés general, sino especialmente en el interés de quien busca la satisfacción de su (afirmado) derecho delante del órgano judicial. Posteriormente, la evolución histórica del instituto de la tutela judicial, lleva a la constitucionalización de las garantías formales derivadas del debido proceso (hasta los años 50 del siglo XX). En el proceso, la visión estática condujo a una simple constitucionalización formal de los principios procesales ya existentes, cuyos efectos se agotarían por completo en un encuadre de garantía, pero sin llegar a interferir directamente, de forma innovadora, sobre la realidad del proceso. Las aportaciones de VIEHWEG, GIULIANI, PERELMAN y otros, así como con la aparición de la teoría de los principios elaborada por DWORKIN y el fortalecimiento de los derechos fundamentales, frente a las necesidades del Estado providencia. Esos factores fueron determinantes para la declinación del normativismo legalista, bandera asumida por el positivismo jurídico. Finalmente, la teoría de los derechos fundamentales aplicada en el proceso supone la última fase evolutiva: *“(…) los derechos fundamentales como normas objetivas supremas de la ordenación jurídica vuelve a revestir fundamental importancia práctica y no solo teórica para las tareas del Estado. Por eso, cualquier poder del Estado tiene una obligación (negativa) de abstenerse de injerir en el ámbito protegido por los derechos fundamentales,*

⁸² Ver De Oliveira, Carlos Alberto Álvaro, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, XXI Jornadas Iberoamericanas organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal llevadas a cabo en Lima, Perú, el 16 de octubre de 2008.

como también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva para la realización de esos derechos, incluso cuando no se refiriere a una pretensión subjetiva de los ciudadanos”. Se trata en definitiva de un cambio de paradigma.

Esta corriente doctrinaria ya tiene sustento legal en el proceso penal guatemalteco, por cuanto con la reforma del artículo 5 CPP prevista en el Decreto Número 7-2011 del Congreso de la República materializa dos principios procesales fundamentales transversales⁸³:

- La propia tutela judicial efectiva como un derecho de los sujetos procesales (la víctima o el agraviado y el imputado).
- El debido proceso⁸⁴

2.2. EL DEBIDO PROCESO PENAL

Nuevamente es preciso recurrir a las bases históricas comparadas para conocer el origen de dicho principio. La fuente original de concepto puede encontrarse en la Carta Magna de 1215, si bien la expresión *due process of law* surge posteriormente. Concretamente, en el Capítulo 39 del mencionado texto, el rey Juan promete a los barones de Runnymede (el contexto feudal nuevamente), lo siguiente⁸⁵:

“(…) Ningún hombre libre sea aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna, arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra”.

COUTURE interpreta que en este episodio aparecen como garantías procesales: el juez competente y la ley preexistente, en referencia al “juicio de pares” y la “ley de la tierra”.

⁸³ V. también el artículo 4 CPP.

⁸⁴ Nótese la expresión legal: “*El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos*”.

⁸⁵ HOYOS, Arturo, *El debido proceso*, 2a Reimp., Colombia, 2004, pp. 6 y 7.

Ya en el Capítulo 29 de la versión de 1354 de la Carta mencionada aparece la expresión en lengua inglesa: “*due process of law*”⁸⁶:

“Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredada, ni sometida a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en su debido proceso legal”.

El siguiente momento, vendrá dado por la constitucionalización de la figura, situación que se produce en los nacientes estados norteamericanos, a través de las Constituciones Estatales de Pennsylvania (1777), Maryland y Carolina del Norte (1776), las cuales señalan que las personas no serán privadas de ciertos derechos sino mediante la *law of the land*. Finalmente, la Constitución Federal norteamericana de 1787 si bien no contenía inicialmente el derecho en cuestión, a través de la Quinta Enmienda, dos años después (1789), termina por recogerlo⁸⁷:

“No podrá someterse a una persona dos veces por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales, tampoco podrá obligársele a testifi car contra sí mismo en una causa penal y no se le podrá privar de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”.

Posteriormente, la Sección I de la Enmienda XIV de la Constitución federal, vuelve a hacer referencia al *due process of law*.

Ya en la segunda mitad del siglo XX se internacionaliza el principio en diversos tratados y convenciones, de ámbito universal o regional, tales como el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14.1o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁸⁸.

En el caso latinoamericano, primero se constitucionalizó el derecho y posteriormente en el marco de la reforma procesal penal, se le termina dando el sentido vertebrador del proceso que merece, respondiendo no sólo a exigencias de ajuste a la normativa internacional (doctrina de los tribunales internacionales incluida), de la cual los Estados fueron haciéndose parte, sino a la jurisprudencia de los recién creados tribunales constitucionales nacionales.

⁸⁶ Ibid., p. 8. La cláusula *due process of law* aparece consagrada en *The Pettion of Righth* de 1627 y en el *Hábeas Corpus Act* de 1640. Con ello, se produce un tránsito entre documentos de tipo privado (bajomedievales) a instrumentos de tipo público (PÉREZ LUÑO), en la medida que el poder del rey se consolida y el Estado-nación toma forma.

⁸⁷ Ibid., p. 10.

⁸⁸ A ellos, debe agregarse la prohibición del uso de la tortura (práctica inadmisibile).

Sin lugar a duda, el ordenamiento jurídico guatemalteco alberga el concepto de debido proceso, sin embargo, debe partirse de que el texto constitucional de 1985, *prima facie* no recogió el concepto y la fija directamente, únicamente el relativo al derecho de defensa, en el artículo 12 así como el elenco de garantías procesal-penales, concretamente:

Detención legal (artículo 6°); Notificación de la causa de la detención (Artículo 7°); Derechos del detenido (Artículo 8°); Interrogatorio a detenidos o presos (Artículo 9°); Centro de Detención legal (Artículo 10); Detención por faltas o infracciones (Artículo 11); Derecho de defensa (Artículo 12); Motivos para el auto de prisión (Artículo 13); Presunción de inocencia y publicidad del proceso (Artículo 14); Irretroactividad de la ley (Artículo 15); Declaración contra sí y parientes (Artículo 16); No hay delito ni pena sin ley anterior (Artículo 17); Pena de muerte (Artículo 18); Sistema penitenciario (Artículo 19); Menores de edad (Artículo 20); Sanciones a funcionarios o empleados públicos (Artículo 21); Antecedentes penales y policiales (Artículo 22); Inviolabilidad de la vivienda (Artículo 23); Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros (Artículo 24); Registro de personas y vehículos (Artículo 25); Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado (Artículo 29); Objeto de citaciones (Artículo 32); Tenencia y portación de armas (Artículo 38).

Si bien constitucionalmente, la referencia nominal en el artículo 12 es al derecho de defensa, el artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial, sí lo menciona expresamente: “*Artículo 16. Debido proceso. Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y pre establecido, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos*”. En el caso del Código Procesal Penal, se incorpora el concepto a través del Decreto Número 7-2011, del Congreso de la República, al incluir un párrafo segundo en el artículo 5 relativo a los fines del proceso: “*(...) El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos*”.

En este sentido, en el caso de Guatemala, la elaboración del concepto del debido proceso ha sido fruto de la doctrina y en particular de la construcción

de la Corte de Constitucionalidad⁸⁹, la cual ha definido en numerosas ocasiones su alcance y contenido, y así considera: *“el debido proceso consiste en la observancia, por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y en el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre que conlleva el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de justicia y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele la oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes específicas”*⁹⁹.

La INSTANCIA MODERNIZADORA DEL SECTOR JUSTICIA considera: *“el concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjunto de garantías de los derechos de goce cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano”*¹⁰⁰. Sin embargo, posteriormente recoge las ideas de ALVARADO VELLOSO, *“(...) si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso resulta más fácil sostener que es aquel que se adecúa plenamente a la idea lógica de proceso y que presenta a dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad, que es un tercero en la relación litigiosa, como tal, imparcial e independiente. En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios”*. Esta recepción del concepto doctrinal, debe ser matizada, pues se sostiene que el debido proceso no debe confundirse o reconducirse en términos absolutos con el modelo adversarial anglosajón¹⁰¹.

⁸⁹ También, la Corte Suprema de Justicia ha contribuido en dicha tarea, en particular en el ámbito casacional, ha declarado la violación del principio del debido proceso entre otros, en los siguientes casos: Casaciones acumuladas Nos. 141-2002 y 142-2002, Sentencia del 28/10/2002, por no dotar el tribunal en la diligencia de primera declaración de abogado defensor, aun de oficio, a los imputados; Casación No. 17-2003, Sentencia del 10/07/2003, por no considerar una Sala de Apelaciones, la protesta formulada en el debate y que consta en acta y que le vedó el acceso a un recurso; Casaciones acumuladas Nos. 292-2002 y 300-2002, Sentencia del 23/09/2003, por falta de motivación de una sentencia. Finalmente en la Sentencia del 09/04/2002 (Casaciones acumuladas No. 306-2001 y 316-2001) ha señalado que:

“(...) El debido proceso se observa como garantía conglobante de todo el cúmulo de garantías procesales derivadas de la Constitución Política de la República y consiste en la observancia de las formas sustanciales del proceso relativas a sus diferentes fases, a la acusación, a la defensa, a la prueba, así como a las resoluciones que emiten los órganos jurisdiccionales (...)”

99 Gaceta No. 34. Expediente 254-94, Sentencia de 8 de diciembre de 1994.

100 INSTANCIA MODERNIZADORA DEL SECTOR JUSTICIA, Módulo *“Aplicación de garantías constitucionales y de principios procesales”*, Módulo 3, p. 36.

101 V. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Los sistemas procesales”, en ALVARADO VELLOSO A., ZORZOLI, Oscar A. (dir.), *El debido proceso*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, julio de 2006, p. 6. Sobre los problemas de la incorporación al modelo acusatorio continental de los esquemas anglosajones ver DAMASKA, M.: “ASPECTOS GLOBALES DE LA REFORMA DEL PROCESO PENAL”, en

Reformas a la Justicia Penal en las Américas—Memoria de la primera conferencia organizada por DPLF en Washington DC, en noviembre de 1998, Capítulo I. Los movimientos de la reforma del proceso penal, disponible en <http://www.dplf.org/uploads/1190596764.pdf>.

También se ha referido a su vinculación con la garantía del derecho de defensa *“el debido proceso es el elemento esencial del derecho de defensa e involucra el conjunto de garantías que deben de revestir los actos y procedimientos que conducen a las decisiones judiciales”*⁹⁰.

En la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 se configura un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, en función de lo dispuesto en los artículos 203 y 251 en forma conjunta⁹¹, es decir, la separación

⁹⁰ Gaceta No. 32, Expediente 427-93, Sentencia de 25 de abril de 1994. En cualquier caso, y como parte del derecho de defensa de las partes, en relación con todo el elenco probatorio se encuentra la verificación de la cadena de custodia. INSTANCIA COORDINADORA DE LA MODERNIZACIÓN DEL SECTOR

JUSTICIA, Op. cit., p. 41 en relación a la equiparación que la Corte de Constitucionalidad realiza de los términos debido proceso y derecho de defensa, considera que el debido proceso es el género y el derecho de defensa, la especie.

⁹¹ CALDERÓN PAZ, Carlos Abraham, *“Constitución Política y Derechos Humanos aplicados al sistema penal guatemalteco”*, CEIL, Guatemala, septiembre de 2009, p. 119, si bien no estricto, se trata de una primera conclusión *“prima facie”*, y en todo caso *“impacta profundamente al sistema”*. La doctrina constitucionalista nacional no se ha posicionado al respecto, puesto que a diferencia de la reciente reforma constitucional mexicana, el tema no se observa como de índole constitucional en Guatemala. A un nivel legislativo, la INSTANCIA COORDINADORA DE LA MODERNIZACIÓN DEL SECTOR JUSTICIA, mayo de 2006, *“Módulo: Preparación y Desarrollo del Debate”*, p. 4 consideró en su oportunidad que *“El sistema guatemalteco se enmarca en modelo mixto pro acusatorio”*. El carácter mixto se derivada de las facultades oficiosas que aún subsistían en la fase de

absoluta de funciones entre el órgano jurisdiccional y el Ministerio Público en el proceso penal.

El artículo 251 constitucional atribuye al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, al respecto la Corte de Constitucionalidad en su Sentencia de 24 de junio de 2008⁹² precisó:

“(...) corresponderá al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública con el objeto que determine, por medio del diligenciamiento de los respectivos elementos de prueba, si concurre un hecho ilícito, las circunstancias en que pudo ser cometido y la posible participación del sindicado, y requerirá al juez contralor de la investigación la citación del denunciado, con el objeto de que éste presente su declaración respecto a los hechos que se le imputan, y ejerza su derecho de defensa, tanto material, como técnica, esta última con la asistencia del abogado de su confianza, si durante el transcurso de la investigación, al incorporarse los elementos de convicción, el Ministerio Público determina la concurrencia de otros hechos ilícitos, podrá requerir al juez de la causa la citación del imputado con el objeto de que amplíe su declaración, en atención a los mismos y éste pueda ejercer

los derechos que le confiere la Carta Magna y las disposiciones adjetivas penales, con lo cual se garantiza su derecho de defensa, así como el principio jurídico del debido proceso”.

Como puede apreciarse el concepto constitucional de debido proceso, se encuentra vinculado en su aspecto de salvaguarda del derecho de defensa en relación a todas aquellas actuaciones que el Ministerio Público practique durante la fase de investigación (diligencias de obtención de elementos de prueba), debiendo contar para ello con la concurrencia del juez de garantías, en particular para la citación a declarar del imputado.

Mientras que al juez o tribunal le compete juzgar y ejecutar lo juzgado según el artículo 203 constitucional, órgano que va a actuar “*suprapartes*”, debiendo resolver “*conforme a la acción y pretensión ejercitada con absoluta independencia e imparcialidad*”. La Corte de Constitucionalidad ha señalado al respecto:

“Conforme a la Constitución corresponde al Organismo Judicial, presidido por la Corte Suprema de Justicia, la función jurisdiccional, esto es, la resolución de conflictos y pretensiones. (...) En el campo jurisdiccional, ciertamente magistrados y jueces están protegidos por el

instrucción (artículos 313, 314 y 318.2 Código Procesal Penal), aunque se cumplieran los principios de contradicción, defensa e inmediación, pero se caracterizaba por ser escrita. Actualmente dicha interpretación se encuentra superada por las reformas acusatorias.

⁹² Gaceta No. 88, Expediente 1099-2008.

*principio de independencia, gracias al cual tienen la potestad de resolver con criterios fundados en la ley, ajenos a la inferencia de otras autoridades (...)*⁹³”.

En igual sentido, la Corte en relación a la función jurisdiccional ha señalado que consiste en “*la potestad que corresponde a los tribunales de justicia, que tiene por fin la declaración y realización del derecho mediante la aplicación de la ley a casos concretos*”⁹⁴”.

En el Expediente Número 4245-2011, Sentencia de 31 de enero de 2012, en apelación de sentencia de amparo, la Corte de Constitucionalidad realiza una exposición doctrinaria del principio del debido proceso y derecho de defensa en los siguientes términos (Considerandos II y III)⁹⁵:

*“El derecho al debido proceso está concebido como garantía aseguradora de los demás derechos fundamentales, connatural a la condición humana y no sólo está previsto como un principio o atribución de quienes ejercen la función jurisdiccional; se estima oportuno citar la sentencia de dieciocho de octubre de dos mil once, dictada por este Tribunal dentro del expediente dos mil setecientos noventa y siete – dos mil once (2797-2011), en la que se pronunció en el sentido siguiente: “... De conformidad con el artículo 12 de la Constitución, nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido, norma que reconoce los derechos fundamentales de defensa y a un debido proceso, pero –de conformidad con el resaltado– se **deben hacer valer en ejercicio de otro derecho materialmente afectado**, al igual que el libre acceso a tribunales –establecido por el artículo 29 constitucional– que puede ser ejercido por toda persona para la promoción de sus acciones o hacer valer sus derechos, dada la característica de interdependencia de los derechos fundamentales...”* (El resaltado no aparece en el texto original). *El debido proceso posee dos dimensiones: una sustantiva, que se refiere a los estándares de justicia o razonabilidad; y la otra dimensión procesal, referida a la dinámica procedimental. **El debido proceso sustantivo** no se inserta en una construcción procedimental, sino que implica la compatibilidad de los pronunciamientos jurisprudenciales con los estándares de justicia o razonabilidad. Se trata de un auténtico juicio o valoración aplicado directamente sobre la misma decisión o pronunciamiento con el que se pone término a un proceso, incidiendo en el fondo de las cosas. Esto demuestra que el debido proceso no sólo opera como un instrumento, sino que fundamentalmente es una finalidad. En observancia a esto, el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala consagra los lineamientos generales del debido proceso legal, donde se aplique certeramente los derechos sustantivos y procesales. **El debido proceso formal o procesal**, es el conjunto de condiciones que deben cumplirse para*

⁹³ Gaceta No. 48, Expediente 90-98. Fecha de sentencia: 25/06/1998.

⁹⁴ Gaceta No. 35, Expediente 296-94. Fecha de sentencia: 26/01/1995.

⁹⁵ Se había solicitado la suspensión de la audiencia de ofrecimiento de medios de prueba porque no se encontraba presente el intérprete. En primer grado de amparo el tribunal estimó que al no ser una audiencia en la que tuviese que rendir declaración el sindicado, no era necesaria la intervención del intérprete, porque en ese tipo de audiencias el abogado defensor es quien se pronuncia.

asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Es el derecho que tiene toda persona a que se ventile y se resuelva su causa con justicia, respetando las necesarias garantías legales; alude a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de un proceso determinado”.

El debido proceso es un derecho fundamental, se considera como la matriz de todos los demás derechos que en el trámite del proceso penal garantizan la intangibilidad de la dignidad absoluta de la persona humana. En forma particular, el debido proceso es el conjunto de garantías que protegen a la persona de los riesgos del desbordamiento del poder. Su contenido, abarca los siguientes principios, normas y prohibiciones⁹⁶:

Principio de legalidad del delito.

Principio de legalidad de la pena y su ejecución.

Principio de legalidad del proceso.

Principio del juez natural.

Principio de ritualidad garantizadora o formas propias de cada juicio.

Principio de favorabilidad.

Presunción de inocencia.

Derecho de defensa real o técnica⁹⁷.

Derecho al proceso en la ley que corresponda.

⁹⁶ ARENAS SALAZAR, Jorge, *Pruebas Penales*. Librería Doctrina y Ley, Colombia, 11ª reimpresión, septiembre de 1996, pp. 80 y 81, sin pretensión de taxatividad y no agota las derivaciones del contenido de cada uno de los enlistados. Para conocer el alcance del debido proceso en el proceso penal, el autor se complementa con jurisprudencia constitucional de Colombia: Sentencias T-442/92 y la T/496/92.

⁹⁷ Ver Casaciones Acumuladas Nos. 141-2002 y 142-2002, Sentencia del 28/10/2002: “ *No se cumplió con uno de los requisitos establecidos para la primera declaración, puesto que en esa diligencia el tribunal no dotó de los medios necesarios a los imputados para que pudieran contar con la asistencia de un defensor de su confianza o un abogado de la defensa pública. Se vulneró el derecho a la asistencia letrada, derecho contenido entre su derecho de defensa (...) Nadie deberá enfrentar un proceso judicial sólo, sin la ayuda de alguien que, conociendo a fondo el derecho, tanto sustantivo como procedimental, le asegure una defensa técnica adecuada, proporcionada, razonable y oportuna”.*

Derecho a un proceso público.

Derecho a un proceso sin dilaciones injustifi cadas.

Derecho a presentar pruebas.

Derecho a controlar la producción de pruebas.

Derecho a controvertir las pruebas que se aporten en su contra.

Derecho a la impugnación o a la doble instancia.

Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Derecho a la prueba debida.

Derecho a la *reformatio in peius*.

Derecho a no autoincriminarse ni incriminar a parientes cercanos.

Prohibición de la pena de muerte, de penas no redimibles, crueles, degradantes o inhumanas.

Derecho a acceso a la justicia.

Derecho a jueces independientes y autónomos.

Prevalencia del derecho sustancial.

Derecho a que los términos judiciales se observen con diligencia.

Principio *in dubio pro reo*.

2.3. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL PENAL

El proceso penal actualmente, y desde una óptica garantista es un instrumento de la política penal amplia del Estado⁹⁸. De una parte,

⁹⁸ El modelo garantista ha sido expuesto por FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995, p. 93, que se sintetiza en diez axiomas, que dibujan un modelo tendencial o límite: “**A1** Nulla poena sine crimine. **A2** Nullum crimen sine lege. **A3** Nulla lex (poenalis) sine necessitate. **A4** Nulla necessitas sine iniuria. **A5** Nulla iniuria sine actione. **A6** Nulla actio sine culpa. **A7** Nulla culpa sine iudicio. **A8** Nullum iudicium sine accusatione. **A9** Nulla accusatio sine probatione. **A10** Nulla probatio sine defensione. FERRAJOLI los considera como garantías penales y procesales (indistintamente): “**1**) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del

instrumentaliza un método para determinar la verdad legal en el caso concreto, lo cual en el estadio actual apela al concepto de debido proceso, y por otra parte, se considera el “*código de garantías mínimas del acusado*” frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Como señala ARMENTA DEU⁹⁹: “(...) *el proceso penal es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el Derecho penal*”.

En efecto, actualmente desde una perspectiva doctrinaria y legal, sería un error considerar la separación entre ambas disciplinas, vinculadas por el principio general del principio de legalidad en materia penal. Sin jurisdicción penal no hay Derecho Penal, sentencia que se aprecia en lo particular, cuando el Derecho Penal recurre a los jueces para determinar en el caso concreto las siguientes operaciones:

- ¿Cuál será la pena concreta a imponer en forma individualizada?
- ¿La valoración de la prueba aportada acusatoriamente al debate con arreglo a la sana crítica?
- La fijación de una medida de seguridad, previa valoración del estado psíquico del acusado en un procedimiento especial.

A este aspecto del principio de legalidad se le denomina “*garantía jurisdiccional*”¹⁰⁰. Nunca se ha encontrado tan vigente, a pesar de un posible incorrecto entendimiento del modelo acusatorio¹⁰¹ de tipo adversarialista, donde se presume que el juez queda en papel pasivo.

delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación”. Con origen en la ilustración y actualmente incorporados constitucionalmente, se consideran principios jurídicos del “*moderno estado de derecho*”.

⁹⁹ ARMENTA DEU, Teresa, “*Lecciones de Derecho Procesal Penal*”, Marcial Pons, Quinta Edición, Madrid, 2010, p. 27.

¹⁰⁰ Loc. cit. sintetiza dicho principio en las garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución.

¹⁰¹ El acusatorio no prescinde de la función jurisdiccional, antes al contrario, y entendida en sus términos razonables y constitucionales, la función jurisdiccional en el debido proceso se

Respondiendo a la primera interrogante, el artículo 65 del Código Penal establece como criterios para la fijación de la pena la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Cada más lejos aún del modelo garantista, la previsión típica de un derecho penal de autor, al tener que ponderar el juzgador dichos criterios, en particular peligrosidad y antecedentes personales, que sitúan nuestro Derecho penal y procesal penal, aún en un esquema de defensa social, de ahí que la garantía jurisdiccional se considere constitucionalmente muy necesaria.

Respecto a la valoración de la prueba conforme al sistema de la sana crítica razonada, previsto en el artículo 186 del Código Procesal Penal, señala COUTURE¹⁰²:

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas, interfieren las reglas de la lógica con las de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba... con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas... La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también, sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman la higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.

La sana crítica razonada contribuye a humanizar el procedimiento penal, pues la prueba como elemento cognitivo que se verifica en el proceso, requiere del razonamiento humano del juzgador, de ahí la garantía frente a la arbitrariedad de un modelo autoritario, o a la parcialidad de su origen en el sistema acusatorio.

Finalmente, y no menos relevante es el problema de la aplicación de las medidas de seguridad, previstas en el artículo 86 del Código Penal, insertas en el principio de la garantía jurisdiccional. En particular, se considera que el punto crítico se sitúa en la audiencia intermedia, según lo expresado en el numeral 3 del artículo 485 del Código Procesal Penal cuando se indica que el juez contralor de la investigación podrá rechazar el requerimiento del Ministerio Público por entender que corresponde la aplicación de una pena y

constituye en una auténtica garantía procesal penal de los intereses de las partes y de la justicia en particular.

¹⁰² HOUED VEGA, Mario A., SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, FALLAS REDONDO, David A., *“Proceso Penal y Derechos Fundamentales”*, IJSA, San José, Costa Rica, 1ra. ed. 1998, p. 83.

ordenar la acusación. Dicho precepto requiere de un análisis detenido, puesto que pudiera ser contrario al principio dispositivo, y aún mantiene un carácter defendista social. En todo caso, se debe entender que el Ministerio Público no logró probar objetivamente el estado peligroso del sindicado con base en lo dispuesto en el artículo 87 del Código Penal, y que se trata de una persona imputable. Bajo las circunstancias de apertura a juicio, los sujetos procesales deberán readecuar sus estrategias, sin embargo, para el Ministerio Público corre la carga de formular la acusación y pedir sanción penal. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 486 del Código Procesal Penal, en torno al cambio sobrevenido en la condición del inimputable, por la posibilidad de aplicación de una pena, el tribunal hará las advertencias al imputado conforme las disposiciones aplicables para la ampliación o notificación de la acusación.

La Corte de Constitucionalidad, en sentencia dictada en apelación de sentencia de amparo, Expediente 4216-2009, de 24 de marzo de 2010 realiza una consideración doctrinaria sobre el tema¹⁰³, utilizando para ello dos argumentos. El primero en relación al valor de la costumbre en materia procesal (Considerando II):

“En concordancia con lo anterior, es de señalar que la autoridad impugnada rechaza el recurso de reposición aduciendo que se instó a un juzgado menor que resolviera el mismo, sin embargo, no observó que lo único que se le solicitó al Juez de Paz y en un oficio distinto al escrito que se pretende que resuelva, es que se reciba el libelo de reposición y la posterior remisión del mismo a su despacho, en ningún momento se solicitó al juzgado menor que extendiera su función jurisdiccional o de competencia. Tal circunstancia no se encuentra prohibida por la ley adjetiva penal por lo que en atención al derecho de libertad de acción es permitida la presentación de escritos en un juzgado menor, cuando por motivos, como los del caso concreto, no se pueda hacer en el Juzgado que debe conocer y resolver el recurso. Además, se debe observar el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, que establece que la costumbre rige en defecto de la ley aplicable o por delegación de la misma, de tal cuenta es sabido que en ocasiones anteriores el Juzgado de Paz Penal del municipio de Poptún del departamento de Petén, órgano jurisdiccional ante quien fue presentado el recurso de reposición y cuyo municipio también es la sede de la Fiscalía de Sección Adjunta de Delitos Contra el Patrimonio Cultural de la Nación del Ministerio Público –hoy postulante–, ha diligenciado recursos dirigidos a otros órganos jurisdiccionales, quienes, debido a la

¹⁰³ En la instancia se había declarado improcedente por extemporáneo y por haber sido presentado ante el órgano jurisdiccional de competencia y jurisdicción distinta (un juzgado de paz) un recurso de reposición en contra de una resolución que declaró sin lugar unas medidas cautelares. El amparista argumentó una interpretación formalista mencionando la jurisprudencia prevista en las sentencias de dieciséis de noviembre de dos mil seis, dictada en el expediente dos mil quinientos treinta – dos mil seis (25302006) y diecisiete de octubre de dos mil ocho, dictada en el expediente un mil setecientos ochenta y cinco – dos mil ocho (1785-2008).

distancia, en respeto al debido proceso y el derecho de defensa, no han tenido inconveniente en tramitar”.

Y respecto a la competencia preventiva de los juzgados menores en materia de trámite de recursos en especial en materia de cumplimiento de plazos (Considerando III)¹⁰⁴, y que en definitiva entrelaza el principio *pro actione* con la garantía jurisdiccional penal:

*“De tal cuenta, es oportuno analizar el artículo 45 de la Ley del Organismo Judicial, que regula la forma de computar los plazos, norma que es de observancia obligatoria en el proceso penal, tal como esta Corte lo ha señalado en las sentencias de veintinueve de agosto de dos mil siete, expediente setecientos ochenta y cinco – dos mil siete (785-2007), dieciocho de junio de dos mil ocho, expediente ciento cincuenta y cinco – dos mil ocho (155-2008), treinta y uno de enero de dos mil ocho, expediente dos mil quinientos sesenta – dos mil siete (2560-2007), dieciséis de noviembre de dos mil seis, expediente dos mil quinientos treinta – dos mil seis (2530-2006), y uno de marzo de dos mil siete, expediente dos mil quinientos treinta y cinco – dos mil seis (2535-2006), que constituyen doctrina legal, haciendo meritoria su transcripción: “(...) de conformidad con el artículo 45 incisos e) y f) de la Ley del Organismo Judicial, que se utiliza supletoriamente en este proceso, establece que todo plazo debe computarse a partir del día siguiente de la notificación (...). En materia recursiva penal, este Tribunal, ha determinado, con el garantismo que caracteriza los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional, que: “(...) Una de las garantías fundamentales e inviolables del proceso penal, es la posibilidad que tienen los sujetos procesales de hacer uso de las impugnaciones para atacar las resoluciones judiciales que crean le son perjudiciales, como un medio de revisión de las mismas por parte de autoridad diferente. Los medios de impugnación o recursos se encuentran regulados en el libro Tercero del Código Procesal Penal, el que contiene disposiciones generales comunes a todos los recursos y disposiciones propias de cada recurso, las que media vez no contengan contraposición o contradicción existente entre sí, deben apreciarse como complementarias e integradoras; por lo que en este caso [de los recursos, propiamente], sería improcedente una interpretación restrictiva de aplicación únicamente de una norma especial en detrimento de una norma general, dada la naturaleza del proceso penal que persigue objetivos de interés público y de facilitación del accionar de las partes (...)”. Doctrina legal sentada en las sentencias de dieciocho de julio de mil novecientos noventa y seis, expediente ciento setenta y cinco – noventa y seis (175-96); treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y seis, expediente un mil ciento quince – noventa y seis (1115-96); veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y siete, expediente un mil ciento treinta y siete – noventa y seis (1137-96); y cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete, expediente cuatrocientos ochenta y uno – noventa y siete (481-97). El criterio jurisprudencial antes citado es aplicable al caso que ahora se examina, pues es evidente que con un rigorismo indebido, la autoridad impugnada procedió a asumir la decisión reclamada en amparo haciendo una indebida aplicación de la facultad de declarar la inadmisibilidad de un recurso (...) con evidente inobservancia de lo regulado en las literales a), e) y f) del artículo 45 de la Ley del Organismo Judicial, normativa, esta última, que es aplicable al momento de asumir una decisión sobre la admisibilidad de un recurso conforme el principio *pro actione* y cuya observancia no es discrecional sino obligatoria en este tipo de procesos, en atención no solo a los fines que con éstos se pretende*

¹⁰⁴ Ver arts. 399, 402, 44 inciso c) del Código Procesal Penal.

alcanzar, sino además, a la doctrina legal emanada por este Tribunal que privilegia la observancia de este principio en procesos penales. Por lo anterior, se considera que la decisión rigorista de la autoridad impugnada, contenida en el acto reclamado, resulta ser agravante de derechos fundamentales y garantías judiciales del postulante de amparo. De ahí que la protección constitucional solicitada sea viable, para el solo efecto de que la autoridad impugnada, al pronunciarse sobre la admisibilidad formal del recurso (...) misma que por aplicación del artículo 45 literales a), e) y f) de la Ley del Organismo Judicial, ha sido observada por el postulante en el proceso penal anteriormente indicado (...)". La interpretación de elección de normas y de prevalencia de la de mayor efectividad, tiene además sustento en lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 numeral 2 literal h) que le garantiza como mínimo: "(...) *derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (...)*", lo que resulta aplicable, según lo preceptuado en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que, por referirse a un tratado internacional de derechos humanos, debidamente aceptado y ratificado por Guatemala, es superior a la legislación interna".

2.4. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PENALES

El término "*garantías*" hace referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas, institucionalizadas en los modernos ordenamientos bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traducen para el ciudadano, en el derecho a no ser interferido en el ejercicio de su libertad más que si se dan algunas circunstancias predeterminadas; y también en el derecho a que la acción del Estado, cuando la Constitución y la Ley le habiliten a ingresar en ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle conforme a determinadas reglas.

En ello, el proceso penal, como medio de ejercicio de la potestad punitiva del Estado a través del enjuiciamiento, responde a la misma idea de límite. Para CARRARA, la garantía procesal lleva implícita la pre-ordenación a un fin: "*el de procurar que el juicio intelectual resulte conforme a la verdad*". Por ello, el Estado constitucional de Derecho reserva al juez un particular estatuto de independencia, rodeando su ejercicio de *garantías orgánicas funcionales* para lograr dicho objetivo. Las mismas, son el presupuesto o antecedente institucional de las garantías procesales, en la medida que son condiciones de posibilidad de estas últimas. FERRAJOLI considera que las garantías

procesales son los elementos configuradores del modelo teórico identificado como proceso acusatorio¹⁰⁵:

El autor lo ha sistematizado del modo siguiente: A) Garantías primarias (o epistemológicas): a.1) Formulación de la acusación; a.2) Carga de la prueba para el acusador; a.3) Derecho de defensa del imputado. B) Garantías secundarias: b.1) Publicidad; b.2) Oralidad (inmediación y concentración); b.3) Legalidad del proceso (nulidad); b.4) Motivación. Las primeras se traducen en actividades cognitivas, las segundas facilitan el juego de las primeras y hacen posible el control interno y externo de las mismas por lo que se les denomina “*garantías de garantías*”.

La pretensión de que se imponga una pena sin que exista delito, conducta o culpabilidad, o de que se aplique una ley penal contraria a los postulados de la constitución del Estado, sólo puede neutralizarse mediante el instituto de la nulidad. Por ello, la nulidad por más que sea un instituto netamente procesal, constituye una herramienta imprescindible para asegurar la efectividad de la vigencia de los principios constitucionales, por lo que para DÍAZ CANTÓN, posee una *dimensión constitucional*¹⁰⁶:

“El orden jurídico penal, presidido por la constitución del Estado, se vale de la nulidad como herramienta fundamental para asegurar que la realización del poder penal del Estado no vulnere las garantías fundamentales de los individuos que lo soportan.”

2.5. EFECTOS DE LAS VIOLACIONES CONSTITUCIONALES Y SUBSANCIÓN

El proceso penal guatemalteco se ha diseñado para que los propios jueces ordinarios a través de los mecanismos de control difuso, puedan realizar un autocontrol de la constitucionalidad de los actos jurisdiccionales o procesales

¹⁰⁵ PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en FUNDACIÓN MYRNA MACK, *Valoración de la prueba*, Serie Justicia y Derechos Humanos, no. 2, 1ª ed. Guatemala, nov. 1996, pp.78 y ss.

¹⁰⁶ DÍAZ CANTÓN, Fernando (comp.), “*La motivación de la sentencia penal y otros estudios*”, Ed. Del Puerto, Argentina, 2005, pp. 28-29. Para PÉREZ RUIZ, Yolanda, Para leer. *Valoración de la prueba*”. Fundación Myrna Mack, 1ª. Ed. Guatemala, sep. 2001, pp. 134 y ss, considera que el ilícito procesal, permite subsanar posteriormente el vicio de procedimiento, mientras que el ilícito constitucional genera la nulidad absoluta de la prueba y las que pudieran derivarse del mismo.

nulos por violar derechos constitucionales, bien sea a través de los medios de impugnación ordinarios, o excepcionalmente a través del amparo.

Sin embargo, el Código Procesal Penal considera necesario recurrir a la institución de la actividad procesal defectuosa (artículos 281 al 284) en la que se requiere la presentación del sujeto procesal de una queja o protesta que debe constar en las actuaciones procesales, especialmente cuando ulteriormente se requiera de utilizar un medio de impugnación (reposición, apelación, casación).

En todo caso, el tribunal puede advertir aun de ofi cio los defectos absolutos concernientes a la inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución y por los tratados ratifi cados por el Estado (art. 283 CPP). En este caso deberá renovarse el acto, rectifi cando el error o cumpliendo el acto omitido), sin que pueda retrotraerse el procedimiento a etapas precluidas, en todo caso, deben operar los principios de *in dubio pro reo*, la cosa juzgada (art. 284 CPP).

Respecto al uso indebido del amparo con fi nes dilatorios o abusivos es preciso hacer referencia a la Circular 10-2010, de la Cámara Penal de 11 de mayo de 2010:

“1°. Que el Centro de Informática y Telecomunicaciones del Organismo Judicial real ice los ajustes correspondientes al Sistema de Gestión de Tribunales a efecto de que, al momento de existir identidad, sea asignado directamente al juzgado o tribunal que hubiera recibido el primero de los Amparos interpuestos. 2°. Que el Centro Administrativo de Gestión Penal establezca, por medio del encar gado de la recepción y registro de una Acción Constitucional de Amparo, si se trata de una solicitud que ha sido planteada con anterioridad, *debiendo existir identidad de autoridad recurrida y acto reclamado*, el cual deberá asignarse en for ma manual al Juzgado que conoce la primera Acción de Amparo, debiendo para el efecto obtener los permisos informáticos correspondientes en forma inmediata. Los juzgados y tribunales del ramo penal de toda la República, que conozcan de varias Acciones Constitucionales de Amparo sobre un mismo acto reclamado y auto ridad impugnada, observarán con prelación el primero ingresado y *acumularán* conforme la ley las otras acciones, por basarse en el mismo acto reclamado y autoridad impugnada. (Artículo 7° de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). Al momento que se produzca doble presentación de la acción constitu cional de amparo, el juez que conozca de las mismas presentará copia certifi cada al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala para lo que haya lugar en virtud de lo que establece la Ley el Organismo Judicial en el artículo 17: “*Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”.

UNIDAD III PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

3.1. PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

En el estadio de la evolución histórica del proceso penal guatemalteco, únicamente tiene sentido referirse al sistema inquisitivo y sus principios, con fines didácticos, por lo que el garantismo inherente al sistema acusatorio que va dominando la legislación nacional, hace más oportuno el estudio y análisis de los principios que lo caracterizan¹⁰⁷.

Principio de igualdad. No debe confundirse de antemano, “*igualdad procesal*” con sistema adversarial puro o anglosajón¹⁰⁸. El proceso penal latinoamericano, y el guatemalteco en particular, no acoge plenamente este, sino que por las características del ejercicio de la acción penal, y por la atribución al Ministerio Público de la acusación¹⁰⁹, la ley aún deja establecidas algunas desigualdades entre sujetos procesales¹¹⁰, cabe destacar las siguientes:

¹⁰⁷ Autores como ALVARADO VELLOSO consideran que el sistema inquisitivo no es un verdadero proceso, por lo que es ajeno a la concepción democrática de un Estado de Derecho. Los sistemas son modelos teóricos que nunca van a darse a plenitud práctica, por distintos factores, el principal: el cambio en la cultura de los operadores de justicia, y los modelos de organización y gestión del trabajo. Muchas veces inician en proyectos piloto, que se van extendiendo territorialmente con el tiempo. Sin embargo, al menos formalmente y si la legislación recoge estos principios que lo caracterizan, puede entenderse existente en un determinado sistema de justicia. ARMENTA DEU, T., Op. cit., p. 38 distingue entre sistema acusatorio y principio acusatorio, este último requiere la existencia de acusación y que separación entre juzgador y acusador (congruencia entre la sentencia y la acusación, y prohibición de *reformatio in peius*).

¹⁰⁸ Donde el juez permanece en una posición neutral o arbitral.

¹⁰⁹ Un ejemplo de la “*igualación*” del sistema, puede observarse en la Sentencia de 11 de marzo de 1997 de la Corte de Constitucionalidad que eliminó el requerimiento fiscal como criterio para dictar el auto de procesamiento contra la persona que se refiere. Posteriormente, la reforma de 2010, iguala aún más a las partes, en la audiencia de sindicación (art. 82, numeral 4 CPP). V. también, el art. 343 CPP (actual), que iguala a las partes en el ofrecimiento de la prueba para el juicio.

¹¹⁰ ARMENTA DEU, T., Op. cit., p. 39 reconoce la existencia de “*modulaciones en las diferentes fases del proceso*”, aunque la concepción garantista del derecho de defensa y el principio contradictorio van disminuyendo los ámbitos de posibles desigualdades formales entre los sujetos. Sin embargo, reconoce

1. El querellante adhesivo intervendrá solamente en las fases del proceso hasta sentencia conforme a lo dispuesto en el Código, quedando excluido de la ejecución penal¹²³.
2. Si la acción reparadora no se ejercita en la vía penal, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil¹²⁴.
3. La obligación de diligenciar pruebas anticipadas a través del Ministerio Público por el querellante adhesivo¹²⁵.
4. La proposición de diligencias de prueba a través del Ministerio Público por el imputado y sujetos procesales¹²⁶.
5. Asistencia obligatoria a las diligencias de prueba practicadas por el Ministerio Público, pudiendo únicamente hacer constar en el acta las observaciones que se estimen pertinentes en cuanto a la conducta de los presentes y las irregularidades del acto¹²⁷.
6. La formulación de acto conclusivo obligatoria por el Ministerio Público¹²⁸.
7. La no existencia de plazos para la investigación cuando no haya medidas de coerción o sustitutivas para el imputado¹²⁹.
8. La revocación de la decisión de archivo *fi scal* por el juez contralor de la investigación¹³⁰.
9. La acusación alternativa *fi scal*¹³¹.

la desigualdad de trato al Ministerio Público en la fase preparatoria. El art. 21 CPP guatemalteco reza: “*Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación*”. La disposición no se dirige tanto a los sujetos procesales antagonistas, sino a la no discriminación por parte del órgano *fi scal* o jurisdiccional en cada etapa del proceso.

123 Art. 120 CPP.

124 Art. 124 CPP. Lo que se dará en la mayoría de los casos, donde no se constituya como querellante adhesivo, por lo que se limita en la práctica en acceso a la justicia.

125 Art. 116 CPP.

126 Art. 315 CPP. Obliga a acudir al órgano contralor de la investigación en caso de discrepancia.

127 Art. 316 CPP. El concepto del debido proceso se extiende también a la actuación del Ministerio Público durante la etapa preparatoria.

- 128 Artículos 324 Bis. y 326 CPP muy similar a lo previsto en los arts. 781.2. y 784.1.II Ley de Enjuiciamiento Criminal española, con informes al Fiscal Superior del agente fiscal a cargo. En el juicio oral, se respeta el principio de igualdad.
- 129 Art. 324 bis CPP.
- 130 Art. 327 CPP, además de ser resabios inquisitivos.
- 131 Art. 333 CPP.

Principio de audiencia o contradicción. Previsto en el artículo 20 CPP y constitucionalmente en el artículo 12. Al respecto hay que señalar el cambio radical que el modelo de gestión penal por audiencias y la estructuración por audiencias que el procedimiento penal actual dispone, garantizando con ello, el contradictorio entre las partes en todas las etapas del procedimiento. Como audiencias principales pueden considerarse las siguientes:

1. La audiencia de primera declaración del sindicado¹¹¹.
2. La audiencia de sindicación del imputado¹¹².
3. Las audiencias de la etapa intermedia¹¹³: acusación y apertura a juicio, y la de ofrecimiento de prueba¹¹⁴.
4. La audiencia del juicio oral¹¹⁵.
5. La audiencia de la acción reparadora¹¹⁶.

Adicionalmente, el principio contradictorio o de audiencia ha ido generando nuevas audiencias, particularmente en la etapa preparatoria o durante la fase de investigación¹¹⁷:

1. La audiencia de revisión de la desestimación fiscal¹¹⁸.
2. La audiencia para solicitar información sobre las actuaciones preliminares fiscales con vista a la preparación de la acción penal por el denunciante¹¹⁹.

¹¹¹ Art. 87 CPP, no importando en qué fase del procedimiento se lleve a cabo.

¹¹² Art. 82 CPP. Que incluye la apertura a juicio o falta de mérito, la fijación de una medida de coerción o sustitutiva y el plazo para la investigación (formulación del acto conclusivo).

¹¹³ Art. 336 a 340 CPP.

¹¹⁴ Art. 343 CPP.

¹¹⁵ Art. 346 CPP.

¹¹⁶ Art. 124 CPP.

¹¹⁷ Impulsado, además por el Reglamento de Gestión para Tribunales Penales.

¹¹⁸ Art. 310 CPP.

¹¹⁹ Art. 108 párrafo segundo CPP.

3. La audiencia de planteamiento del criterio de oportunidad¹²⁰.
4. Los incidentes, en general¹²¹.
5. La audiencia de comprobación de la incapacidad del imputado¹²².
6. Las cuestiones de competencia¹²³.
7. Las recusaciones en audiencias¹²⁴.
8. Discusión de la pertinencia de prueba anticipada por el querellante adhesivo¹²⁵.
9. Discusión de la legitimación procesal del querellante adhesivo¹²⁶.
10. Incidente de tenencia, posesión o dominio de la cosa secuestrada¹⁴⁸.
11. La revisión de las medidas de coerción o sustitutivas¹²⁷.
12. Solicitud de embargos y garantías (medidas de coerción reales)¹⁵⁰.
13. La suspensión condicional del proceso penal¹⁵¹.
14. Las cuestiones prejudiciales¹²⁸.
15. Las excepciones a la persecución penal o acción civil¹⁵³.
16. Audiencias de conciliación o mediación¹²⁹.
17. Audiencia de revisión del archivo *fi scal*¹³⁰.

¹²⁰ Arts. 25 y 286 CPP.

¹²¹ Art. 150 Bis. CPP (reforma de 2010).

¹²² Art. 76 CPP.

¹²³ Art. 58 CPP, se tramitan como incidente, pero aún se mantiene un principio de escritura, lo que contradice el artículo 150 bis CPP que plantea la oralización del trámite.

¹²⁴ Art. 65 CPP.

¹²⁵ Art. 116 CPP.

¹²⁶ Art. 121 CPP.

¹⁴⁸ Art. 202 CPP.

¹²⁷ Art. 277 CPP, basadas en la naturaleza reformable del auto que las decretó temporalmente. 150 Art. 278 CPP. 151 Art. 287 CPP.

¹²⁸ Art. 291 CPP, nuevamente aparece el principio escrito, aunque se tramitará como incidente. 153 Art. 294 CPP.

¹²⁹ Arts. 25 Ter y Quáter.

¹³⁰ Art. 327 CPP.

Respecto a la figura procesal de la REBELDÍA, el principio procedimental de continuidad¹³¹ se ve modulado por el derecho de defensa y el contradictorio (principios procesales), por lo que no podrá haber condena sin juicio previo. En primera instancia, el imputado en libertad provisional debe señalar su residencia y fijar lugar para recibir citaciones y notificaciones dentro del perímetro de población de la sede del tribunal¹³². La declaratoria de rebeldía no suspende el procedimiento preparatorio, continuando respecto a otros imputados presentes, pero el tribunal deberá “*reservar las actuaciones, efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuere indispensable conservar*”.

Cabe advertir que la declaratoria de rebeldía es objeto de apelación, de conformidad con el artículo 404 numeral 10 del ordenamiento procesal penal, lo que implica que el Juez o Tribunal debe librar la orden de detención hasta que la resolución quede firme.

Cuando vuelva a comparecer (voluntariamente o por aprehensión) continuará el proceso en su estado, respecto del procesado¹³³.

Obsérvese cómo la notificación del rebelde debe realizarse por estrados¹³⁴.

Respecto a la ejecución de las cauciones reales, la rebeldía no obsta a que se impongan¹³⁵.

La rebeldía también provoca el archivo de las actuaciones, por parte del Ministerio Público, sin perjuicio de proseguir respecto a los demás imputados¹³⁶, por lo que se concluye que el procedimiento no podrá pasar a la etapa intermedia y en relación al rebelde la Fiscalía aún no podrá formular acusación.

Principio acusatorio. La acusación es el presupuesto del juicio y de la condena¹³⁷. En primer lugar, exige el conocimiento previo de la acusación, además, la acusación es el contenido del proceso mismo (en particular del debate), y su notificación al sindicado debe realizarse en los términos procedimentales establecidos. La congruencia de la sentencia, significa que el

¹³¹ Art. 19 CPP.

¹³² Art. 75 CPP.

¹³³ Art. 80 CPP.

¹³⁴ Art. 168 CPP.

¹³⁵ Art. 270 CPP.

¹³⁶ Art. 327 CPP.

¹³⁷ ARMENTA DEU, T., Op. cit. pp. 42 a 44.

tribunal no puede condenar por un hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente del acusado. Es decir, la acusación limita el ejercicio de la acción penal. Además, el tribunal *ad quem* (de segunda instancia, casacional), se encuentra limitado también por el objeto de la acusación.

Complementariamente, debe agregarse que sin perjuicio de la acusación, las resoluciones judiciales deben encontrarse fundamentadas, como garantía procesal¹³⁸. En ese sentido, no puede considerarse fundamentación la simple mención de los requerimientos de las partes.

El principio de congruencia en la etapa preparatoria en el contenido del auto de procesamiento, y en la etapa intermedia, en el de apertura a juicio¹³⁹. La base de la fundamentación son la “*sucinta enunciación del hecho o hechos sobre los que se recibió la indagatoria*”, la “*califi cación legal del delito*”, y las modificaciones con que admite la acusación, “*indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ella*”, y las “*modifi caciones en la califi cación jurídica cuando se aparte de la acusación*”, respectivamente.

La prevalencia de la congruencia, permite instar la reforma de ofi cio o a instancia de parte del auto de procesamiento durante la etapa preparatoria, en caso precisamente de que el sindicado no esté de acuerdo con la califi cación jurídica dada por el juez a los hechos¹⁴⁰.

Respecto a la fi gura de la acusación alternativa, el Código mantiene un criterio muy amplio en relación al alcance de la congruencia, puesto que señala “*para el caso de que en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que fundan su califi cación principal*”, y se permite al Fiscal “*indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una fi gura delictiva distinta*”.

¹³⁸ Art. 11 Bis. CPP.

¹³⁹ Arts. 82 numeral 4, 320, 321 y 342 CPP.

¹⁴⁰ Art. 320 párrafo segundo CPP. Los hechos propiamente enunciados, son parte del supuesto de hecho del que deriva la califi cación jurídica.

Frente a este problema de principio (*“La congruencia entre acusación y sentencia debe darse en los hechos pero no en la calificación jurídica”*¹⁴¹), cabe la siguiente solución:

Que el juez contralor de la investigación, en el auto de apertura a juicio determine con precisión el delito o delitos, de forma que la *“acusación principal”* sea la única acusación que se ventilará en el debate, ya que un problema de prueba de hechos en el juicio oral, no debe alterar las formas procesales naturales del principio acusatorio, el Fiscal puede gestionar sus medios de prueba para que su teoría del caso en el debate sea exitosa¹⁴², y tener clara su estrategia de litigación para el debate. De lo contrario, el tribunal de sentencia no tiene por qué suplir la incapacidad en el momento de la valoración de la prueba de los hechos en la sentencia, lo que conforme al principio de presunción de inocencia, conllevaría la absolución del acusado por el hecho y delito por el que se llevó a juicio, y actuaría como *“acusador”*, vulnerando con ello, la imparcialidad.

Problema diferente, también en esta etapa, es la acusación que cambia el tipo penal admitido en el auto de procesamiento, lo cual no es legal¹⁴³, por lo que el juzgado deberá subsanar de oficio dicha deficiencia en el auto de apertura a juicio.

3.2. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

Se consideran principios del procedimiento aquellos que *“afectando prioritariamente a la forma que adopte el procedimiento o alguna de sus fases,*

¹⁴¹ MANUAL DEL FISCAL, p. 252. Considera que no es necesaria la acusación alternativa cuando todos los elementos del delito por el que se [condena] estén ya englobados en el delito en el que se acusó, como es el supuesto de los tipos agravados o privilegiados respecto del tipo básico. Es decir, el tribunal de sentencia, ya tenía base fáctica suficiente para la condena *“en la acusación se describieron todos los hechos que conforman el tipo por el que se condena”*.

¹⁴² Loc. cit. expone: *“La acusación alternativa es de mucha utilidad para aquellos casos en los cuales, una circunstancia del hecho principal por el que se acusa es difícil de probar en el debate, y dicha circunstancia tiene un efecto en el hecho, de forma tal que cambia la estructura del mismo y por tanto sería constitutivo de otra figura delictiva”*.

¹⁴³ Ibid., p. 325, recomienda que el Ministerio Público solicite con carácter previo la reforma del auto de procesamiento.

no resultan esenciales o generadores de características intrínsecas o nucleares del proceso¹⁴⁴”.

Oralidad y escritura. La oralidad se encuentra vinculada a la palabra hablada como forma de producirse los actos procesales tanto del órgano jurisdiccional como de las partes. El proceso penal tiene una fuerte tendencia a la oralización, superando con ello, la cultura del “*expediente escrito*” del CPP anterior. Siendo la gestión penal por audiencias, el modelo escogido por el legislador para estructurar el procedimiento, la oralización es un principio fundamental a implementar siempre por los tribunales en todas las gestiones¹⁴⁵. Únicamente aquellos trámites que la ley requiera que se efectúen por escrito, conservarán el principio de escritura.

En ese sentido, el artículo 109 CPP, tras la reforma de 2010, sintetiza el modelo de gestión oral en audiencias, puesto que todos los requerimientos que los sujetos formulen al tribunal, deben realizarse en audiencias (bilaterales, unilaterales)¹⁴⁶.

Como puede observarse, en el Reglamento de Gestión de Tribunales Penales, la decisión judicial se basará en los requeridos en audiencia oral, por lo que se logra de esta forma el máximo cumplimiento del principio.

Sin perjuicio de lo que indicará para el debate en el juicio oral, en las distintas audiencias de la etapa preparatoria en la que se requiera de diligenciar o practicar prueba, la oralidad también será el principio general.

Inmediación y concentración. La inmediación tiene su fundamento en la práctica en público y junto al juez de garantía¹⁴⁷, en particular las declaraciones, interrogatorios y contrainterrogatorios formulados a los órganos de prueba. El sistema de audiencias orales facilita la inmediación entre todos los sujetos

¹⁴⁴ ARMENTA DEU, T., Op. cit., p. 45. Se encuentra conexos: oralidad-publicidad-inmediaciónconcentración. También se exponen en forma antagónica: ej. oralidad vs. escritura.

¹⁴⁵ En las audiencias, el juez que preside es moderador de las discusiones orales, y concede o deniega la palabra a los sujetos que participan.

¹⁴⁶ La forma presencial, no escrita, de realizar cualquier requerimiento es un principio general, buscando la claridad, concisión y argumentando la pretensión.

¹⁴⁷ Ibid., p. 46, por referencia al juicio por jurados.

procesales, lo que permite que todos a su turno controlen el buen curso del procedimiento¹⁴⁸.

Debe señalarse, que si bien es cierto, la oralización es la tendencia respecto a la gestión jurisdiccional, no lo es en relación a la actuación del Ministerio Público, ya que conforme lo contextualizado por el artículo 313 CPP, todas las diligencias practicadas en forma continuada, si bien constarán en una sola, la ley únicamente exige un resumen del resultado fundamental de los actos cumplidos y “con la mayor exactitud posible, se describirán las circunstancias de utilidad para la investigación”.

El problema radica en que aún el artículo 364 CPP permite la incorporación por lectura de actas y documentos en el debate, por lo que al menos en teoría toda la investigación preparatoria pudiera únicamente trasladarse en el juicio oral, por una simple lectura, en particular, la denuncia, la prueba documental, informes, careos, actas de inspección, registro domiciliario, requisita personal y reconocimientos al que un testigo aludiere en su declaración durante el debate¹⁴⁹.

Si bien es cierto, aún no hay diligenciamiento o práctica de la prueba en la etapa preparatoria, no es menos cierto, que en la mayoría de los casos, se conforma un auténtico “*expediente escrito*” paralelo en la Agencia Fiscal, y que de la forma indica anteriormente termina incorporándose al proceso¹⁵⁰.

Para evitar el problema de gestión de las actuaciones, el Art. 150 CPP limita la documentación que será enviada al Tribunal de Sentencia, aunque con el modelo de gestión penal por audiencias y el Sistema de Gestión de Tribunales, todo lo actuado en la audiencia intermedia quedará registrado digitalmente y el acta sucinta de la audiencia en la carpeta judicial. La prueba

¹⁴⁸ A través de la lealtad y buena fe procesal, o en su caso, a través de los medios de impugnación.

¹⁴⁹ Art. 364 numeral 3) CPP. Sin aludir a la prueba anticipada, que por razones evidentes puede ser la única forma que se incorpore por concentración al juicio oral. MANUAL DEL FISCAL, Op. cit., p. 242, informa que el Art. 50 Ley Orgánica del Ministerio Público obliga a realizar una interpretación restrictiva de las normas de incorporación de pruebas por lectura.

¹⁵⁰ ARMENTA DEU, T., Op. cit., p. 47, considera que “*En la fase instructora, sin embargo, en parte porque al menos teóricamente no hay fase probatoria alguna, y porque en todo caso quien instruye no juzgará posteriormente, la inmediatez no tiene la relevancia que presenta en la fase enjuiciadora, operando la escritura y la mediación sin mayores difi cultades*”. Sin embargo, pone de manifiesto la frecuencia de que determinadas actividades instructoras se conviertan en pruebas preconstituidas.

admitida a juicio deberá ser diligenciada y practicada en el debate conforme a la que efectivamente fue admitida en el auto del juzgado contralor de la investigación.

Publicidad y secreto. El procedimiento penal inquisitivo era secreto por principio, lejos de un modelo democrático de justicia. Este es un problema al que el diseño de todo sistema procesal debe hacer frente. Usualmente, la instrucción se ha considerado secreta o reservada, y el juicio oral como público. Sin embargo, con el modelo acusatorio y la oralización, todos los actos procesales celebrados en audiencia son públicos. Sin embargo, el Art. 314 del CPP mantiene el principio de reserva de todos los actos de la investigación para los extraños. Dicho lo anterior, para las partes interesadas tienen un carácter restringido o modulado con fines de lograr éxito en la investigación y posterior acusación, en conjugación con el derecho de defensa. Las reglas son las siguientes:

- Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, sus defensores y mandatarios, con obligación de guardar reserva.
- Siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad y no hubiere auto de procesamiento, el Ministerio Público puede disponer la reserva total o parcial de determinada diligencia hasta por diez días, prorrogables por otro tanto.
- Los interesados pueden solicitar al juez contralor de la investigación poner fin a la reserva mayor de veinte días.
- El Ministerio Público podrá prolongar la reserva parcial por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto ordenado, cuando la eficacia de un acto particular depende de ello. Por ejemplo, es necesario prorrogar el período de escuchas telefónicas autorizadas, o si es necesario ampliar el tiempo de investigación criminalística en la escena del crimen, para un examen más minucioso del lugar, cuando objetivamente es posible encontrar o procesal *in situ* evidencias o encontrar indicios adicionales. En este sentido, el Ministerio Público considerará o no la conveniencia de la participación del imputado y demás interesados, defensores o mandatarios

en las diligencias de investigación¹⁵¹. Nuevamente, por el principio de escritura “*podrán solicitar que conste en acta las observaciones que estimen pertinentes en cuanto a la conducta de los presentes, incluso sobre las irregularidades y defectos del acto*”.

Sin embargo, el Fiscal tiene como límite a la reserva el derecho de defensa de los sujetos procesales, no puede ocultar medios de prueba, ya que el “*derecho de defensa del imputado, no empieza en el debate ni en el procedimiento intermedio, sino desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra* (art. 71 CPP)”¹⁵².

Principio de congruencia. Por el principio de congruencia los hechos por los que fue indagado el imputado son los que informan el contenido de los hechos que pueden ser objeto del auto de procesamiento. Los comprendidos en este auto constituyen a su vez, el límite fáctico del requerimiento de elevación a juicio, y son los hechos comprendidos en ese requerimiento (salvo las excepciones legales) los que pueden ser objeto del debate y de la sentencia¹⁵³. El principio de congruencia se refiere a los hechos no a su calificación jurídica¹⁵⁴.

ROSALES BARRIENTOS subraya que el artículo 388 del Código Procesal Penal guatemalteco se refiere a la correlación que debe existir entre los hechos acreditados en la sentencia y los del auto de apertura a juicio y con la acusación o su ampliación. Conforme al párrafo segundo del artículo 388 del mismo Código, el cambio en la calificación jurídica (*in peius o en melius*) puede darse por el tribunal de sentencia, en la medida que esa calificación se desprenda de la identidad esencial del hecho ya imputado y no lo afecta; o bien que se desprenda de la prueba incorporada en el debate. En ambos casos, el presidente del tribunal debe advertir a las partes de esa posible modificación (artículo 374 de dicho Código), para que éstas puedan solicitar la suspensión del debate, ofrecer nuevas pruebas y/o preparar su intervención contradictoria. Si los nuevos hechos o circunstancias benefician al acusado, el Ministerio

¹⁵¹ Art. 316 CPP. Nótese que es sin citación previa, lo cual otorga a los sujetos procesales un estatus diferente al de una audiencia judicial. Únicamente presencian, asisten, pero no participan ya que no es diligencia de prueba, como lo sería la prueba anticipada (art. 317 CPP).

¹⁵² MANUAL DEL FISCAL, Op. cit., p. 231. Además el art. 150 CPP faculta que las partes obtengan fotocopias simples de las actuaciones.

¹⁵³ CREUS, Carlos, “*Derecho procesal penal*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996., pp.117 y ss.

¹⁵⁴ Puede ocurrir que no obstante la actitud del Ministerio Público en la etapa intermedia, ya en el juicio, el fiscal exponga una pretensión absolutoria.

Público puede solicitar la apertura a juicio por el delito menor. Si los nuevos hechos se descubren después de la acusación y antes de la audiencia de apertura a juicio, el Ministerio Público solicitará su modificación o rectificación. Si es después de la apertura a juicio, el fiscal podría plantearlo y explicarlo tanto en el debate como durante sus conclusiones (artículo 373). Los nuevos hechos son *in peius*, el Ministerio Público podrá solicitar la ampliación de la acusación durante el debate, a menos que el tribunal disponga la reapertura (art. 373)¹⁵⁵. La Corte de Constitucionalidad guatemalteca, en Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 8-2000, ya se ha pronunciado en pro de la doctrina de la necesidad de valoración exacta del hecho punible.

Principio de imparcialidad del juzgador. Dicho principio indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente tal carácter. Para ello, no ha de estar situado en la posición de parte (*imparcialidad*), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo (lo que es propio del sistema inquisitivo en el que el juez es acusador y juez simultáneamente); debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica ante las dos partes (independencia)¹⁵⁶.

Además la imparcialidad también se menciona de las siguientes circunstancias: ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos), independencia de cualquier opinión (tener oídos sordos ante la sugerencia o persuasión de parte interesada que pretenda influir en el ánimo), falta de identificación con alguna ideología determinada, completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno, la influencia de la amistad, del odio, del sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, o no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso; evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción; fallar según su propio conocimiento privado el asunto; no tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales.

¹⁵⁵ ROSALES BARRIENTOS, Moisés Efraín, “*El juicio oral en Guatemala*” (Técnicas para el debate), 2ª ed., Publis-Juris, Guatemala, 2006, pp. 223 y 224.

¹⁵⁶ BERTOLINO, Pedro J. *El debido proceso penal*. Librería editora Platense. Buenos Aires, Argentina. 2011. p. 28. “*En este registro, en términos generales, nos hallamos frente a una recepción efectuada desde el ángulo de la “protección o tutela”, prestada por el Estado al ciudadano, en forma de una garantía jurídica, y cuya materia es el derecho a un proceso (penal en nuestro caso), en sentido amplio y comprensivo de lo axiológico (proceso “justo”).*”

Principio prohibición de *reformatio in peius*. Este principio procura que no exista indefensión, y consiste en la situación que se produce cuando la posición jurídica de la parte procesal que interpone un recurso resulta perjudicada únicamente como consecuencia del medio recursivo. Los pronunciamientos de la sentencia de instancia que no hayan sido impugnados por ninguno de los litigantes, quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, al quedar delimitada la actividad decisoria de dicho órgano, por lo ante él planteado.

Principio de *in dubio pro reo*. Como regla general, las situaciones excluyentes de certeza a lo largo del proceso benefician al imputado. La duda a medida que avanza el proceso corre a favor del mismo. Es en el último momento (el de la sentencia) cuando se evidencia con toda amplitud este principio. El tribunal para poder dictar una sentencia condenatoria, debe obtener de la prueba reunida en juicio la certeza acerca de la culpabilidad del acusado¹⁵⁷.

Cambio de calificación en segunda instancia. La sola circunstancia de que en apelación, sin agravar la pena, se modifi que la calificación del delito, no importa agravio constitucional, no existiendo vulneración de la garantía de la defensa en juicio¹⁵⁸.

¹⁵⁷ CAFFERATA NORES, J.I.. *La prueba en el proceso penal*, en FUNDACIÓN MYRNA MACK, “Valoración de la prueba”, Serie Justicia y Derechos Humanos, no. 2, 1ª ed. Guatemala, nov. 1996, pp. 20 y ss., considera que este principio deriva del de presunción de inocencia. La absolución también se extiende a la probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado. El autor plantea que en algunas hipótesis de casación (para el proceso argentino) se podrá verificar si la sentencia logró correctamente la certeza para condenar en virtud del control de logicidad de la motivación, pero siendo negativa, considera que no corresponderá la absolución del acusado, sino la anulación del fallo y su reenvío para la realización de nuevo juicio, v. nota 20, en extenso. Para la relación entre la exclusión de la prueba ilícita y la presunción de inocencia. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “*Introducción al Derecho Procesal Penal (Acotado al ordenamiento jurídico-nicaragüense)*”, Editorial Hispamer, Instituto Centroamericano de Estudios Penales, Universidad Politécnica de Nicaragua, 2002, p. 459-461. En este sentido, el autor realiza un examen de la jurisprudencia constitutiva española sobre los criterios para determinar la “contaminación” de unas pruebas sobre las otras. GUZMÁN CÓRDOVA, Cesar Roberto, “*La prueba penal*”, Editorial Praxis, 1ª ed. Guatemala, 2007, pp. 117-126, clasifica las causas de ilicitud de la prueba penal en pruebas expresamente prohibidas por la ley, pruebas irregulares y/o ilegales, y pruebas obtenidas y practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas.

¹⁵⁸ CARRILLO, Alejandro, “*Garantías constitucionales en el proceso penal*”, Ed. José Luis Depalma, 3ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1997., p. 100-103., realizando un estudio de la jurisprudencia argentina en la materia.

Principio de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente.

CAFFERATA NORES y HAIRABEDIÁN, señalan que el fundamento de la regla de exclusión radica en que el sistema de justicia aproveche actividades contraria a la ley para basar sus decisiones, lo que afectaría a la “*integridad judicial*”. La regla de la exclusión también se vincula al régimen de las nulidades, aunque no deben equipararse. Mientras que la nulidad recae sobre actos procesales, las exclusiones probatorias comprenden no sólo los actos del proceso, sino también los cumplidos fuera del mismo, aun antes de su comienzo y por personas que no son sujetos procesales. También se puede observar la característica más amplia de la doctrina de los frutos del árbol envenenado cuando torna ineficaz una prueba obtenida inconstitucionalmente, aun dentro del proceso, pero no conminada expresamente con nulidad (a propósito del allanamiento nocturno en la Provincia de Córdoba, Argentina)¹⁵⁹.

La concepción legalista y restrictiva de la nulidad, limita el efecto comunicante de la nulidad sólo para aquellos actos que dependan jurídicamente del acto viciado, es decir cuando uno sea presupuesto legal del otro (v.gr., si es nula la declaración del imputado también lo deberá ser la acusación). Los autores discuten si se anulan los actos que dependen lógicamente y fácticamente del defectuoso (v.gr. Si es nula la confesión, no significa que también lo sea la prueba obtenida en consecuencia). Una de las consecuencias de la regla de exclusión es impedir el inicio del proceso a través de la causal de archivo por “*imposibilidad de proceder*”, cuando la noticia criminal se basa exclusivamente en evidencias inconstitucionales. Igualmente, procedería la clausura del procedimiento por ausencia de este presupuesto procesal (la posibilidad de alcanzar el fin del procedimiento).

Los autores realizan un estudio de las excepciones a la regla de exclusión (no obstante la toxicidad de los frutos consumibles que argumentan), así la “*fuerza independiente*”, funciona cuando al contenido probatorio ilegal o sus consecuencias se puede llegar por medios probatorios legales presentes, que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir, aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado se puede igualmente arribar a sus consecuencias por vías legales independientes.

¹⁵⁹ CAFFERATA NORES, José I., HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “*La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*”, Lexis Nexis, 6ª ed., Argentina, 2008., pp. 25-34.

Otra excepción es el descubrimiento inevitable, que se aplica cuando el contenido probatorio de la actividad ilícita y sus consecuencias se hubieran podido conocer por otros caminos que, en el futuro, indefectiblemente se hubiesen presentado, prescindiendo de la actuación contraria a derecho. En la doctrina de la fuente independiente, se requiere que la prueba alternativa e independiente sea actual; en cambio en el descubrimiento inevitable basta con que sea hipotéticamente factible.

La principal crítica de esta doctrina es que viola el principio de *in dubio pro reo*, ya que es hipotéticamente factible pero no seguro, y porque deja a un lado de los argumentos especulativos que fundó la exclusión, el argumento ético relativo a que el Estado no puede aprovecharse de un acto ilícito producido por los órganos dependientes de él, y que está establecido para cumplirlo. Para los autores es necesario que el descubrimiento sea “*precisamente inevitable*”, lo que implica que exista certeza sobre su ocurrencia futura, porque irremediablemente se “*tropezará con él*”.

Como excepción también se considera la doctrina de la buena fe, que consiste en la posibilidad de valorar pruebas en infracción a principios constitucionales si fueran obtenidas sin intención de quebrar la ley, generalmente por error o ignorancia. En su contra, se alega que premia las conductas incompetentes policiales, y que los policías siempre pueden argumentar que pensaban actuar de buena fe. La regla general, en cambio estimula a los policías a ser tan minuciosos como sea posible.

También se encuentra la excepción del beneficio para el imputado de la prueba ilícita. Si no se admite, el orden jurídico incurriría en una contradicción: el mandato que tiene como fin proteger al ciudadano poniendo un límite al Estado, habría sido empleado para perjudicarlo.

Asimismo, ha sido empleado el principio de proporcionalidad como otra excepción. Supedita la aplicación de la exclusión a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia. Otras denominaciones de este principio son *clearing de valores o balancing test*, dejando en manos del juez valorar la conveniencia de excluir la prueba ilícita en cada caso concreto, teniendo en cuenta la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión, la conciencia de la violación y el daño que la exclusión pueda ocasionar.

La teoría del riesgo relacionada con el uso de cámaras y micrófonos ocultos portadas por personas con las que el particular voluntariamente se relaciona, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones telefónicas sin autorización judicial. Su justificación radica en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o relacionadas con éste. No se admite la excepción en el caso de la prueba ilícita obtenida por particulares extra-procesalmente.

Finalmente, la formalidad especial para su producción relacionada con el derecho de defensa de las partes y de carácter necesario para su regularidad. También es el caso de que la ley imponga una forma de recepción determinada.

Principio de verdad real. En el objeto del proceso penal está comprometido el orden público. La comunidad está interesada en que se conozca lo realmente acontecido. Tanto el órgano jurisdiccional como el Ministerio Público tienen el deber funcional de investigar la verdad material, real o histórica con relación al hecho que da lugar al proceso, por encima de la voluntad de las partes¹⁶⁰.

Principio de contradicción: La obligación de las partes de aportar al proceso los elementos de convicción. Como derivación de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y del principio de contradicción del proceso en general, la parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla y oponerse mediante las instancias pertinentes a todas las cuestiones que considere improcedentes. Posteriormente a la posibilidad de discutir la prueba ya producida, también lo que refiere a las alegaciones sobre su mérito probatorio¹⁶¹.

La presunción de inocencia. Actualmente se considera dicha presunción como garantía contra la aceptación como verdadera de una hipótesis acusatoria incierta, del error judicial o de la condena basada en pruebas obtenidas

¹⁶⁰ JAUCHEN, Eduardo, M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, p.32-33, contextualiza los principios de verdad real y de investigación integral en el marco de los sistemas procesales penales mixtos.

¹⁶¹ *Ibid.* p.35. Conforme al principio de comunidad del proceso y de la prueba, la contradicción debe extenderse a todas las partes admitidas en la causa, aun cuando pueda conjeturarse que el resultado de la prueba no habrá de perjudicarlo.

ilícitamente¹⁶². La Sentencia del 22/03/2006, Expediente No. 339-2004, en Casación señala que:

“El derecho fundamental de toda persona a la que se impute la comisión de un hecho, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presume su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia y hasta tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. Se trata entonces de una presunción iuris tantum (...) y en este caso por el momento procesal en el que se encuentra el proceso y por existir una denuncia concreta por parte de una persona jurídica, es meritorio continuar con el proceso penal y determinar la posible comisión de hechos delictuosos por parte de las personas sindicadas”.

Principio de cosa juzgada. Una sentencia es irrevocable en su forma y no susceptible de impugnación por haberse agotado o dejado de interponerse los recursos pertinentes. Así lo contextualiza el artículo 155 de la Ley del Organismo Judicial.

Principio de motivación de las sentencias. La exteriorización del razonamiento permite el control de la corrección sustancial y de la legalidad del juicio previo constitucionalmente exigido¹⁶³, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio. Una de las primeras funciones de dicha regla es acortar la duración de la prisión preventiva y el proceso (la llamada *“pena procesal”*) bajo un marcado carácter ius-humanista en la concepción de la actividad coercitiva previa a la cosa juzgada.

¹⁶² PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, Los Hechos en la Sentencia Penal, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, S.A., 1a de, México, 2005, p. 98.

¹⁶³ Ibid..p. 107, en relación al artículo 18 de la Constitución Nacional de la República Federal de Argentina. El artículo 9.3 de la Constitución española que hace referencia a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que determina que la decisión jurisdiccional, por lo que tiene ejercicio de poder, esté fundada, tenga motivos bastantes, y teniendo el tribunal el deber formal de explicitar estos motivos (artículo 120.3 del mismo texto constitucional), argumento de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, Op. cit. pp. 87 y 88. Para el autor, los antecedentes de hecho deben referirse no a los datos fácticos preprocesales constitutivos de la *notitia criminis*, sino a los datos intraprocerales de carácter fáctico, que son un precedente discursivo de los hechos que posteriormente se consignan como probados. Se tratará de dar precisa cuenta de los actos de prueba producidos, de sus resultados, y de la razón del tratamiento valorativo de que se les ha hecho objeto: de los criterios aplicados en cada caso. PEDRAZ PENALVA, E., Op.cit. p. 511, sitúa el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la garantía del debido proceso, y no en la de tutela judicial efectiva. La motivación debe ser explícita, razonable y sufi ciente (pp. 525 y ss.).

La motivación se relaciona con el alcance del principio de presunción de inocencia, que impide considerar al Estado culpable y condenar a una persona hasta que sea *probada y demostrada* la verdad de la imputación¹⁶⁴.

La necesidad de motivación no sólo responde a la necesidad de acreditar, hacia fuera y *ex post*, que ha habido un esfuerzo de elaboración y ponderación del material informativo procesalmente relevante. Sino que también, tiene una eficacia *ex ante*, que se proyecta sobre todo el curso de la actividad probatoria, a través de la actitud del juez¹⁶⁵.

Este deber de motivación obliga al juez a depurar el proceso interno de formación de la propia convicción, desechando desde el principio las inferencias no racionalizables y las que no sean susceptibles de verbalización.

¹⁶⁴ Ibid. p. 108. La demostración de la imputación supone que la convicción a que llegue el juez a partir de los elementos probatorios se forme- o al menos se justifi- a través de inferencias legítimas. Citando a FERRAJOLI: "*Veritas, non auctoritas facit iudicium*". La única forma de constatar que en el proceso penal se procede "*con verdad*", es pues a través de la motivación.

¹⁶⁵ PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ, Op.cit.p.p.88-89. Para ARANGO ESCOBAR Julio Eduardo, "*Valoración de la prueba en el proceso penal*", en FUNDACIÓN MYRNA MACK, "*Valoración de la prueba*", Serie Justicia y Derechos Humanos, no. 2, 1ª ed. Guatemala, nov. 1996, pp.126 y ss, la sentencia es toda una estructura lógica en la que el juez arriba a la conclusión de certeza jurídica sobre la existencia del hecho, la participación, imputabilidad y culpabilidad, señalando el camino que ha seguido para estructurar su decisión.

3.3. DERECHO PREMIAL EN LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

El artículo 90 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada introduce un Derecho Premial Penal a favor del imputado colaborador *efi caz*¹⁶⁶, previa suscripción de un acta de acuerdo de colaboración concluida la etapa preparatoria con el Ministerio Público (art. 98), la cual deberá ser aprobada por el juez contralor (art. 101) con o sin modificaciones, pudiendo aplicar un criterio de oportunidad o suspender condicionalmente la persecución penal.

¹⁶⁶ V. el art. 91 de la Ley para determinar el ámbito de la colaboración *efi caz*.

UNIDAD IV JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

4.1. COMPETENCIA GENERAL DE LOS TRIBUNALES PENALES

La Ley del Organismo Judicial y el Reglamento Interior de Juzgados y Tribunal es Penales establecen que la función jurisdiccional es única, cualquiera que sea la denominación de los órganos que ejercen esa potestad.

La competencia general de los tribunales se define bajo criterios de materialidad (delitos y faltas) y de territorialidad (cometidos en territorio de la República de Guatemala, salvo las excepciones previstas en materia de extraterritorialidad y tratados internacionales¹⁶⁷.

La competencia procesal penal tiene las notas de irrenunciabilidad, indelegabilidad e improrrogabilidad¹⁶⁸. En ese sentido, las reglas de la improrrogabilidad son las siguientes:

- **Inmodificabilidad.** La competencia territorial de un tribunal no podrá ser objetada ni modificada de oficio una vez iniciado el debate; se exceptúan aquellos casos reglados por una disposición constitucional que distribuye la competencia entre distintos tribunales.
- **Fuero de atracción.** En la sentencia, el tribunal con competencia para juzgar hechos punibles más graves no puede declararse incompetente porque la causa pertenezca a un tribunal con competencia para juzgar hechos punibles más leves.
- **Simultaneidad**¹⁶⁹: Cuando a una persona se le imputaren dos o más delitos, cuyo conocimiento corresponda a distintos tribunales, los procedimientos respectivos serán tramitados simultáneamente y se sentenciarán, en lo posible, sin atender a ningún orden de prelación.
- **Prelación:** En caso de que se presentaren inconvenientes de carácter práctico, especialmente los derivados de la defensa en juicio, los procesos se tramitarán y sentenciarán sucesivamente, con prelación para el tribunal

¹⁶⁷ Arts. 37 y 38 CPP.

¹⁶⁸ Arts. 39 y 40 CPP.

¹⁶⁹ Art. 41 CPP.

de mayor jerarquía, suspendiéndose los demás procedimientos hasta que los inconvenientes desaparezcan o se dicten las sentencias¹⁷⁰.

El Decreto Número 7-2011, del Congreso de la República ha establecido importantes modificaciones en la competencia penal quedando de la siguiente forma la organización judicial¹⁷¹:

- Jueces de paz¹⁷².
- Jueces de primera instancia.
- Jueces unipersonales de sentencia.
- Tribunales de sentencia.
- Jueces de primera instancia por procesos de mayor riesgo.
- Salas de la Corte de Apelaciones.
- Corte Suprema de Justicia.
- Jueces de Ejecución.

Los tribunales de sentencia, integrados en forma colegiada (tres jueces) conocerán el juicio y pronunciarán la sentencia en los procesos por delitos de

¹⁷⁰ Entre tribunales de igual jerarquía, cuando no sea posible la tramitación simultánea, tendrá prelación el que juzgue el delito más grave; a igual gravedad, el que juzgue la causa cuya fecha de iniciación sea más antigua. Los inconvenientes pueden venir definidos desde la lealtad procesal, cuando sea el mismo abogado designado por el sindicado al que deba concurrir a la defensa en tribunales distintos.

¹⁷¹ Art. 43 CPP. Adicionalmente por leyes específicas son creados los Tribunales de Femicidio, de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, de Extinción de Dominio.

¹⁷² Artículo 10 del Acuerdo No. 26-2011, dispone que los jueces de paz de toda la República tendrán competencia para realizar las diligencias que señalan los artículos 108 y 108 Bis del Código Procesal Penal, siempre que medie requerimiento del Ministerio Público sobre la mediación, conciliación y aplicación del criterio de oportunidad. De igual manera, serán competentes y podrán aprobar los criterios de oportunidad alcanzados y/o suscritos en sede de Ministerio Público, mediante la celebración de audiencias unilaterales múltiples. Así como de las suspensiones de la persecución penal en los casos de delitos con pena de prisión de hasta cinco años. De igual manera las desestimaciones en los casos de delitos menos graves en los que no se encuentre individualizada la víctima, para el efecto se entenderán como delitos menos graves los que no se encuentran contenidos en el catálogo establecido en el artículo 3 del Decreto 21-2009 del Congreso de la República. Asimismo, podrán decretar las medidas de seguridad a favor de mujeres y las medidas de protección que estimen convenientes en los casos de niñez y víctima.

mayor riesgo cuando el Fiscal General no solicite el traslado de la causa a un tribunal o juzgado para procesos de mayor riesgo¹⁷³.

Los delitos distintos a los de mayor riesgo y que no sean graves serán conocidos por los jueces de sentencia en forma unipersonal¹⁷⁴. Al respecto de los delitos de acción privada, en la actualidad son conocidos por los jueces unipersonales de sentencia por las penas que contemplan los delitos perseguibles en este procedimiento.

De especial relevancia es el Acuerdo No. 29-2011 de la Corte Suprema de Justicia, que realiza una clasificación de los delitos y determina la competencia de los tribunales penales, realizando una integración entre el Decreto número 7-2011 del Congreso de la República, el Código Penal y leyes especiales y la Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo contenida en el Decreto número 21-2009 del Congreso de la República:

- a) Delitos menos graves: son delitos menos graves aquellos cuya pena máxima de prisión sea de hasta cinco años, regulados en el Código Penal y leyes penales especiales, siempre y cuando no tengan competencia especializada para la cual se ha creado órgano jurisdiccional específico. Siendo competentes para conocer los jueces de paz en forma progresiva conforme los convenios interinstitucionales según lo regula el Acuerdo número 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, en tanto, en los demás casos y continuarán conociendo de estos delitos los tribunales de sentencia penal en forma unipersonal.
- b) Delitos graves: son delitos graves aquellos cuya pena es mayor de cinco años de prisión y que no sean de mayor riesgo, según lo establece el artículo 3 de la Ley de Competencia de Procesos de Mayor Riesgo. Siendo competentes para conocer los jueces de sentencia de forma unipersonal¹⁷⁵.

¹⁷³ Art. 48 CPP en relación con el art. 3 del Decreto Número 21-2009 del Congreso de la República.

¹⁷⁴ Art. 48.2 CPP.

¹⁷⁵ Por excepción, el Acuerdo No. 19-2011, de la Corte Suprema de Justicia, determina que los tribunales de sentencia de la ciudad de Guatemala funcionarán como unipersonales en los procesos por delitos cuyas penas sean de hasta quince años de prisión. En su Artículo 6. Transitorio. Coordinación en el interior del país, indica que *“Mientras se incrementa el número de abogados defensores del Instituto de la Defensa Pública Penal y Fiscales del Ministerio Público, para los casos en los que deba realizarse el debate de manera unipersonal en los tribunales de sentencia penal del interior del país, cada juez coordinará*

- c) Delitos de mayor riesgo: Son delitos de mayor riesgo todos aquellos contenidos en el artículo 3 del Decreto número 21-2009 del Congreso de la República que contiene la Ley de Competencia de Procesos de Mayor Riesgo. Siendo competentes para conocer en forma colegiada: c.i) Los tribunales de sentencia penal cuando no exista requerimiento fiscal para otorgar competencia en procesos de mayor riesgo o existiendo este no se hubiere otorgado el mismo. c.ii) Los tribunales de sentencia penal competentes para conocer los procesos de mayor riesgo cuando medie requerimiento fiscal y sea otorgada la competencia por la Cámara Penal.

Respecto al procedimiento especial para delitos menos graves previsto en el Decreto 7-2011 del Congreso de la República, el Acuerdo No. 26-2011, de la Corte Suprema de Justicia, lo circunscribe por el momento a los Juzgados de Paz de la ciudad de Guatemala (el juzgado de paz penal de turno y los juzgados primero y quinto de paz penal de la ciudad de Guatemala) y del municipio de Mixco, esto derivado del convenio de cooperación con el Ministerio Público y el Instituto de la Defensa Pública Penal¹⁷⁶.

con el Ministerio Público y el Instituto de la Defensa Pública Penal la calendarización de la agenda de audiencias a efecto de desarrollarlas en forma consensuada. De no lograrse la coordinación, el debate se realizará en la fecha ya programada”.

¹⁷⁶ Dispone en su Artículo 3, “El Juzgado de Paz Penal de Turno del municipio y departamento de Guatemala, en los casos de flagrancia, conocerá de la primera declaración y dictará las medidas de coerción y salidas alternas que se planteen cuando proceda en ese acto procesal. En caso dicte auto de procesamiento, remitirá inmediatamente las actuaciones a los juzgados de paz que se establecen en el artículo siguiente, de conformidad con el sistema de distribución de casos que establezca la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante la circular correspondiente, quienes tendrán a su cargo la sustanciación del procedimiento por delitos menos graves hasta la finalización del proceso. Lo anterior, sin perjuicio de la competencia previamente asignada. De igual manera deben recibir la acusación fiscal o querrela de la víctima o agraviado, de conformidad con el numeral 1 del artículo 465 Ter del Código Procesal Penal. Posteriormente, deberán remitir lo recibido a los juzgados primero y/o quinto de paz penal, de conformidad con el sistema de distribución de casos que determine la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante la circular correspondiente”. Artículo 9. Se designa a la Sala Primera de la Corte de Apelaciones como la competente para conocer de la apelación que se presente contra las resoluciones dictadas por los jueces de paz que pongan fin al proceso o en los que se decrete prisión preventiva. Esto en consonancia con los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala a través de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

4.2. COMPETENCIA EN PROCESOS DE MAYOR RIESGO

El combate contra la delincuencia organizada y la peligrosidad de ciertos sindicatos ha hecho necesaria la emisión de la Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo, Decreto Número 21-2009 del Congreso de la República. Dicha normativa asigna la competencia procesal a Juzgados de Primera Instancia Penal y Tribunales de Sentencia, cuando se trate de delitos de mayor riesgo, enumerados en su artículo 3:

Genocidio; Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; Desaparición forzada; Tortura; Asesinato; Trata de personas; Plagio o secuestro; Parricidio; Femicidio; Delitos contemplados en la Ley Contra la Delincuencia Organizada; Delitos cuya pena máxima sea superior de quince años de prisión en la Ley Contra la Narcoactividad; Delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos; Delitos cuya pena máxima sea superior de quince años de prisión en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo; y, Los delitos conexos a los anteriores serán juzgados por los tribunales competentes para procesos de mayor riesgo.

El mayor riesgo se entiende referido a la seguridad de las personas que intervienen en el proceso, y este tipo de procesos requerirán de una seguridad especial en materia de:

- El resguardo de la seguridad personal, en la realización de los actos jurisdiccionales, las actuaciones procesales, la investigación, acusación y defensa; o,
- El resguardo y traslado de los procesados privados de libertad; o,
- El resguardo de la seguridad personal en el espacio físico de Juzgados y Tribunales incluyendo los aspectos de logística.

Corresponde a la Fiscalía General provocar la competencia de los tribunales de mayor riesgo ante la Corte Suprema de Justicia, la cual resolverá dicha solicitud por medio de la Cámara Penal. Es relevante considerar que la determinación de la competencia, nótese que no se denomina “*prórroga de la competencia*” puede solicitarse desde el inicio de la investigación hasta antes del inicio del debate oral y público¹⁷⁷. La ley parece referirse a que se trata de

¹⁷⁷ Art. 4 de la Ley de la materia.

una “*cuestión de competencia*”, puesto que la Cámara Penal otorga la competencia “*ad hoc*” al Tribunal de alto riesgo de que se trate (de instancia o de sentencia). En la práctica procesal, se utiliza el término traslado de competencia. Así, en los autos dictados en los Expedientes Número 763-2011, de 7 de julio de 2011, por los delitos de conspiración para el secuestro, conspiración para el asesinato y conspiración para la obstrucción de la justicia y asociación ilícita, destaca la fórmula “*sin entrar a conocer los hechos del proceso ni a prejuzgar sobre la culpabilidad o inocencia de los imputados, ya que éstos son extremos que deben ser conocidos en la jurisdicción respectiva*”. En el Número 597-2011, por los delitos de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, Conspiración para cometer Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito y Asociaciones Ilícitas. En el Número 345-2011 por los delitos de Incumplimiento de deberes, Abuso de Autoridad, Conspiración y Obstrucción a la Justicia, en este caso el Considerando I expresa: “*(...) por considerar que la magnitud del hecho constituye gran impacto en la sociedad y en la administración de justicia, así como que los acusados actuaron bajo la protección de una organización criminal de gran poder económico, derivado de que sus acciones dentro del proceso de (...) atendían a los contactos con (...), considera que el presente proceso se clasifica entre los de mayor riesgo, ya que el poderío económico de las personas que se encuentran detrás de los acusados pone en riesgo la independencia de los juzgadores, dejándolos vulnerables al empleo de la fuerza pública, amenazas intimidaciones y otras formas de coacciones, con el fin de influir en el comportamiento de los jueces. El alto riesgo en el trámite del debate oral y público del presente caso, se ciñe principalmente que en nuestro país existen pocos precedentes en cuanto al castigo a funcionarios públicos que abusan de las funciones que les otorga el cargo que desempeñan, por lo que las medidas extraordinarias que esta Fiscalía considera que se deben cumplir en el debate en el que se decidirá la responsabilidad de los acusados, consiste en el resguardo de la seguridad personal en el espacio físico del tribunal, incluyendo aspectos de logística*”.

La audiencia ante la Corte Suprema de Justicia es sumaria, celebrándose únicamente con las partes que asistan, y siendo notifi cadas de su celebración por el medio más rápido posible. No caben recursos, más allá del amparo en

contra de lo resuelto por la Cámara Penal, remitiendo los autos al juez que corresponda, y notifi cando en el acto a las partes lo resuelto en la audiencia¹⁷⁸.

4.3. EXCUSAS Y RECUSACIONES

El régimen funcional de administración de justicia se encuentra condicionado por la necesaria imparcialidad del órgano jurisdiccional en relación a los sujetos procesales, pues sólo de esta forma es posible garantizar la tutela judicial efectiva de los legítimos derechos de la víctima o agraviado y de los imputados.

El Acuerdo Número 18-2012 de la Corte Suprema de Justicia desarrolla los artículos 203 y 209 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 67 y 432 del Código Procesal Penal; 54 literal a), 63 y 77 de la Ley del Organismo Judicial, determinando la forma de reemplazo del juzgador en caso de impedimento, excusa, recusación y reenvío, normas que deben ser acatadas por los tribunales de alzada.

Lo relevante es que la excusa y la recusación no interrumpen el procedimiento. Únicamente en el caso del procedimiento intermedio, la cuestión debe ser resuelta antes de proseguir, y en el juicio previo a la iniciación del debate. En el procedimiento preparatorio debe ser resuelta antes de su conclusión, lo que equivale antes de que el Ministerio Público formule en plazo el acto conclusivo¹⁷⁹.

Planteada la inhibitoria o la recusación, el juez afectado únicamente tiene competencia para conocer y practicar los actos urgentes que no admiten dilación, y que atendiendo a las circunstancias que debe apreciar no puedan ser llevados a cabo por el reemplazante, lo que deberá fundamentar en su resolución (p.ej. un allanamiento, comiso, primera declaración).

¹⁷⁸ Artículo 5 de la Ley de la materia. Derecho de acceso a la justicia. El Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia y el Instituto de la Defensa Pública Penal, tomarán las medidas necesarias para garantizar en cada uno de los procesos de mayor riesgo, que el derecho de acceso a la justicia de imputados y agraviados no se vea afectado. El precepto trata de armonizar el carácter excepcional de la prórroga de la competencia con la salvaguarda del debido proceso.

¹⁷⁹ Arts. 65 y 67 CPP. El procedimiento de planteamiento y trámite sigue lo dispuesto en la Ley del Organismo Judicial.

En este supuesto el Tribunal Superior en la misma resolución, designará al Juez o Tribunal que reemplazará conforme a las siguientes bases en su orden de prelación:

a) Para los Jueces de Primera Instancia:

- a.1) El expediente se remitirá para su diligenciamiento a otro juez de primera instancia del ramo penal con sede en la misma circunscripción municipal.
- a.2) En los municipios en donde hubiere más de dos jueces de primera instancia del ramo penal, el expediente pasará a conocimiento del que sigue en orden numérico y al primero si fuere el último el de la causal.
- a.3) Si solamente existe un juez de primera instancia del ramo penal en la circunscripción municipal, se solicitará por la vía más expedita al Secretario de la Corte Suprema de Justicia, de la lista de jueces suplentes, el nombre de quien puede ser designado inmediatamente.

De especial relevancia, en el momento de la apertura del debate, cuando el auto designa el tribunal competente:

b) Para los Tribunales de Sentencia:

- b.1) Cuando la causal sea para la totalidad de integrantes:
 - i) El expediente se remitirá para su diligenciamiento a otro Tribunal de Sentencia con sede en la misma circunscripción municipal.
 - ii) En los municipios en donde hubiere más de dos Tribunales de Sentencia, el expediente pasará a conocimiento del que siguiere en orden numérico y al primero si fuere el último el de la causal.
 - iii) Si solamente existe un Tribunal de Sentencia en la circunscripción municipal, se solicitará por la vía más expedita al Secretario de la Corte Suprema de Justicia, de la lista de jueces suplentes, los nombres de los que pueden ser designados inmediatamente para su integración.
- b.2) Cuando la causal no sea para la totalidad de integrantes:
 - i) Se tendrá que conformar, solicitando por la vía más expedita al Secretario de la Corte Suprema de Justicia, de la lista de jueces

suplentes, el o los nombres de los que pueden ser designados inmediatamente para su integración.

c) Para los Jueces de los Tribunales de Sentencia que conozcan en forma unipersonal:

- c.1) El expediente se remitirá para su diligenciamiento al juez del mismo Tribunal de Sentencia que siga en el orden de designación interna de casos, si el designado también tuviere causal de reemplazo, pasará al juez del mismo tribunal que no tenga impedimento, causal de excusa o recusación.
- c.2) En caso de que ninguno de los tres jueces del tribunal de sentencia puedan conocer por haberse declarado con lugar la existencia de causal de reemplazo, y existiere en el mismo municipio dos Tribunales de Sentencia, se trasladará el expediente al otro Tribunal, para que estos de conformidad con su orden interno de asignación de casos, designen el juez que deba conocer.
- c.3) En los municipios en donde hubiere más de dos Tribunales de Sentencia, el expediente pasará a conocimiento del que siguiere en orden numérico y al primero si fuere el último de donde proviene la causal, para que éste, de conformidad con su orden interno de asignación de casos, designe al juez que deba de conocer.
- c.4) Si solamente existiere un Tribunal de Sentencia en la circunscripción municipal, se solicitará por la vía más expedita, al Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la lista de jueces suplentes, el nombre de quien puede ser designado inmediatamente.

El artículo 2 expone el supuesto de impedimento por reenvío, que se ocasiona cuando la Sala de la Corte de Apelaciones anula la sentencia de primer grado, designando en dicha resolución el órgano jurisdiccional que deba conocer. El reglamento no indica nada entorno a la casación, y reenvío de una sentencia de una Sala de Apelaciones.

Usualmente la impugnación de esta temática no suele prosperar en instancias superiores y se aplica un criterio restrictivo de la interpretación de las posibles causales, por ejemplo, en el Expediente Número 1435-2010 (apelación de sentencia de amparo), sentencia de 7 de octubre de 2010, la Corte de Constitucionalidad argumentó con carácter de doctrina legal:

“-II- En el presente caso, Venus Lilian España Ochoa interpone amparo contra la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, reclamando contra: **a)** resolución de trece de enero de dos mil nueve, por el que declaró improcedente la recusación promovida por la postulante contra los miembros del Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal del de Guatemala; y **b)** auto de doce de febrero de dos mil nueve, que declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución señalada en la literal anterior; dentro del proceso penal seguido en su contra por el delito de Difamación. (...)

-III-

Por cuestión de técnica jurídica se analizará por separado cada uno de los actos reclamados, debido a que el segundo no puede ser subsumido en el primero. En este sentido, con relación al primer acto reclamado, que lo constituye la resolución de trece de enero de dos mil nueve, por la autoridad impugnada que declaró improcedente la recusación promovida por la postulante contra los miembros del Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal del departamento de Guatemala, del estudio de las constancias procesales se establece que dicha decisión le fue notifi cada el diez de febrero de dos mil nueve (folio veinticuatro del expediente quinientos ochenta y uno – dos mil ocho (581-2008) de la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente) y, al haber instado la acción constitucional hasta el veintiocho de marzo de ese mismo año, incumple con el presupuesto de la temporaneidad señalado en el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, toda vez que el recurso de reposición instado era inidóneo, lo que implica que su interposición no interrumpió el plazo para el planteamiento de la acción que hoy se conoce.

Tal circunstancia impide a este Tribunal de amparo conocer del fondo del asunto sometido a la justicia constitucional respeto a dicho punto por la falta del presupuesto señalado.

-IV-

En cuanto al segundo acto reclamado, que lo constituye la resolución de doce de febrero de dos mil nueve, en la misma autoridad que resolvió no entrar a conocer el recurso de reposición interpuesto contra la declaratoria de improcedencia de la recusación instada por la ahora postulante, consta que el mismo fue interpuesto con fundamento en el artículo 144 de la Ley del Organismo Judicial, sin embargo tal normativa no es aplicable, porque tal como lo refi ere el mismo cuerpo legal, en su artículo 131 que indica: “Cuando se recuse a miembros de tribunales colegiados, el recusado hará constar inmediatamente en los autos si reconoce o niega la causal de recusación. El tribunal integrado como corresponde, le dará el trámite de los incidentes. Contra lo resuelto así como en el caso previsto en el artículo 127 **no cabe recurso alguno.**” (El resaltado no aparece en el texto original). Por lo tanto, la autoridad impugnada al haber declarado su inadmisibilidad actuó en el correcto ejercicio de las facultades legales sin vulnerar derecho constitucional alguno de la amparista.

Este Tribunal Constitucional se pronunció en el mismo sentido en las sentencias de cinco de diciembre de dos mil siete, veintiocho de febrero de dos mil ocho y veintiséis de mayo de dos mil nueve, dictadas dentro de los expedientes dos mil quinientos sesenta y ocho – dos mil

ocho (2568-2008), cincuenta y dos – dos mil ocho (52-2008) y quinientos sesenta y siete – dos mil nueve (567-2009), respectivamente.”.

4.4. CONEXIÓN

La conexión es una excepción al principio de juez natural. Por razones de economía procesal y conveniencia, la ley atribuye a un solo tribunal el enjuiciamiento de varias causas o expedientes procesales, estableciéndose las siguientes reglas para determinar la competencia en estos supuestos²⁰⁵:

Tratándose de causas por delitos conexos de acción pública, conocerá un único tribunal, a saber: 1) El que tenga competencia para juzgar delitos más graves. 2) En caso de competencia idéntica, aquel que juzgue la causa cuya fecha de iniciación sea más antigua. 3) En caso de conflicto, el que sea designado conforme la ley. 4) En caso de tramitación conjunta²⁰⁶, y mientras dura la unión, la imputación más grave determina el procedimiento a seguir. No hay régimen previsto, para las causas conexas por delitos de acción privada, porque por el tipo de delito, será competente el tribunal de sentencia del domicilio del querellado²⁰⁷. En el caso de los procesos de mayor riesgo, el auto de la

205 Artículo 55 CPP. (Casos de Conexión). Habrá conexión:

- 1) Cuando a una misma persona se le imputen dos o más hechos punibles.
- 2) Cuando los hechos punibles hubieran sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas o, aunque hubieren sido cometidos en distintos lugares o tiempos, si hubiese mediado un propósito común o acuerdo previo.
- 3) Cuando uno de los hechos punibles imputados hubiera sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro, o procurar a un partícipe o a otros el provecho o la impunidad.
- 4) Cuando los hechos punibles imputados hubieran sido cometidos recíprocamente.

206 El tribunal podrá disponer la tramitación conjunta, para evitar con ello un grave retardo para cualquiera de las causas, o según convenga a la naturaleza de las causas, lo cual debe fundamentarse. 207 Art. 474 CPP.

Cámara Penal determinará los procedimientos penales en cursos que quedarán conexos al principal. Los tribunales de mayor riesgo asumen un fuero atractivo nacional.

4.5. CUESTIONES DE COMPETENCIA

Cualquiera de los sujetos procesales puede cuestionarse la competencia jurisdiccional para conocer del asunto. En este sentido, el problema surgirá cuando el Ministerio Público ejercite la acción penal o el querellante adhesivo plantee su escrito.

De igual forma, cuando un tribunal adquiera la competencia bien sea por un criterio de especialidad material (femicidio, adolescentes en conflicto con la ley penal, ejercicio de la extradición) o por haberse prorrogado la competencia, cualquiera de los sujetos puede plantear ante el mismo una cuestión de competencia por la vía de los incidentes¹⁸⁰.

En ese sentido, los mecanismos procesales excluyentes entre sí, que permiten el planteamiento de una cuestión de competencia son tres¹⁸¹:

- Inhibitoria, ante el tribunal al cual se considera competente.
- Declinatoria, ante el tribunal que se considera incompetente.
- El examen de oficio de la propia competencia por el tribunal.

Las causales de planteamiento pueden ser territoriales, por conexión o por especialización o materia¹⁸². Son efectos de la declaratoria de competencia¹⁸³:

- La remisión de las actuaciones y la puesta a disposición de los detenidos al tribunal competente, cuando se trate de los delitos de acción pública, y por analogía en los de acción privada¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Artículo 58.- (Trámite). La declinatoria o la inhibitoria se tramitarán por la vía de los incidentes. En ambos casos, la solicitud se presentará por escrito. Se agregará la prueba documental en poder de quien la propone o se indicará el lugar donde se halla y la oficina que deba ser requerida. En esa oportunidad, se ofrecerá, también, toda la prueba que se pretenda utilizar. Si se declara con lugar la solicitud, el tribunal pedirá o remitirá, según el caso, el proceso a donde corresponde.

¹⁸¹ Art. 56 CPP.

¹⁸² Art. 57 CPP.

¹⁸³ Art. 57 CPP.

¹⁸⁴ Art. 61 CPP.

- La nulidad de las actuaciones practicadas por tribunal incompetente, excepto las irrepetibles¹⁸⁵.
- Las cuestiones de competencia no suspenden el procedimiento preparatorio¹⁸⁶, salvo revalidación o ampliación de los actos ni el intermedio, pero sí las decisiones finales. En el caso del juicio, sí tendrán efectos suspensivos, pero deberán plantearse antes de la apertura a juicio¹⁸⁷.
- En el caso que varios tribunales declinen o se inhiban entre sí, actuará la Sala de Conflictos de jurisdicción y competencia de la Corte Suprema de Justicia, para determinar qué tribunal debe intervenir¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Esta disposición no regirá cuando un juez de competencia superior hubiere actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior.

¹⁸⁶ Artículo 312. (Incompetencia). Si el Ministerio Público estimare que el juzgamiento del hecho corresponde a otro tribunal, pedirá al juez de primera instancia que así lo declare. La resolución provocará la remisión de las actuaciones al tribunal que se considere competente o su devolución al Ministerio Público, según el caso.

El pedido de incompetencia no eximirá al Ministerio Público del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora.

¹⁸⁷ Art. 60 CPP.

¹⁸⁸ Art. 59 CPP.

UNIDAD V ACCIÓN PENAL Y CIVIL DERIVADA DEL DELITO

5.1. LA ACCIÓN PENAL

Conforme a la teoría del proceso, la acción constituye el fundamento motor del procedimiento. En el caso del proceso penal, los fines u objetivos últimos se encuentran expresados en el artículo 5 CPP:

- La averiguación de un hecho señalado como delito o falta.
- La averiguación de las circunstancias en que pudo ser cometido.
- El establecimiento de la posible participación del sindicado.
- El pronunciamiento de la sentencia.
- La ejecución de la sentencia.
- Responder a las legítimas pretensiones de los sujetos procesales.

La acción penal delimita el objeto de proceso penal, tanto subjetiva como objetivamente¹⁸⁹. Subjetivamente, es el Estado a través del órgano acusador, o Ministerio Público –Fiscalía–, el legitimado al ejercicio de la acción penal, precisamente en contra de la persona del acusado¹⁹⁰.

Objetivamente, la acción penal viene delimitada por el objeto de la acusación, es decir, el hecho criminal y su posible calificación jurídica como delito o falta¹⁹¹. El resultado último del ejercicio de la acción penal es cumplimiento de los fines del procedimiento, no tanto la obtención de una sentencia condenatoria como *prima facie* pudiera alcanzar a pensarse¹⁹².

¹⁸⁹ ARMENTA DEU. T., Op. cit., p. 102 y ss.

¹⁹⁰ En los delitos de acción privada, será la persona del querellante exclusivo, por excepción. El artículo 117.4 CPP, reconoce cierta capacidad procesal en carácter de agraviado a las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses, aunque no existe la denominada “acción popular” en el Derecho Procesal Penal guatemalteco, quedando la posibilidad de que dichas entidades se querrelen adhesivamente.

¹⁹¹ También cabría extenderlo a la aplicación de una medida de seguridad previa comprobación del hecho criminal y la condición peligrosa del acusado.

¹⁹² Ibid., p. 106.

En apoyo, puede señalarse, que el Ministerio Público puede solicitar el archivo de la denuncia, querrela o prevención policial, cuando sea manifiesto que el hecho no es punible o cuando no se pueda proceder¹⁹³. También en el acto conclusivo de la etapa preparatoria el Ministerio Público, puede solicitar la apertura a juicio o el sobreseimiento o la clausura provisional. Inclusive, si no lo hubiere hecho antes, la aplicación de un criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal¹⁹⁴.

Respecto a la naturaleza de los hechos, la doctrina distingue entre “*naturales*”, como aquellos que son parte de la vida del acusado o en realidad del acontecer humano o social. Los hechos “*normativos*”, son aquellos que se confían a través de criterios jurídicos²²³.

El ejercicio de la acción penal se encuentra condicionado por los principios procesales, en particular el *nullum proceso sine lege*²²⁴. No es posible el ejercicio de la acción penal si las acciones u omisiones no se encuentran legalmente tipificadas con anterioridad como delito o falta. Ni siquiera se le dará trámite a la denuncia o querrela.

El objeto de la acción penal es progresivo¹⁹⁵, y las distintas etapas procesales contribuirán a esto, desde la sindicación hasta la petición conclusiva en el debate, pasando por la acusación, el Ministerio Público, titular de la acción penal, irá concretando los aspectos fácticos, jurídicos y penológicos que le darán contenido, y que por el principio de congruencia, la sentencia penal deberá considerar.

La doctrina también considera que el ejercicio de la acción penal, y concretamente su tipología permite el establecimiento de la relación procesal penal, como relación jurídica entre sujetos o partes procesales¹⁹⁶.

En términos concretos, el ejercicio de la acción penal implica el ejercicio de una serie de facultades y derechos de parte de los sujetos procesales, en

¹⁹³ Es decir, en estos casos no hay posible objeto para el ejercicio de una acción penal.

¹⁹⁴ Art. 332 CPP.

²²³ Ibid., p. 105

²²⁴ Art. 2 CPP:

¹⁹⁵ Un ejemplo, es el previsto en el art. 333 CPP, acusación alternativa, lo cual pone de manifiesto la progresividad del contenido de la acción penal. Además, el auto de procesamiento y su contenido también condicionan la acusación (art. 320 CPP).

¹⁹⁶ HIDALGO MURILLO, J.D., Op. Cit., p.124.

²²⁷ Ibid., p. 126.

particular del órgano acusador, en particular en relación al inicio, suspensión o conclusión del ejercicio de la persecución penal.

La relación procesal penal que surge del ejercicio de la acción penal es de naturaleza pública, puesto que se trata del ejercicio del *ius puniendi* estatal, en su aspecto adjetivo. Es de naturaleza compleja, porque se entabla entre varios sujetos y que se desarrolla en diversos momentos procesales²²⁷, lo cual implica una división constitucional de funciones entre el órgano acusador¹⁹⁷ y el órgano juzgador²²⁹.

Otro problema que plantea el ejercicio de la acción penal, es la iniciativa policial en caso de flagrancia, por cuanto se permite que por iniciativa propia investigue los hechos punibles perseguibles de oficio¹⁹⁸.

La tipología o régimen procesal de la acción penal se basa en el delito imputado, distinguiendo:

- 1. Delitos de acción pública¹⁹⁹.** El Ministerio Público se encuentra obligado a ejercer la acción penal en el supuesto de su comisión, siendo perseguibles de oficio y actuando en representación de la sociedad. El agraviado con su denuncia, provoca la intervención de la Fiscalía, pudiendo adherirse como querellante, si la persecución fue iniciada²⁰⁰.

¹⁹⁷ La sentencia de 24 de junio de 2008 (Gaceta No. 88, Expediente 1099-2008) expuso: "(...) corresponderá al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública con el objeto que determine, por medio del diligenciamiento de los respectivos elementos de prueba, si concurre un hecho ilícito, las circunstancias en que pudo haber sido cometido y la posible participación del sindicado, y requerirá al juez contralor de la investigación la citación del denunciado, con el objeto de que éste presente su declaración respecto a los hechos que se le imputan, y ejerza su derecho de defensa, tanto material como técnica (...); sin embargo, si durante el transcurso de la investigación, al incorporarse los elementos de convicción, el Ministerio Público determina la concurrencia de otros hechos ilícitos, podrá requerir al juez de la causa la citación del imputado con el objeto de que amplíe su declaración" 229 Art. 203 constitucional.

¹⁹⁸ Art. 112 CPP. EL MANUAL DEL FISCAL, p. 111, censuraba en su oportunidad la práctica de que la policía ponga directamente a disposición judicial a los detenidos, sin comunicar a la fiscalía. En este sentido, habría que diferenciar entre puesta a disposición judicial para la primera declaración y el ejercicio propio de la acción penal, a través de la sindicación. De igual forma, el Ministerio Público, puede solicitar una orden de detención, como medida de coerción. V. también las facultades policiales, previstas en el art. 88 CPP (preguntas para constatar la identidad, instrucción de que podrá declarar ante el juez o informar al Ministerio Público).

¹⁹⁹ Art. 24 Bis.

²⁰⁰ MANUAL DEL FISCAL, p. 112.

En este sentido, la oficialidad de la acusación, obliga a ejercitarla cuando a criterio del juez contralor de la investigación, al Ministerio Público disponga de actuaciones y medios de prueba materiales suficientes para la apertura a juicio²⁰¹, hasta el punto que puede recibir una orden de acusación. También procede la acusación en los casos en que se persigan delitos contra el orden jurídico tributario, aunque se haya adelantado por el contribuyente-sindicado el pago total de la obligación tributaria e intereses cuando el proceso se refirió a la apropiación de recursos percibidos en la aplicación del IVA, apropiación de retenciones practicadas sobre el ISR o cuando se trate de los delitos enumerados en los artículos 358 literales “A”, “B”, “C” y “D”, y los delitos de defraudación y contrabando aduanero.

2. Delitos de acción pública por denuncia de la autoridad competente.

Más que una diferencia en la naturaleza jurídica de la acción penal pública, el artículo 24 Bis prevé que se actúe de oficio por la Fiscalía si media denuncia de autoridad competente en los siguientes delitos²⁰²:

- Contra la seguridad del tránsito²⁰³.
- Sancionados con pena principal de multa²⁰⁴.

3. Delitos de acción pública dependientes de instancia particular²⁰⁵. Por instancia particular debe entenderse la denuncia o puesta en conocimiento del hecho al Ministerio Público, autorizándolo al inicio de la acción penal contra los presuntos infractores, en otros términos “*provocando la instancia particular*”²⁰⁶, circunstan-

²⁰¹ Art. 326 CPP.

²⁰² Además serán tramitados conforme al juicio de faltas.

²⁰³ Usualmente, la denuncia es remitida junto con la prevención policial por la Policía Nacional Civil.

²⁰⁴ Se trata de un listado heterogéneo y una previsión contraria al principio de taxatividad.

²⁰⁵ El artículo 24 Ter expresa una excepción “cuando mediaren razones de interés público”.

²⁰⁶ Puede suspenderse el ejercicio de la acción penal en aplicación de un criterio de oportunidad por conciliación, o cuando se autorice la conversión de la acción pública en privada, si en dicho procedimiento se llenan los requisitos.

cia que se recoge en el formulario de denuncia usualmente o en un acta específica que levante el fiscal a cargo tras la puesta en conocimiento de los hechos²⁰⁷. En concreto, se trata de los siguientes tipos penales²⁰⁸:

- Lesiones leves o culposas y contagio venéreo.
- Amenazas, allanamiento de morada.
- Estupro, incesto, abusos deshonestos y violación, cuando la víctima fuere mayor de edad.
- Hurto, alzamiento de bienes y defraudación en consumos a particular sea persona individual o jurídica, cuando su valor no excediere de diez veces el salario mínimo más bajo para el campo al momento de la comisión del delito.
- Estafa a particular siempre que no sea mediante cheque sin provisión de fondos.
- Apropiación y retención indebida.
- Delitos contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso.
- Alteración de linderos.
- Usura y negociaciones usurarias.

4. Delitos de acción pública con necesaria autorización estatal. Se trata del antejuicio, que es la forma procesal que adopta la autorización estatal, al tenerse que proceder en contra de una persona que constitucional o legalmente goce de este privilegio. También se agrega el delito de Negación de Asistencia Económica, que se da cuando el juez de familia certifica lo conducente²⁰⁹.

²⁰⁷ MANUAL DEL FISCAL, p. 112. En el caso de menores o incapaces, la instancia particular la autorizarán sus representantes legales, o en su defecto la Ministerio Público procederá de oficio.

²⁰⁸ Siempre será pública si los delitos los comete funcionario o empleado público en ejercicio o con ocasión de su cargo.

²⁰⁹ Art. 291 CPP que lo considera como un obstáculo a la persecución penal y civil. Es el Ministerio Público quien debe solicitar la autorización al tribunal competente. Es importante señalar que no existe inicio de la persecución penal en contra del titular del privilegio, pero la ley faculta a practicar actos de investigación cuya pérdida es de temer y los indispensables para fundar

Lo relevante de la Ley de Antejuiicio, es la conformación de una competencia material especial para conocer del antejuiicio a cargo de un *juez pesquisidor* designado por el órgano jurisdiccional que debe resolver a requerimiento de la Corte Suprema de Justicia. Las piezas y actuaciones del juez pesquisidor no pueden formar parte del proceso penal que en su caso, se iniciará contra el funcionario o empleado público.

5. Delitos de acción privada. La acción penal tiene un ámbito reservado a la persona agraviada, la cual debe correr con la responsabilidad del ejercicio de todas las facultades inherentes al órgano acusador²⁴², precisamente porque el legislador considera que únicamente el interés privado se encuentra afectado²⁴³, como ocurre en los delitos:

- Relativos al honor.
- Daños.
- Relativos al derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos.
- Violación y revelación de secretos.
- Estafa mediante cheque.

Respecto al régimen especial de la acción, el Código Penal señala que cesará el procedimiento cuando se acepta la retractación satisfactoriamente por el ofendido al contestar la querrela. O si lo hiciere en forma pública antes de contestar la querrela (por ejemplo, a través de una nota de prensa)²⁴⁴.

En el caso de injuria o calumnia vertidas en juicio, se requiere autorización del juez o tribunal que la hubiera conocido²⁴⁵.

la petición (investigación esencial, archivo de la piezas de convicción). La acción penal sí puede continuar en contra de otros imputados que no ostenten el privilegio del antejuiicio. V. arts. 317 a 319 CPP. En el caso de funcionarios extranjeros o diplomáticos, v. la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, art. 31.1. prevé la inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor, con la posibilidad de que el Estado acreditante renuncie expresamente a la misma en el caso concreto (art. 32): para el

agente diplomático y su familia no nacional del Estado receptor (art. 37), y únicamente en relación a los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones (art. 38.1). En parecidos términos, v. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, arts. 41, 43 y 45.

242 Se procede únicamente por acusación-querrela ante el Tribunal de Sentencia directamente (art. 474 CPP). Únicamente el art. 476 CPP prevé una investigación preparatoria fiscal en caso de individualización del querrellado o determinar su domicilio o residencia.

243 Art. 24 Cuáter CPP.

244 Art. 168 CP. No aplica si la imputación fue dirigida en contra de funcionario público, autoridad pública o instituciones del Estado.

245 Art. 170 CP. Se deberá aportar el acta del debate o grabación como medio de prueba.

Como causa de extinción de la pena o de la responsabilidad penal se encuentra el perdón de la parte ofendida²¹⁰, lo cual puede hacerse valer en el momento procesal oportuno.

5.2. LA PERSECUCIÓN PENAL

Jurídicamente se considera que la persecución penal es la consecuencia directa del ejercicio de la acción penal. La persecución penal también puede considerarse relacionada directamente con los fines del proceso²¹¹, y en este sentido se encuentra limitada en primera instancia por la *temporalidad*.

No es posible iniciar proceso penal antes de que el hecho punible se haya cometido. Sin embargo, bajo esta categoría amplia surge el problema de los actos preparatorios (tentativa, frustración), e inclusive los denominados dispositivos amplificados del tipo, tales como la conspiración, la proposición, instigación.²¹² Únicamente serán sancionados en el supuesto que se refirieran a delitos que los lleven aparejados²¹³.

También en forma previa, se encuentra condicionada por el principio *ne bis in idem*. Nadie puede ser perseguido dos o más veces por el mismo hecho. Quedan a salvo las reglas del concurso ideal, pero también los supuestos en los

²¹⁰ Art. 172 CP.

²¹¹ V. también lo dispuesto en la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto número 17-2009 del Congreso de la República.

²¹² GIRÓN PALLES, José Gustavo, *“Teoría Jurídica del Delito aplicada al proceso penal”*, Guatemala, 2010, pp. 100, 107 y 108, bajo el principio de culpabilidad y taxatividad. En el caso de la instigación requiere de su publicidad (art. 394 CP).

²¹³ En particular, el delito de conspiración en forma autónoma de la Ley contra la Delincuencia Organizada o en materia de narcoactividad, lavado de dinero u otros activos y terrorismo, plantea el problema de la punición de la fase interna del *iter criminis*.

que la propia ley permite la doble o múltiple punición²¹⁴, lo cual plantea severas dudas de constitucionalidad (principio de legalidad). Además, por cuestiones de defectos o irregularidades en las actuaciones procesales (principio de debido proceso), puede volver a intentarse la acción penal/persecución penal en los siguientes supuestos²⁵¹:

- Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente. La competencia territorial se funda en los criterios de distribución que disponga la Corte Suprema de Justicia²¹⁵.
- Cuando la no prosecución proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la misma.
- Cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que no puedan ser unificados, según las reglas respectivas. Se trata de los supuestos de conexión²¹⁶.

El artículo 5o. del Código Penal guatemalteco, prevé varios supuestos de aplicación extraterritorial: 1o. Por delito cometido en el extranjero por funcionario al servicio de la República, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se perpetró el hecho. 2o. Por delito cometido en nave, aeronave o cualquier otro medio de transporte guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se cometió el delito. 3o. Por delito cometido por guatemalteco, en el extranjero, cuando se hubiere denegado su extradición. 4o. Por delito cometido en el extranjero contra guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país de su perpetración siempre que hubiere acusación de parte o del Ministerio Público y el imputado se hallare en Guatemala. 5o. Por delito que, por tratado o convención, deba sancionarse en Guatemala, aun cuando no hubiere sido cometido en su territorio. 6o. Por delito cometido en el extranjero contra la seguridad del Estado, el orden constitucional, la integridad de su territorio, así como falsificación de la firma del Presidente de la República, falsificación de moneda o billetes de banco, de curso legal, bonos y demás títulos de crédito. En los casos de los incisos 1o. y 6o., el imputado será juzgado según la ley guatemalteca, aun cuando haya sido absuelto o condenado en el extranjero. La pena o parte de ella que hubiere cumplido, así

²¹⁴ Como lo son las legislaciones penales especiales contra el crimen organizado. 251 Art. 17 CPP.

²¹⁵ Art. 52 CPP y 53 CPP para los delitos cometidos en el extranjero.

²¹⁶ Art. 55 CPP.

como el tiempo que hubiere estado detenido, se abonará al procesado. Para el resto de incisos, si hubiere condena, se aplicará la ley más benigna, y la sentencia producirá cosa juzgada.

Conviene en este punto, analizar el instituto de la extradición, el cual se entiende como una forma de cooperación internacional entre Estados, “*por la cual, en cumplimiento o no de un tratado un Estado –denominado requerido– entrega a una persona considerada como probable responsable de un delito, ya sea nacional o extranjera, previa petición formal a otro Estado –denominado requirente– el cual tiene competencia para conocer de ese delito para que sea juzgada o cumpla en ese Estado una condena*”²¹⁷.

Lo relevante de la extradición es que el Estado requerido renuncia al ejercicio del *ius puniendi* sobre su base competencial territorial previa constatación de las circunstancias previstas en un convenio de extradición o en forma unilateral.

La extradición como acto administrativo-procesal se rige por el principio de legalidad y de especialidad en el ejercicio de la acción penal entre Estados:

- Únicamente se concede por los delitos solicitados y amparados por el convenio de extradición, usualmente doblemente incriminados²¹⁸.
- El Estado requirente solo puede ejercer la acción penal en relación a dichos delitos.

Adicionalmente, se encuentran formulados principios relativos a los delincuentes: no entrega del nacional, no entrega del extranjero sometidos a tribunales nacionales, no entrega del asilado, no entrega de delincuentes susceptibles de represalias, no entrega de delincuentes juveniles.

El Decreto Número 28-2008, del Congreso de la República, Ley Reguladora del Procedimiento de Extradición dispone que la denegatoria de la extradición pasiva obliga al Estado de Guatemala a través de los órganos correspondientes, a ejercer la persecución y acción penal en los casos que sea

²¹⁷ HUICOCHEA MILLÁN, Sergio Octavio et al., “Extradición”, Derecho Internacional privado, documento en línea, 30-11-2009.

²¹⁸ Lo que requiere interpretar comparativamente tipos penales vigentes en ambos países por el órgano jurisdiccional que debe resolver el procedimiento.

procedentes conforme al tratado, convenio, arreglo internacional o el derecho interno (artículo 10).

Son Tribunales competentes para decidir sobre la procedencia de la extradición pasiva los tribunales de sentencia con competencia en materia penal que tengan su sede en la ciudad de Guatemala, según las normas de asignación que disponga la Corte Suprema de Justicia. Para conocer de las medidas urgentes de coerción tienen competencia los Juzgados de Primera Instancia del Ramo Penal de Turno de la ciudad de Guatemala.

Son causales para diferir la entrega (artículo 30): que la persona requerida se encuentre sujeta a proceso penal en el país, que esté cumpliendo condena en Guatemala. En ambos casos, se hará la entrega hasta que la persona esté solvente de su situación jurídica. La entrega no será diferida por causa de procesos iniciados posteriormente a la fecha de solicitud de extradición.

La solicitud de extradición activa, la presentará el Ministerio Público²¹⁹, con conocimiento del Juez contralor de la investigación, al Ministerio de Relaciones Exteriores por conducto de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, para que en el plazo de ocho días, presente por la vía diplomática el requerimiento en la Misión acreditada en Guatemala de dicho país.

Como regla general, la persecución penal debe ejercitarse de manera continua²²⁰, no pudiendo suspenderse, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos previstos expresamente en la ley²²¹:

1. Abstención de ejercicio de la acción penal basado en un criterio de oportunidad²²². La doctrina considera que el principio de oportunidad se contrapone al principio de legalidad, pero más bien depende de éste, puesto que la aplicación de los denominados mecanismos desjudicializadores, entre estos la aplicación de un criterio de oportunidad que evite el ejercicio de la acción penal, se condiciona al cumplimiento de los requisitos y procedimientos legalmente establecidos. El ejercicio del *ius puniendi* reconoce márgenes discrecionales al Ministerio Público, pero nunca

²¹⁹ Cuando un juez o tribunal emitió orden de detención, aprehensión o captura de la persona reclamada, o esta haya sido condenada y sea requerida para el cumplimiento de condena (artículo 31).

²²⁰ Art. 19 CPP, basado en el principio procedimental de continuidad.

²²¹ Art. 285 CPP.

²²² Art. 286 CPP.

arbitrarios, por lo que con ARMENTA DEU, el mismo se basa en una “oportunidad reglada”²²³.

El efecto sobre la continuidad del procedimiento es el de provocar el archivo del proceso por el término de un año²²⁴, vencido el cual se extinguirá la acción penal, aunque el procedimiento podrá reanudarse bajo los supuestos de fraude, error, dolo, simulación o violencia en el otorgamiento; si surgiere evidencia de la figura delictiva era más grave y que de haberse conocido en su oportunidad no se hubiera concedido el criterio.

En todo caso, los delitos susceptibles de ser considerados son los delitos menos graves:

- Delitos con menos de cinco años de prisión (no los relativos a la narcoactividad),
- No sancionados con pena de prisión,
- Los perseguibles por instancia particular,
- El denominado delito culposos con pena natural²²⁵.
- A cómplices y autores del delito de encubrimiento que colaboren declarando eficazmente contra los autores de los siguientes delitos²²⁶: contra la salud pública, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado, negociaciones ilícitas, y plagio o secuestro.

²²³ ARMENTA DEU, T., Op. cit., pp. 34 y 35., señala que el principio de oportunidad permite “a título de hipótesis, que se persigan o no conductas aparentemente delictivas, que se formule y/o sostenga la acusación o que se acuerden con las partes los diferentes elementos de la acción penal o la imposición de la pena”. Por ejemplo, permite incorporar el principio de legalidad (mínima) como parte del principio general de legalidad.

²²⁴ Se trata más bien de una clausura provisional, puesto que no impide que el Ministerio Público recabe o reciba nuevos elementos de prueba, que modifi que las circunstancias presuntivas favorables a la abstención del ejercicio de la acción penal.

²²⁵ Además el juzgador debe apreciar responsabilidad o conducta criminal mínima en el sindicado.

²²⁶ Se entiende colaboración eficaz, si la declaración contribuye exitosamente a delimitar la responsabilidad penal de los autores bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva investigación fiscal.

Cabe señalar la amplitud con que se encuentra formulado el criterio general: “no estar gravemente afectado o amenazado el interés público o la seguridad ciudadana”. Lo cual lleva a reflexionar sobre los fines preventivos generales que se le asignan al Derecho Penal, ya que puede no existir persona agraviada o afectada directamente, sino que los daños sean a la sociedad en general²²⁷. Para acotar el significado del concepto jurídico indeterminado, es preciso recurrir nuevamente al principio de taxatividad, para evitar incurrir en vulneración a un principio básico de igualdad.

Respecto al momento procesal del planteamiento del criterio de oportunidad, la audiencia prevista en el artículo 82 CPP se considera idónea a tal efecto, aunque siempre será necesario escuchar la declaración del sindicado y aportar los elementos de prueba necesarios, especialmente la defensa, para acreditar la causalidad del criterio y su justificación, inclusive la propuesta de reglas de cumplimiento (art. 25 Bis CPP)²²⁸.

En el supuesto de haber intentado una conciliación entre agraviado y sindicado, pero al no llegarse a un acuerdo, el Ministerio Público puede otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado, siempre que se cumpla con la garantía de una persecución penal eficiente.

Respecto al trámite procesal y su agilización, la Corte Suprema de Justicia, en su Circular No. PCP-2010-0019, de 24 de mayo de 2010 ha ordenado a los Juzgados de Primera Instancia concentrar en una sola audiencia el otorgamiento de medidas desjudicializadoras (criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, desistimiento), y realizarlo en forma oral (no en forma de auto escrito), a partir de listados de la Fiscalía²²⁹.

²²⁷ Art. 25 Bis. CPP.

²²⁸ Respecto a la impugnación del auto que autoriza al fiscal a abstenerse del ejercicio de la acción penal (p. 368 CPP), pudiera el querellante adhesivo que no estuviera de acuerdo con lo convenido con otro agraviado, terminar planteándolo (art. 404.5 CPP), para que la Sala revise la apreciación a quo de la concurrencia de los requisitos, la causalidad o algún vicio procedimental (arts. 281 a 284 CPP).

²²⁹ “En caso se presenten solicitudes individuales de desestimaciones o criterios de oportunidad con acuerdo previo y sin reglas o abstenciones, el Secretario del Juzgado debe acumular todas las solicitudes recibidas durante la semana, para su autorización o no en la audiencia múltiple. Cada semana debe realizarse una audiencia múltiple para conocer y resolver las solicitudes de salidas alternas indicadas, por lo que el plazo de resolución no puede exceder de cinco días de presentada la solicitud. 4. Cuando existan elementos que permitan inferir que el otorgamiento del acuerdo de reparación adolece de algún vicio de consentimiento o resulta lesivo para los intereses de alguna de las partes, los Jueces deberán convocar y

2. **Suspensión condicional de la persecución penal**²³⁰. La principal diferencia con la figura anterior es la relativa a que ya se ha ejercitado la acción penal por la Fiscalía²³¹, pero se sujeta a prueba²³² al imputado con miras al mejoramiento moral, educacional y técnico²³³. Se trata de una institución de prevención especial. El plazo de la prueba va de dos a cinco años, y no impide el ejercicio y cumplimiento de la acción civil derivada de delito (y la responsabilidad subsecuente).

La audiencia de la determinación de la suspensión condicional de la persecución penal se tramitará con arreglo a lo dispuesto en el art. 287 CPP, aplicándose supletoriamente las reglas del procedimiento abreviado. Lo esencial son las instrucciones o imposiciones que el imputado debe cumplir.

El proceso se reanuda si el imputado quebranta las condiciones de la prueba en el estado en que estuvieran las actuaciones, debiendo celebrarse una audiencia específica a efecto de que el órgano jurisdiccional declare la continuación del proceso y se fije plazo al Ministerio Público para presentar acto conclusivo de la etapa preparatoria o solicitar un procedimiento abreviado a criterio de los sujetos procesales. La defensa en dicha audiencia puede justificar la ampliación del plazo de prueba en lugar de la revocación²³⁴.

Se requiere una investigación sumaria, previa, la ley no especifica si es del órgano jurisdiccional o de la Fiscalía, pero por la separación de funciones, y el principio acusatorio, será el Ministerio Público quien deba realizarla, a través de informes de trabajadores sociales, testigos, prueba documental, y presentarla en la audiencia específica²³⁵.

celebrar las audiencias de conocimiento con intermediación de los sujetos procesales. 5. Para la aplicación del criterio de oportunidad con reglas o abstenciones, o sin acuerdo previo, se realizará la audiencia bilateral, de forma sencilla y rápida, resguardando el fin de la misma. 6. En los juzgados que ya tengan solicitudes de desestimaciones y criterios de oportunidad con acuerdo previo y sin reglas o abstenciones, debe procederse inmediatamente a acumularlas para la realización de la audiencia múltiple, convocando a un auxiliar fiscal. El tiempo máximo de resolución para estas solicitudes será de quince días a partir de la recepción de esta Circular”.

²³⁰ Art. 287 CPP.

²³¹ Lo cual puede encontrarse condicionado por la provocación de la instancia particular (v. art. 31 CPP).

²³² La figura es de origen anglosajón.

²³³ Art. 28 CPP, v. el control judicial de la prueba a cargo del Juez de Ejecución (art. 288 CPP).

²³⁴ Art. 29 CPP.

²³⁵ Art. 288 CPP.

Lo relevante es que vencido el plazo de la prueba se entiende extinguida la acción penal. Sin embargo, si debido a otro proceso, el imputado también es sindicado pero conserva su libertad provisionalmente, la declaración de extinción de la acción penal quedará suspendida hasta que se produzca el sobreseimiento o absolución en forma ejecutoriada²³⁶.

3. Obstáculos a la persecución penal²³⁷. Además del antejuicio, el planteamiento de cuestiones prejudiciales y de excepciones detienen el curso de la persecución penal. En ambos casos, se tramitan como incidentes. El principal ámbito de las cuestiones prejudiciales es la concurrencia entre la jurisdicción civil y la penal, cuando existen dudas entorno a la naturaleza meramente civil o penal de los hechos. En ese sentido, la tendencia del Ministerio Público debe ser a desjudicializar penalmente los conflictos, realizando una interpretación de las circunstancias de hecho presentadas en la denuncias en su justa naturaleza.

El Derecho Penal mantiene zonas de conexión con el Derecho Civil y con el Administrativo en particular. En el caso del Derecho Civil, la falsedad de documentos debe probarse con carácter previo en procesos ordinarios de nulidad, y posteriormente con la ejecutoria que declara hechos probados plantear la denuncia o querrela a la Fiscalía para que ejercite la acción penal. Son conocidos también los conflictos derivados a usurpaciones, apropiación y retención indebidas, dobles titulaciones cuya buena o mala fe únicamente puede probarse en la vía civil. Tampoco hay una separación tajante entre la usura como motivo de nulidad del negocio jurídico y el delito de negociaciones usurarias. En suma, se trata de cuestiones de interpretación contractual.

En el caso del Derecho Mercantil, muchos delitos relativos a la economía nacional (monopolio) o contra el patrimonio (incumplimiento de contratos, de derechos sociales, de acreeduría, resoluciones de órganos societarios²³⁸), deben resolverse primeramente en juicios sumarios que determinan la responsabilidad de los socios, gestores o administradores. En igual

²³⁶ Art. 30 CPP.

²³⁷ Arts. 291 a 296 CPP. Arts. 60 y 61 CPP para los efectos de las cuestiones de competencia. Art. 67 CPP, excusa y recusación.

²³⁸ Ver como ejemplo, los problemas que se derivan de quiebras en sociedades aseguradoras o bancos, que cuenta con procedimientos administrativos particulares previstos en la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

circunstancia, se incurre con el tipo penal de estafa, en especial cuando se trata de determinar negocios subyacentes a la relación jurídico-cambiaría.

En la práctica judicial, el planteamiento de la cuestión prejudicial no pocas veces se realiza con fines dilatorios. Lo relevante del caso, es que el artículo 404.2 CPP permite plantear recurso de apelación contra el auto, pero la Corte Suprema de Justicia, mantiene una línea negativa a admitir la casación cuando desde la instancia no se ha admitido la cuestión prejudicial, bajo la tesis de la “*defi nitividad*”, ilustrativamente, la Corte de Constitucionalidad también mantiene dicho criterio, por todas, se transcribe el Expediente Número 2829-2007, Auto de 4 de abril de dos mil ocho (Tribunal Extraordinario de Amparo), que en su parte argumentativa señala:

“En el caso que se examina se somete a estudio el rechazo de plano de la casación planteada por la amparista, pues la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que la resolución impugnada no reúne las características de defi nitiva, incumpliendo con lo establecido por el artículo 437 del Código Procesal Penal en su inciso 4º, en cuanto a la procedencia de plantear casación contra los recursos de apelación contra las resoluciones de los jueces de primera instancia que declaren el sobreseimiento o clausura del proceso, y los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal. En cuanto al último de los casos de procedencia expuestos en el inciso 4º del artículo citado la accionante arguye, que es procedente promover casación, dado que en alzada se conoció en cuanto a que el juez de primera instancia resolvió la cuestión prejudicial, uno de los obstáculos a la persecución penal; sin embargo esta Corte en cuanto tal extremo [h]a asentado doctrina legal al considerar que la interpretación del artículo 437 del Código Procesal Penal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial (cuyo contenido es acorde y aceptado tanto por la Doctrina del Derecho como por la jurisprudencia de esta Corte), debe hacerse conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. En tal virtud, la Corte ha partido del análisis del presupuesto general que requiere la norma procesal penal transcrita para la procedencia del recurso de casación: es decir, que se trate de autos defi nitivos dictados por las salas de apelaciones y que pongan obstáculos a la persecución penal. Resulta importante establecer lo que el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española. Editorial Espasa Calpe, Sociedad Anónima. Vigésima primera edición –1992–) defi ne como auto defi nitivo “...El que impide la continuación del pleito o deja resuelta alguna de las

cuestiones litigiosas, aunque sea dictado incidentalmente...” En la ciencia jurídica, no existe una definición uniforme sobre el término; sin embargo, Guillermo Cabanellas, en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (editorial De Palma, vigésima edición. 1986) expresa que es “...El que tiene fuerza de sentencia, por decidir la causa o pleito, aun dictado incidentalmente...”. De las anteriores definiciones, puede afirmarse que, según su contexto, los autos definitivos son aquellos que extinguen, concluyen o acuerdan la finalización de uno de los elementos del proceso penal. **Estima este tribunal que no debe entenderse que los “autos definitivos” extinguen por completo el proceso penal en cuanto a tal, por las siguientes razones: El proceso penal, a diferencia de los otros, tiene por finalidades: “...la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma...” (Artículo 5 del Código Procesal Penal). La persecución penal se refiere exclusivamente a establecer de la posible participación de la persona a quien se sindicó del delito o falta. En tal virtud, para referirse a que un proceso penal ha finalizado, deben haberse alcanzado los fines mencionados (componentes del proceso penal), no contemplándose como medios de finalización del proceso todas aquellas situaciones o figuras procesales que suspenden o concluyen alguna de estas finalidades o componentes, tales como la desestimación y archivo de la denuncia, que finaliza la averiguación; la suspensión provisional de la persecución penal o el sobreseimiento, que afectan (por suspensión y finalización, respectivamente) la persecución penal; o la suspensión provisional de la ejecución de la pena. Por otra parte, no puede afirmarse que la intención del legislador, al expresar “autos definitivos”, fuera referirse a aquellos que ponen fin al proceso, primero, porque de conformidad con lo antes expresado, en materia penal no hay cabida para este tipo de autos (como sí sucede en materia civil, por ejemplo) y, segundo, porque sería ilógico pretender que las resoluciones que se dicten en los casos a que se refiere el inciso 4) del artículo en análisis encuadren en el concepto de “poner fin al proceso”, porque en todo caso, como ya se analizó, sólo suspende o finaliza uno de los elementos del proceso penal (por ejemplo, una cuestión prejudicial sólo suspende la persecución penal y la averiguación hasta que la misma sea resuelta por el juez competente). De esa cuenta, se concluye que “auto definitivo” equivale, en materia penal, a aquél que produce efectos suspensivos o conclusivos en relación de una de las fi**

nalidades o componentes expresados del proceso penal, de tal manera que, para el presente caso, el auto de una Sala de la Corte de Apelaciones que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el de un juez de primera instancia que decide (acogiendo o denegando) una cuestión prejudicial, sólo reviste el carácter de deficiente, y por ello susceptible de ser impugnado mediante casación, si como consecuencia del mismo se declara la existencia de dicho obstáculo a la persecución penal, ya que si así no fuere (es decir, que se declare sin lugar), esa resolución no le está poniendo fin a ningún asunto o aspecto del proceso penal –en la acepción anteriormente expresada–, sino únicamente concluyendo una incidencia que no trasciende más allá del ámbito procedimental. Esta doctrina se encuentra asentada en diversos fallos de esa Corte, entre ellos los de tres de enero y trece de febrero, ambas de dos mil seis, y nueve de enero de dos mil ocho, dictadas en los expedientes ciento nueve-dos mil cinco (109-2005), un mil novecientos sesenta y uno-dos mil cinco (1961-2005) y mil ciento cincuenta y cinco-dos mil siete (1155-2007), respectivamente.”

La resolución es clara y no amerita mayor comentario, y por el momento es la doctrina jurisprudencial vigente tanto en la Cámara Penal como en la Corte de Constitucionalidad (en amparo), por lo que cualquier planteamiento será rechazado *in limine* por la Cámara Penal.

En el Expediente Número 01004-2011-00240, Oficial 4º, de fecha 23 de agosto de dos mil once, la Corte Suprema de Justicia, considera improcedente la declaratoria de prejudicialidad en materia tributaria que, se sustenta en que previo a la instancia penal, deben realizarse ajustes tributarios, cuando en el proceso penal se denuncia la comisión de ilícitos en esa materia, por cuanto el artículo 70 del Código Tributario, es claro en imponer que “... cuando se presume la existencia de un delito, la Administración Tributaria deberá denunciar inmediatamente el hecho a la autoridad judicial penal competente...”. Este es el caso, cuando la denuncia penal refiere que el acusado creó entidades ficticias, registrado y declarado facturas de proveedores que no fueron localizados sin evidenciar el pago de las mismas; hechos cuya investigación y juzgamiento no pueden ser condicionados al establecimiento previo de ajustes tributarios, ya que son cuestiones totalmente distintas y que no se vinculan entre sí.

Además, la Corte conceptualiza:

“La cuestión prejudicial funciona en el sistema procesal penal guatemalteco, como un obstáculo a la persecución penal que requiere el establecimiento previo de un asunto vinculante y

desconocido. Dicha fi gura no puede prosperar, cuando los hechos contenidos en la acusación son sufi cientes y permiten percibir de manera autónoma, la posible comisión de un hecho delictivo. Este es el caso, cuando un juez equivocadamente decide no abrir a juicio, argumentando que es necesario establecer en la vía civil, la nulidad o no de un instrumento público, mientras que los hechos de la acusación refi eren la introducción como prueba en un juicio sumario ya fenecido, de la copia legalizada que contiene datos falsos y que corresponde a dicho instrumento matriz; documento con el cual se obtuvo un pronunciamiento favorable al proponente de la prueba; hecho que por sí comportaría un ilícito que no se encuentra condicionado al pronunciamiento sobre la nulidad de la escritura original; por lo que resulta inexistente la cuestión prejudicial”.

En el considerando II, y para enjuiciar el caso concreto argumentó:

“Vistas las actuaciones, escuchada la audiencia de apertura a juicio documentada en el disco compacto adjunto al expediente de primera instancia, y analizadas las argumentaciones expuestas por las partes en este recurso, Cámara Penal delimita su estudio hacia establecer la procedencia o no, de la cuestión prejudicial declarada, sobre la base argumentativa de la defensa en la audiencia de mérito, así como de los hechos y califi cación jurídica planteados por el Ministerio Público en su acusación.

Se estima que el criterio vertido por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Santiago Atitlán, Sololá, y avalado por la Sala impugnada, se encuentra fuera de orden jurídico. Lo anterior, en virtud que, como bien hicieron ver el Ministerio Público y el abogado del actor civil y querellante adhesivo en la audiencia de apertura a juicio, los hechos de la acusación no versan sobre el contenido en sí o la validez de la escritura matriz número cuarenta y cinco hecha referencia, autorizada por el notario Juan Carlos Saloj Tuz. Por el contrario, la hipótesis acusatoria gravita sobre el hecho de haber incorporado dentro de un juicio civil, una copia legalizada de dicha escritura, con datos distintos a los contenidos en el original. Por ello no puede afi rmarse que exista una razón o hecho que condicione la instancia penal, al resultado del juicio ordinario civil donde se pretende la declaratoria de nulidad del instrumento matriz. Se extraña en las resoluciones del a quo y del ad quem, un criterio jurídico válido, ya que afi rman que el juzgamiento del hecho y la responsabilidad penal del sindicado, dependen especifi camente de la decisión de un juez civil que establezca si el negocio jurídico objeto de litis ha nacido o no a la vida, lo cual es inválido, toda vez que el resultado de dicho juicio ordinario bajo ningún punto de vista incidiría o afectaría la autonomía del hecho sindicado en el proceso penal. Lo anterior, permite concluir que en el presente caso no existe tal prejudicialidad, toda vez que, como ha quedado evidenciado, la pretensión del juicio ordinario civil de declarar la nulidad del instrumento número cuarenta y cinco hecho referencia, no surte efectos útiles a la instancia penal, y la acusación formulada por el Ministerio Público refl eja con sufi ciencia e independencia, hechos que merecen ser sometidos a un debate oral y público.

Seguidamente y habiéndose establecido que en el presente caso no hay obstáculo a la persecución penal y que nos encontramos en una casación de fondo, esta Cámara, con base en los artículos 342 numeral 4), 438, 442 y 447 del Código Procesal Penal, estima que los hechos de la acusación, pueden también encuadrarse en el delito de caso especial de estafa contenido en el artículo 264 numeral 23 del Código Penal. Lo anterior, en virtud de existir la probabilidad de que el sindicado hubiere perjudicado en su patrimonio al hoy

casacionista, por medio de la incorporación en un juicio, de la tan mencionada copia simple del documento público de mérito que, al contener datos falsos y procurado

una sentencia favorable a quien la introdujo, habría confgurado la denominada doctrinariamente como “estafa procesal” o “estafa triangular”, perfectamente encuadrable en el artículo 264.23 Ibid; que consiste en la utilización del juez con ardid por parte del sujeto activo, para perjudicar a tercera persona que se convierte en el sujeto pasivo. La doctrina desarrolla el tipo de la siguiente manera: “... también existe ese desdoblamiento en la estafa procesal, porque el inducido a error es el juez, y el perjudicado la parte contra la que recae la sentencia fundamentada en el error (...) no basta la simple afirmación de hechos falsos, ni el silencio de los verdaderos, puesto que, por la propia naturaleza del procedimiento judicial, los derechos de las partes resultan de las pruebas aportadas al juicio. Siendo así las cosas, parece claro que el fraude debe recaer esencialmente sobre la prueba y los elementos de convicción (...) es preciso apreciar la idoneidad del ardid en sí mismo en relación con la vía a seguir para el logro del perjuicio...”. En ese sentido, tomando como base y respetando los hechos de la acusación, sería oportuno y jurídicamente correcto, que se dilucidara en un debate oral y público, si la introducción de la copia simple del documento público ya referido, al juicio interdicto de amparo de posesión o de tenencia número ciento veinte guión dos mil seis tramitado ante el a quo, pudo haber conllevado a la utilización del juez para obtener una declaración en perjuicio del señor Santiago Cortez Tuch”.

Respecto a la excepción de falta de acción y la de extinción de la persecución penal, puede plantearse en contra de la legitimación procesal del Ministerio Público o del querellante exclusivo o adhesivo²³⁹ o en el segundo caso cuando esta se haya extinguido conforme a los artículos 32 CPP y 101 CP.

4. **Desestimación**²⁴⁰. Debido a que el hecho noticiado no es constitutivo de delito o falta, no se puede proceder a la persecución penal, por el principio de legalidad. Sin embargo, si el juez considera que la persecución penal debe continuar, ordenará al Ministerio Público la realización de la misma.
5. **Falta de mérito**²⁴¹. En este caso, ya se planteó acción penal, pero en la audiencia de sindicación, el juez tras la declaración del imputado, las alegaciones y medios de prueba presentados por los sujetos, considera que no existe delito o inclusive este se extinguió, por lo que no cabe proceder,

²³⁹ MANUAL DEL FISCAL, p. 117 alude como casos: Si el Ministerio Público se encuentra persiguiendo un delito de acción pública dependiente de instancia particular y el agraviado no hubiere presentado al menos denuncia del hecho; si ejercita la acción penal en un delito de acción privada, o si existe cosa juzgada (por sentencia, sobreseimiento o aceptación del criterio de oportunidad) por los mismos hechos y persona.

²⁴⁰ Art. 310 CPP.

²⁴¹ Art. 272 en relación al 82 4 a *sensu contrario* CPP.

sin perjuicio del ejercicio de las facultades investigativas del Ministerio Público en relación a la *notitia criminis*.

6. **Archivo**²⁴². Se reserva para los supuestos de no individualización del imputado o cuando se haya declarado su rebeldía. Es revisable, si los demás sujetos procesa-

les presentan medios de prueba que permitan la individualización o continuar la investigación.

7. **Sobreseimiento**²⁴³. Tiene el efecto de cerrar la persecución penal, y no podrá volver a intentarse en contra de la persona favorecida por el mismo hecho.

8. **Clausura Provisional**²⁴⁴. Si bien suspende el curso del proceso, no exime al Ministerio Público de recabar o recibir nuevos elementos de prueba que tornen viable la reanudación de la persecución penal para instar la apertura a juicio o sobreseimiento, en su caso. Nótese, que lo que el tribunal autorizará es la reanudación de la investigación, debiendo fijar nuevo plazo para formular el acto conclusivo.

9. **Abandono de la defensa técnica**²⁴⁵. Si bien el reemplazo es inmediato, en las etapas previas al debate no provoca la suspensión. En cambio, si se produce poco antes o durante el debate se puede prorrogar su comienzo o suspender el debate ya iniciado hasta por cinco días máximos corridos a solicitud del nuevo defensor, por única vez. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en función de su política judicial, ha instruido a los jueces, advertir a los abogados defensores para que propongan a un abogado sustituto, para evitar retardo por el trámite del abandono de la defensa, esa circunstancia es beneficiosa para los abogados litigantes para evitar que se certifi que lo conducente al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados.

10. **Incapacidad**²⁸³. La ley suspende el proceso hasta que desaparezca el trastorno mental del imputado, por lo que no puede avanzar al procedimiento intermedio ni al debate, sin impedir las actuaciones de la

²⁴² Art. 327 CPP.

²⁴³ Art. 330 CPP.

²⁴⁴ Art. 331 CPP.

²⁴⁵ Art. 103 CPP.

²⁸³ Art. 76 CPP.

etapa preparatoria, o continuar respecto a otros imputados. Requiere de peritación especial e internamiento provisional²⁴⁶, sin perjuicio de continuar el procedimiento especial para la aplicación de una medida de seguridad y corrección.

11. **Rebeldía**²⁴⁷. No suspende el procedimiento preparatorio, y no afecta a los imputados presentes a disposición del tribunal, continuando el proceso en el estado en que estuviera cuando comparezca. Se reitera que la resolución donde se decreta la rebeldía es apelable, conforme el artículo 404 numeral 10 del CPP.
12. **Renuncia o abreviación de plazos**²⁴⁸. Siempre a favor de los sujetos procesales. Por ejemplo, si el Ministerio Público puede presentar su acto conclusivo antes del plazo inicialmente fijado.
13. **Retardo o rechazo**²⁴⁹. Siempre que provoquen perjuicio, pudiendo el superior jerárquico (fí scal, judicial) gestionar dicha tramitación. Podrá adoptar la forma de queja²⁵⁰.
14. **Incidentes**²⁵¹. Puede tener o no efectos suspensivos, pero se tramitan en forma separada. Un supuesto especial es la tramitación del amparo en el proceso penal. En este sentido, la Circular No. PCP/0010/2010, de 11 de mayo de 2010, de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de contrarrestar el abuso en su planteamiento, ha dispuesto que sea un solo órgano jurisdiccional el que conozca del amparo a través del control informático de procesos en el Sistema de Gestión de Tribunales²⁵². También debe observarse el contenido del artículo 150 Bis del CPP.

²⁴⁶ Art. 273 CPP.

²⁴⁷ Art. 80 CPP.

²⁴⁸ Art. 153 CPP.

²⁴⁹ Art. 159 CPP.

²⁵⁰ Art. 179 CPP.

²⁵¹ Art. 150 Bis CPP.

²⁵² “Los juzgados y tribunales del ramo penal de toda la República, que conozcan de varias Acciones Constitucionales de Amparo sobre un mismo acto reclamado y autoridada impugnada, observarán con prelación el primero ingresado y acumularán conforme la ley las otras acciones, por basarse en el mismo acto reclamado y autoridada impugnada. (Artículo 7º de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). Al momento que se produzca doble presentación de la acción constitucional de amparo, el juez que conozca de las mismas presentará copia certificada al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala

15. Extinción²⁵³. La ley es muy clara al establecer supuestos de extinción de la persecución penal²⁵⁴, y que impiden que la acción penal prospere (por excepción):

- Por muerte del imputado.
- Por amnistía²⁵⁵.
- Por prescripción²⁹⁴.
- Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, si el imputado admitiere al mismo tiempo su culpabilidad, en el caso de delitos sancionados sólo con esa clase de pena.
- Por el vencimiento del plazo de prueba, sin que la suspensión sea revocada, cuando se suspenda la persecución penal.
- Por la revocación de la instancia particular, en los casos de delitos privados que dependan de ella²⁹⁵.
- Por la renuncia o por el abandono de la querrela, respecto de los delitos privados a instancia de parte.
- Por la muerte del agraviado, en los casos de delitos de acción privada; sin embargo, la acción ya iniciada por el ofendido puede ser continuada por sus herederos o sucesores, salvo casos establecidos por el Código Penal²⁹⁶.

Casación No. 132-2003, Sentencia del 04/03/2005 señala que al tenor de lo estatuido por los arts. 285, 297, 298 y 299 del Código Procesal Penal, al establecerse

para lo que haya lugar en virtud de lo que establece la Ley del Organismo Judicial en el artículo 17: “Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

²⁵³ Arts. 32 a 36 CPP.

²⁵⁴ El Artículo 101 CP recoge los mismos supuestos.

²⁵⁵ Son positivas pero no vigentes las leyes de “punto final” relativas a hechos delictivos derivados del conflicto armado interno, como consecuencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Debe ser aprobada por el Congreso conforme al art. 171 g) de la Constitución. Por todas véase lo expresado en el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas): “Por otra parte, la Corte observa que desde el 9 de febrero de 1994, fecha en la que la Corte Suprema de Justicia de Guatemala dejó abierto el proceso contra los presuntos autores intelectuales de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang, la defensa promovió

una extensa serie de articulaciones y recursos (pedidos de amparo, inconstitucionalidad, recusaciones, incidentes, incompetencias, nulidades, pedidos de acogerse a la Ley de Reconciliación Nacional, entre otros), que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural”.

- 294 ARTÍCULO 107 CP. La responsabilidad penal prescribe: 1o. A los veinticinco años, cuando correspondiere pena de muerte. 2o. Por el transcurso de un período igual al máximo de duración de la pena señalada, aumentada en una tercera parte, no pudiendo exceder dicho término de veinte años, ni ser inferior a tres. 3o. A los cinco años, en los delitos penados con multa. 4o. A los seis meses, si se tratare de faltas. ARTÍCULO 108 CP. La prescripción de la responsabilidad penal comenzará a contarse: 1o. Para los delitos consumados, desde el día de su consumación. 2o. Para el caso de tentativa, desde el día en que se suspendió la ejecución. 3o. Para los delitos continuados, desde el día en que se ejecutó el último hecho. 4o. Para los delitos permanentes, desde el día en que cesaron sus efectos. 5o. Para la conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción, cuando éstas sean punibles, desde el día en que se haya ejecutado el último acto. ARTÍCULO 109 CP. La prescripción de la acción penal se interrumpe, desde que se inicie proceso contra el imputado, corriendo de nuevo el tiempo de la prescripción desde que se paralice su prosecución por cualquier circunstancia. También se interrumpe respecto a quien cometiere otro delito.
- 295 La autorización estatal para perseguir es irrevocable (art. 35 CPP). En el caso de la instancia particular requiere anuencia de las partes, lo que puede equivaler a un desistimiento al proceso penal, aunque se entiende que debe plantearse antes de la apertura a juicio.
- 296 ARTÍCULO 122 CP, dispone que: “*En cuanto a lo no previsto en este título, se aplicarán las disposiciones que sobre la materia contienen el Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil.*” Al respecto v. lo dispuesto para la transacción (2151 y ss CC) y las reglas de la prescripción extintiva derivada del delito o falta (art. 1513 CC): en un año.

la comisión de un hecho delictivo, éste se debe denunciar, y principalmente si este es de conocimiento de un funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones, debe discutirse en proceso penal.

5.3. SALIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL

La regulación procesal de las salidas alternas parte del principio de oportunidad, habiendo considerado la Cámara Penal dictar la Circular No. PCP-2010-0019 con el objetivo de emitir las directrices necesarias con el fin de agilizar el trámite de estos mecanismos de desjudicialización:

1. Los jueces del ramo penal han de considerar que, para el otorgamiento del criterio de oportunidad y de la suspensión condicional de la persecución penal, no es necesario dictar auto de procesamiento.

2. Durante la primera comparecencia del imputado los jueces podrán autorizar al Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción penal, cuando así sea requerido por el auxiliar fiscal y se cumplan los requisitos establecidos en la ley.
3. Las autorizaciones y desestimaciones y criterios de oportunidad con acuerdo previo y sin reglas o abstenciones, deben realizarlas los jueces, en audiencia oral múltiple en que se resuelvan todas las solicitudes de la semana, y solo con presencia del auxiliar fiscal del Ministerio Público, para ello deben observarse las siguientes medidas:
 - Las solicitudes del Ministerio Público pueden ser presentadas mediante listados de todos los casos que requiera, en donde incluya número de causa, persona y delito por el que se denuncia.
 - En caso se presenten solicitudes individuales de desestimaciones o criterios de oportunidad con acuerdo previo y sin reglas o abstenciones, el secretario del Juzgado debe acumular todas las solicitudes recibidas durante la semana, para su autorización o no en la audiencia múltiple.
 - El encargado de audiencias o quien lleve la agenda de audiencias debe fijar un día y hora a la semana, en la que cotidianamente se conozcan las solicitudes indicadas.
 - La audiencia se realizará únicamente con presencia del Juez y el auxiliar fiscal.

- En la audiencia, el Juez debe verificar la concurrencia de los presupuestos para el otorgamiento de las desestimaciones y criterios de oportunidad sin reglas o abstenciones, para lo cual requerirá una simple referencia al fiscal del motivo por el cual se hace la solicitud.
 - El juzgador debe resolver una a una conforme se presenten por el fiscal, las solicitudes indicadas, al final de la audiencia debe devolver los ante cedentes del caso al fiscal, junto a un listado de los casos autorizados y rechazados.
 - El juez advertirá al auxiliar fiscal, que el Ministerio Público está obligado a comunicar la decisión a la víctima, por cualquier medio, dejando constancia de ello.
 - Cada semana debe realizarse una audiencia múltiple para conocer y resolver las solicitudes de salidas alternas indicadas, por lo que el plazo de resolución no puede exceder de cinco días de presentada la solicitud.
4. Cuando existan elementos que permitan inferir que el otorgamiento del acuerdo de reparación adolece de algún vicio de consentimiento o resulta lesivo para los intereses de alguna de las partes, los Jueces deberán convocar y celebrar las audiencias de conocimiento con intermediación de los sujetos procesales.
 5. Para la aplicación del criterio de oportunidad con reglas o abstenciones, o sin acuerdo previo, se realizará la audiencia bilateral, de forma sencilla y rápida, resguardando el fin de la misma.
 6. En los juzgados que ya tengan solicitudes de criterios de oportunidad con acuerdo previo y sin reglas o abstenciones, debe procederse inmediatamente a acumularlas para la realización de la audiencia múltiple, convocando a un auxiliar fiscal.

5.4. ACCIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO

La acción civil derivada o proveniente del delito, es aquella que se otorga al perjudicado de un delito, esto es, a la víctima, para exigir las restituciones, reparaciones o indemnizaciones que impone la ley penal. Por lo anterior a criterio del autor, la responsabilidad civil es el deber de dar cuenta a otra

persona de un acto propio y de sus consecuencias, cuando éste le ha producido un daño.

Puede ocurrir que el autor del acto lesivo no tenga ningún vínculo jurídico anterior con quien sufrió el daño y es a partir de la producción de ese daño que se crea nexo entre el autor y la víctima, es decir, fuera del contrato, surgiendo una obligación. En este caso estamos frente al ámbito de la responsabilidad extra contractual.

Otras veces el daño se produce frente a una persona con quien el autor del daño tenía una obligación anterior, que le imponía el cumplimiento de una conducta determinada a través de un contrato. En este caso, el incumplimiento contractual genera la obligación de reparar el daño causado dentro del ámbito de la responsabilidad contractual.

Cuando el daño se produce por la comisión de un delito, este supuesto se enmarca dentro del ámbito de la responsabilidad civil extra contractual. En este sentido, el artículo 112 del Código Penal establece que *“Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente”* y concordantemente, el artículo 1646 del Código Civil dispone que *“el responsable de un delito doloso o culposo está obligado a reparar a la víctima de los daños y perjuicios que le haya causado”*.

Con la reforma del 2011, la víctima o agraviado puede constituirse en querellante adhesivo o simplemente en agraviado, sin embargo, en cualquiera de ambos casos debe manifestar el ejercicio de la acción civil en las diferentes etapas procesales (audiencia de primera declaración, audiencia de la etapa intermedia de apertura a juicio, y en especial en la audiencia de reparación).

UNIDAD VI PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

6.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El Decreto Número 7-2011 del Congreso de la República establece un procedimiento especial en el proceso penal guatemalteco, con el objetivo de agilizar el funcionamiento del sistema de administración de justicia. La decisión se basa en las buenas prácticas comparadas en la materia en Argentina y España²⁵⁶.

Conforme al artículo 465 Bis CPP cuando el fi scal así lo solicite se aplicará las normas especiales a los casos iniciados por fl agrancia, citación u orden de aprehensión donde no se requiera investigación posterior o complementaria. Además se regirá por las siguientes normas que giran en torno a una única audiencia que agota la etapa preparatoria e intermedia, que responden a un debido proceso básico:

1. **Diligencias previas a la audiencia**, se entiende en sede fi scal y a citación de la Fiscalía a cargo hacia el imputado y su abogado defensor.
 - a) Requerimiento oral del fi scal de la aplicación del procedimiento simplifi cado.
 - b) Imponer al acusado de la imputación de cargos formulada por el fi scal y de los elementos de investigación con que cuenta hasta el momento.
 - c) Tiempo sufi ciente para preparar la defensa.
 - d) Comunicación previa a la víctima o agraviado de la decisión fi scal y de la audiencia a realizarse.
2. **Diligencias de la audiencia**. En sede judicial:
 - a) Identifi cación previa del imputado, como lo establece el artículo 81 del Código Procesal Penal.
 - b) Imputación de cargos por parte del fi scal, argumentando y fundamentando su requerimiento de llevar a juicio al imputado,

²⁵⁶ Ver “*La implantación de los juicios rápidos en España*”, Seminario Internacional “Buenas prácticas sobre los nuevos sistemas procesales penales latinoamericanos”, Santiago de Chile, 21 al 25 de mayo de 2007, y “El proceso penal en fl agrancia, Mar del Plata (Argentina), propuestas de trabajo para el Ministerio Fiscal”.

haciendo referencia del hecho verifi cable y los órganos de prueba con los que pretende acreditarlos en juicio.

- c) Intervención del imputado para que ejerza su defensa material.
- d) Intervención de la defensa y del querellante para que argumente y fundamente su pretensión basada en su teoría del caso.
- e) Intervención del querellante adhesivo, agraviado o víctima para que se mani-fi este sobre las intervenciones anteriores.
- f) Decisión inmediata del juez, razonada debidamente.

Posteriormente, si se declara la apertura a juicio procederá conforme a las normas comunes del proceso penal, por lo que el juez deberá señalar el tribunal de sentencia competente.

6.2. PRESUPUESTO DE LA FLAGRANCIA

Para determinar la procedibilidad especial es preciso que la policía haya detenido en primera instancia en fl agrancia, y posteriormente la fi scalia solicite al juez contralor la evaluación de la calidad de la detención, para poder tramitar el procedimiento especial. En ese sentido, el juicio es indudablemente sobre las circunstancias del caso concreto, con los medios de prueba de que se disponga (principalmente la declaración de los agentes policiales captores).

Desde un plano doctrinal REBOLLEDO VIDAL y compañeros, estiman que:²⁵⁷

“En tanto, desde un punto de vista jurídico, se entiende como “la calidad de una acción que se está cometiendo actualmente, la expresión se utiliza respecto al delito, siendo fl agrante aquel en que el delincuente es sorprendido al momento de efectuarlo, sin que pueda eludir la acción de la justicia, entendiendo este además por fl agrante que fl agra, que está ejecutando o cometiendo ahora”, (...) También existe lo que se denomina cuasifl agrancia o fl agrancia fi cta o virtual, “o sea cuando

UNIDAD VI: PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

los partícipes son sorprendidos enseguida de producirse el hecho, mientras aún son perseguidos por la fuerza pública, por el perjudicado o por el clam or público”. De estas

²⁵⁷ REBOLLEDO VIDAL, Augusto *et al.* “La fl agrancia: ¿Hipótesis indiscutible?”, *Revista de Derecho* - Año 9, Número 9, 2008, pp. 91 y ss.

dos categorías o tipos de fl agrancia se pueden extraer dos requisitos comunes a ambas: marco temporal de coetaneidad o inmediatez y ostensibilidad”.

Por su parte, VITAR CÁCERES elabora una serie de requisitos de la fl agrancia:

“[a] *La ostensibilidad. La ostensibilidad o evidencia deriva de la idea misma de fl agrancia y pone de relieve el carácter manifiesto del delito. La ostensibilidad tiene relación con la exigencia de inmediatez. La suficiencia o no de una menor ostensibilidad que genera naturalmente el transcurso del tiempo es una circunstancia de hecho que debe ser apreciada por el juez caso a caso (...)*

[b] *La vinculación fáctica y la necesidad de urgencia. Un requisito que debe estar presente en todas las posibilidades de actuación en fl agrancia, es el que dice relación con la vinculación fáctica para proceder conforme a derecho –denominada también por algunos inmediatez personal para diferenciarla de la temporal–, entendida como la presencia física del detenido, la que deberá concurrir independiente. (...) A esta exigencia de vínculo causal o fáctico de carácter inmediato, se agrega el de la necesidad de urgencia en la detención, con lo que se alude a que el aprehensor se vea compelido a intervenir efectuando la detención, con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la captura del responsable en los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento de detención correspondiente (...)*

[c] *Inmediatez. Una exigencia que tradicionalmente se impone a una detención para que pueda calificarse de fl agrante, y que concentra gran parte de las discusiones prácticas en relación con esta institución, es la que dice relación con la inmediatez temporal, es decir, que la aprehensión se produzca en un tiempo inmediato en relación con la ocurrencia del delito”.*

El procedimiento simplificado también procede en los delitos de Negación de Asistencia Económica, porque en esos casos la prueba ya está preconstituida; salvo mejor opinión también procede cuando el justiciable es detenido por orden emanada de juez competente, porque es obvio que el Ministerio Público ya investigó el caso y de ahí deviene la detención.

UNIDAD VII SUJETOS DEL PROCESO PENAL

7.1. ALCANCE DEL CONCEPTO

El concepto de sujeto procesal se encuentra condicionado por la expresión que utiliza el artículo 5 párrafo segundo del CPP introducido por el Decreto Número 7-2011 del Congreso de la República, que utiliza el término en relación a la víctima o agraviado y al imputado, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva. En ese sentido, sujeto procesal es toda parte procesal que tiene derecho a la tutela judicial efectiva penal de sus legítimas pretensiones.

El proceso penal a diferencia del civil, no recurre en su teoría procesal al concepto de derechos subjetivos que legitiman la intervención. Si bien es cierto, cada bien jurídico tutelado por el derecho penal, debe tener acomodo en el ejercicio de la acción penal, en última instancia, esta difiere doctrinal, paulatinamente se va superando, al incluir entre los sujetos a la víctima, aunque esta no se constituya procesalmente en querrelante adhesivo.

El hecho de que el Estado se reserve el ejercicio de la acción penal en los delitos no privados, permite afirmar la limitante de esta construcción teórica. Sin embargo, las medidas de desjudicialización, tales como la conciliación, la mediación y la aplicación del principio de oportunidad, acercan más el proceso penal, desde sus fines teleológicos a los “*sujetos procesales*”, como titulares de derechos, además de la posición formalprocesal, que la legitimación o la intervención procesal les confiere (parte procesal).

Si bien el proceso penal es contradictorio, existe un ente acusador y otro acusado, esta premisa debe relativizarse, en el sentido de que el Ministerio Público debe actuar con objetividad, imparcialidad y procurando encontrar durante la etapa preparatoria los medios de prueba de descargo y de cargo, que las circunstancias de hecho ameriten. En cambio, el querrelante adhesivo, sí puede considerarse un verdadero acusador, por principio, pudiendo incluso encontrarse con la posición de la fiscalía (titular de *ius puniendi*). Puede concluirse que del proceso penal, deriva un derecho procesal genérico: el derecho a la verdad material, común para todos los sujetos.

Por último, no menos importante, tras la desaparición de la figura del actor civil, que se diluye en la víctima o agraviado, se encuentra la contraparte del

tercero civilmente demandado, siempre y cuando se ejercite la acción civil en la vía procesal penal.

7.2. MINISTERIO PÚBLICO

Conforme al Artículo 2 de la Ley del Ministerio Público, son funciones del Ministerio Público, sin perjuicio de las que le atribuyen otras leyes, las siguientes:

1. Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confiere la Constitución, las leyes de la República, y los Tratados y Convenios Internacionales.
2. Ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley, y asesorar a quien pretenda querrelarse por delitos de acción privada de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal.
3. Dirigir a la policía y demás cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de hechos delictivos.
4. Preservar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia.

Por ministerio de ley, es el órgano encargado del ejercicio de la acción penal, promoviendo la persecución penal. Tiene las siguientes funciones procesales:

- Tener a su cargo el procedimiento preparatorio, por lo que la instrucción actualmente corresponde a la fiscalía, debiendo desarrollar todas las actuaciones tendientes a la averiguación del delito, autores y circunstancias del hecho.
- Dirigir a la Policía Nacional Civil en sus investigaciones. Esta actividad se desarrolla tanto para requerir el auxilio de la fuerza pública cuando debe practicarse alguna actuación de la que se presume posición del sujeto obligado, así como coordinar la labor investigadora o pesquisadora de agentes o unidades especializadas de la fuerza pública, teniendo el fiscal la posición de liderazgo y orientación de dichos esfuerzos para el logro de

los objetivos de la investigación al caso concreto, trabajando para ello a través de hipótesis²⁵⁸.

- Ejercitar una serie de potestades o facultades coercitivas frente al imputado y otras personas durante la etapa preparatoria.
- Ordenar el reconocimiento personal del imputado por médico forense para la constatación de las circunstancias de importancia para la investigación.
- Plantear la acusación y el requerimiento de apertura a juicio, o en su caso, la desestimación administrativa o el sobreseimiento de la causa.

De acuerdo al Artículo 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, esta institución estará integrada por los siguientes órganos:

- 1) El Fiscal General de la República.
- 2) El Consejo del Ministerio Público.
- 3) Los fiscales de Distrito y Fiscales de Sección.
- 4) Los Auxiliares Fiscales.

Fiscal General de la República

De acuerdo al Artículo 10 de la Ley del Ministerio Público, el Fiscal General de la República es el Jefe del Ministerio Público y el responsable de su buen funcionamiento, su autoridad se extiende a todo el territorio nacional. Ejercerá la acción penal pública y las atribuciones que la ley otorga al Ministerio Público, por sí mismo o por medio de los órganos de la institución. Convocará al Consejo del Ministerio Público cada vez que resulte necesario su asesoramiento y con el objeto de que dicho órgano cumpla con las atribuciones que le asigna la ley.

Consejo del Ministerio Público

Es el órgano asesor del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, cuyas funciones son las de proponer el nombramiento de personal del

²⁵⁸ El artículo 112 CPP parece atribuir facultades análogas a la fiscalía o la policía, sin embargo, en todo momento deben estar sujetos a la dirección de la investigación, y no actuar extralimitándose competencias. Una correcta interpretación del artículo requiere órdenes fiscales precisas, salvo la agracia.

área de fiscalía; acordar la creación o la supresión y la determinación de la sede y ámbito territorial de las fiscalías distritales, de sección y municipales, a propuesta del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público. Ratificar, modificar o dejar sin efecto las instrucciones generales o especiales dictadas por el Fiscal General de la República cuando ellas fueren objetadas y las demás establecidas por la ley.

Fiscales de distrito y de sección

En las fiscalías de distrito, el fiscal distrital es el Jefe del Ministerio Público en los departamentos o regiones que les fueran encomendados y los responsables del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva. Ejercerán la acción penal pública y las atribuciones que la ley le otorga al Ministerio Público, por sí mismos o por intermedio de agentes fiscales y auxiliares fiscales que la ley del Ministerio Público establece, salvo cuando el Fiscal General de la República asuma directamente esa función o la encomiende a otro funcionario conjunta o separadamente.

Los fiscales de distrito organizarán las oficinas de atención permanente, a cargo de un agente fiscal, para la recepción de las denuncias o prevenciones policiales. Esta oficina también deberá recibir, registrar y distribuir los expedientes y documentos que ingresen y egresen de la institución.

Por su parte los fiscales de sección serán los jefes del Ministerio Público en las diferentes secciones que les fueron encomendadas y los responsables del buen funcionamiento de la institución en los asuntos de su competencia. Tendrán a su cargo el ejercicio de las atribuciones que la ley le asigna a la sección a su cargo, actuarán por sí mismos o por intermedio de los agentes fiscales o auxiliares fiscales, salvo cuando el Fiscal General de la República asuma directamente esa función o la encomiende a otro fiscal, conjunta o separadamente.

Para ser fiscal de distrito o fiscal de sección se requiere: ser mayor de treinta y cinco años, poseer el título de abogado, ser guatemalteco de origen, y haber ejercido la profesión por cinco años o en su caso la de juez de primera instancia, agente fiscal o auxiliar fiscal por el mismo período de tiempo.

Auxiliares fi scales

Los auxiliares fi scales asistirán a los fi scales de distrito, auxiliares de sección y agentes fi scales, serán los encargados de efectuar la investigación preparatoria en todos los delitos de acción pública y en los delitos que requieran instancia de parte. De conformidad con el artículo 107 Bis del CPP, los auxiliares fi scales que sean abogados pueden intervenir en todas las instancias del proceso penal sin restricción alguna y sin el acompañamiento del agente fi scal.

7.3. QUERELLANTE ADHESIVO

Es la persona física o jurídica que considerándose agraviada por los hechos, es admitida como sujeto procesal, solicitando la aplicación de una pena al que se le despoja del status de inocencia.

La interposición de la querrela no garantiza la constitución como querellante adhesivo del sujeto, debe ser admitida por el juez contralor²⁵⁹. Conforme al acceso a la justicia penal en la práctica forense, la intervención de esta parte procesal es informal, por cuanto resulta evidente que su propósito es coadyuvar con el titular del monopolio de la persecución penal. El artículo 117 CPP, reformado por el Decreto Número 18-2010 del Congreso de la República establece quiénes serán admitidos a tal condición:

1. A la víctima afectada por la comisión del delito;
2. Al cónyuge, a los padres y a los hijos de la víctima, y a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito;
3. A los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma y a los socios respecto a los cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen; y,
4. A las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses.

La ley ha ampliado considerablemente desde un punto de vista formal, la posible participación en términos de acceso a la justicia, tomando en cuenta las

²⁵⁹ Art. 121 CPP. Además, en el caso de ser domiciliado en el extranjero debe prestar garantía suficiente para responder de las costas (art. 123 CPP).

características socioculturales del país. En particular, al considerar a la víctima como tal, permite la tutela judicial de sus derechos. Respecto al Estado, usualmente deberá constituirse a través de la Procuraduría General de la Nación, cuando el patrimonio público se hubiera visto afectado por los hechos criminales²⁶⁰.

En relación a la tutela de los intereses difusos o colectivos, el numeral 4 otorga capacidad a las asociaciones representativas, lo cual es un avance, que debe relativizarse, en función de la efectividad de su intervención, inclusive cuando se constituyan con el objeto de unificar la representación procesal de un conjunto de víctimas individuales del mismo delito (estafas, daños, lesiones).

El querellante adhesivo en la etapa preparatoria cuenta con los siguientes derechos:

- Provocar la acción penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público²⁶¹.
- Impugnar la desestimación administrativa de la querrela.
- Denunciar donde corresponda el incumplimiento o demora injustificada en la investigación fiscal²⁶².
- Colaborar y coadyuvar con el fiscal en la investigación de los hechos.
- Solicitar la práctica y recepción de pruebas anticipadas y de medios de investigación a la fiscalía, inclusive las que se encuentren en su poder²⁶³.
- Concurrir, alegar lo pertinente y fijar las diligencias de investigación en las que concurra, constando dicha circunstancia en el acta de actuaciones.
- Posicionarse en torno a la aplicación o revisión de una medida de coerción en contra del sindicado o de su patrimonio, para garantizar los resultados del juicio.

²⁶⁰ En materia tributaria-penal, usualmente es la Superintendencia de Administración Tributaria el querellante adhesivo. En delitos bancarios y financieros, la Superintendencia de Bancos, puede constituirse.

²⁶¹ Art. 116 CPP.

²⁶² Art. 290.2 CPP.

²⁶³ Art. 315 CPP.

- Posicionarse en torno a la aplicación de un criterio de oportunidad o medida desjudicializadora.
- Plantear cuestiones e incidentes.

Durante la etapa intermedia, el querellante adhesivo puede adoptar alguna de las siguientes actitudes²⁶⁴:

- 1) Adherirse a la acusación del Ministerio Público, exponiendo sus propios fundamentos, o manifestar que no acusará.
- 2) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección.
- 3) Objetar la acusación porque omite algún imputado, o algún hecho o circunstancia de interés para la decisión penal, requiriendo su ampliación o corrección.
- 4) Objetar el pedido de sobreseimiento o clausura.
- 5) Requerir que el juez practique los medios de investigación omitidos, manifiestamente pertinentes y propuestos que sean decisivos para provocar la apertura del juicio.
- 6) Ofrecer la prueba para el debate²⁶⁵.

Cuando la víctima o agraviado no se constituyan en querellantes adhesivos, se plantea la duda de si se trata de un auténtico sujeto procesal. El artículo 117 CPP reformado, y a pesar de lo indicado en el artículo 5 CPP en relación a la tutela judicial efectiva, únicamente otorga una serie de derechos procesales a la persona del agraviado, los cuales deben ser garantizados por la fiscalía y el tribunal:

- a. Ser informado sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal.
- b. Que el Ministerio Público escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura o extinción de la persecución penal.

²⁶⁴ Art. 337 CPP.

²⁶⁵ Art. 343 CPP.

- c. A ser informado; conveniente y oportunamente, de las decisiones fiscales y judiciales, e invitado a las audiencias en las que su opinión pueda ser vertida.
- d. A recibir resarcimiento y/o reparación por los daños recibidos.
- e. A recibir protección cuando su integridad física corra peligro, como consecuencia de la persecución penal en contra del sindicado.

La víctima que denuncia pero no plantea querrela puede impugnar el desistimiento fiscal²⁶⁶. La víctima participa en las negociaciones para la aplicación de un criterio de oportunidad, conciliación, mediación. Cuando el ejercicio de la acción pública depende de la instancia particular, la víctima o agraviado cuenta con la facultad de provocarla.²⁶⁷

En el procedimiento simplificado, la decisión de llevar a cabo el mismo, será comunicada a la víctima²⁶⁸, pudiendo intervenir en la audiencia preparatoria. También en el procedimiento para delitos menos graves, se prevé su intervención directa²⁶⁹.

En síntesis, puede observarse una tendencia legislativa a la adquisición de condición de sujeto procesal pleno de la víctima.

7.4. QUERELLANTE EXCLUSIVO

Únicamente se encuentra contemplada la figura para los delitos de acción privada, en los que el titular es la persona agraviada²⁷⁰. El querellante exclusivo es el responsable de la persecución penal, además de la formulación de la acusación, sí es parte en la fase ejecutiva de la sentencia. Los casos de procedencia se encuentran contextualizados en el artículo 24 Quater del CPP.

²⁶⁶ Art. 310 CPP.

²⁶⁷ Art. 31 CPP.

²⁶⁸ Art. 465 Bis. CPP.

²⁶⁹ Art. 465 Ter CPP.

²⁷⁰ Art. 122 CPP.

7.5. EL IMPUTADO O ACUSADO

La condición de imputado se adquiere desde el momento en que la autoridad fiscal o judicial le comunica a una persona que está siendo investigada por acciones u omisiones calificadas por la ley como delito o falta²⁷¹, y que se presume su participación. Por lo tanto, ni la detención, ni la primera declaración²⁷², ni la presentación de una denuncia o querrela, implican adquisición formal de la condición de sujeto procesal, puesto que las averiguaciones previas pueden conducir a un desistimiento fiscal o judicial²⁷³.

Puede señalarse que el único acto procesal que vincula a una persona al proceso, y en este sentido adquiere la condición de sujeto procesal es el auto de procesamiento²⁷⁴, puesto que le concede dicho estatuto jurídico procesal, entendido como un conjunto de derechos y recursos, sujetándola a las obligaciones y prevenciones derivadas del proceso (medidas de coerción personal y reales, responsabilidad civil que se pudiera derivar).

Sin embargo, el imputado puede adoptar las siguientes estrategias en relación a una posible sindicación, en pro de su defensa:

- Si es detenido en flagrancia, será sometido a la primera declaración y puesto a disposición judicial, siendo juzgado por el procedimiento especial simplificado²⁷⁵, en el que se imputarán los cargos. Posteriormente, se declarará la apertura a juicio, y se materializará la acusación en el debate.
- Constituirse en rebeldía, y mantener dicha situación jurídico-personal hasta que a sus intereses le convenga²⁷⁶, y asumiendo las consecuencias jurídico-penales y procesales que se derivan.
- Apersonarse voluntariamente ante el Ministerio Público o el tribunal contralor de la investigación, y de esta forma ser escuchado.

²⁷¹ Art. 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

²⁷² Art. 87 CPP.

²⁷³ El Art. 71 CPP, emplea el concepto "*primer acto del procedimiento*", definiéndolo como cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal.

²⁷⁴ Arts. 321 y 322 CPP.

²⁷⁵ Art. 446 Bis CPP.

²⁷⁶ Art. 79 CPP.

- Ejercitar su defensa procesal, en la audiencia de sindicación, pudiendo declarar o no²⁷⁷.

Al sindicado, imputado, procesado o acusado, le asisten todos los derechos y garantías procesales, siendo uno de los fines del proceso la tutela judicial de sus legítimos intereses, a su turno la declaración de una absolución en sentencia, sobreseimiento o falta de mérito, inclusive una desestimación.

Un primer aspecto que el Ministerio Público debe procurar es la identificación plena del sindicado, para ello, debe autoidentificarse. En ese sentido, la Constitución prevé, la posibilidad de conducción ante el Juez de Paz, cuando un sospechoso carezca de medios de identificación.

El artículo 72 CPP regula los medios de identificación:

1º. Autoidentificación: nombre, datos personales, señas particulares, domicilio²⁷⁸.

2º. Testigos.

3º. Fotografías.

4º. Dactiloscopia.

5º. Otros medios idóneos útiles.

Este procedimiento no suspende el curso general del proceso, debiendo corregirse los errores en su oportunidad, aún durante la ejecución penal. Se estima, que cuanto antes se anticipe la correcta identificación, se evitarán actuaciones anulables.

El artículo 310 CPP obliga al fiscal a obtener autorización judicial para desestimar cuando no se haya individualizado a la víctima.

Otro problema que puede plantearse es la constatación de la condición de incapaz del imputado²⁷⁹. En principio, la incapacidad para tener efectos suspensivos debe ser declarada por el tribunal competente. Será solicitada por el Ministerio Público o el propio tribunal, y por la defensa del imputado,

²⁷⁷ Arts. 81 y 82 CPP.

²⁷⁸ El art. 75 CPP señala un domicilio procesal del sindicado, el cual en defecto puede considerarse el del defensor. Si estuviera guardando prisión provisional, será el centro de detención provisional.

²⁷⁹ Art. 76 CPP.

cuando se sospeche de la incapacidad, ordenando la peritación respectiva a través de un internamiento para evaluación en un hospital psiquiátrico²⁸⁰ hasta por un mes. El artículo 273 CPP mantiene una posición garantista sobre el tema del internamiento provisional en establecimiento asistencial del imputado incapaz, ya que requiere en forma análoga para la prisión preventiva los siguientes requisitos:

- 1) La existencia de elementos suficientes para sostener razonablemente, que el imputado es con probabilidad, autor de un hecho antijurídico o partícipe en él.
- 2) La comprobación por dictamen de dos peritos, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tornan peligroso.
- 3) La existencia del peligro de fuga.
- 4) La conducta anterior del imputado; y
- 5) Tener seis o más ingresos a los centros de detención.

Nótese que se requiere únicamente tipicidad y antijuridicidad, puesto que la culpabilidad no es exigible, con vistas a la aplicación de una medida de seguridad o corrección.

Durante la etapa preparatoria el sindicado o imputado cuenta con las siguientes facultades, garantías y derechos procesales:

- Tratamiento como inocente (art. 14 del CPP).
- Declaración libre (art. 15 del CPP). No puede ser protestado, sino simplemente amonestado para decir la verdad. La violación de las reglas procesales de la declaración impide utilizar la misma para fundar cualquier decisión en contra del imputado²⁸¹.
- Respeto a los derechos humanos (art. 16 del CPP).
- Defensa (art. 20 del CPP)
- Igualdad (art. 21 del CPP)

²⁸⁰ Art. 77 CPP.

²⁸¹ Art. 91 CPP.

- Solicitar medidas de desjudicialización o un criterio de oportunidad cuando amerite, inclusive la extinción de la persecución penal.
- Plantear incidentes y excepciones.
- Derecho a elegir un traductor o intérprete de confianza²⁸².
- Denunciar donde corresponda la infracción de disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la ejecución de actuaciones investigativas²⁸³.
- Consultar el registro de actuaciones fiscales²⁸⁴.
- Renunciar a los plazos procesales en su favor²⁸⁵ o consentir su abreviación.
- Solicitar la revisión de las medidas de coerción²⁸⁶.
- Solicitar la renovación o revisión de actos procesales defectuosos²⁸⁷.
- Proponer a la fiscalía las diligencias de investigación que convengan a sus intereses, instando el principio de objetividad en su actuación²⁸⁸.
- Proponer a la fiscalía u órgano jurisdiccional la realización de actos de anticipo de prueba²⁸⁹.
- Participar en los actos de investigación fiscal²⁹⁰.
- Instar el control judicial del plazo de la investigación²⁹¹.

Durante la fase intermedia, el acusado puede adoptar las siguientes actitudes²⁹²:

²⁸² Art. 90 CPP.

²⁸³ Art. 114 CPP.

²⁸⁴ Art. 150 CPP.

²⁸⁵ Art. 153 CPP.

²⁸⁶ Art. 277 CPP.

²⁸⁷ Art. 284 CPP.

²⁸⁸ Art. 315 CPP.

²⁸⁹ Art. 317 CPP.

²⁹⁰ Art. 319 CPP.

²⁹¹ Art. 324 Bis CPP.

²⁹² Art. 336 CPP.

- 1) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección.
- 2) Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil previstas en el Código Procesal Penal.
- 3) Formular objeciones contra el requerimiento del Ministerio Público, instando inclusive el sobreseimiento, la clausura o el archivo.
- 4) Requerir que el juez practique los medios de investigación omitidos, manifiestamente pertinentes y propuestos que sean decisivos para rechazar el requerimiento de apertura del juicio o conduzcan directamente al sobreseimiento.
- 5) Oponerse a la constitución definitiva del querellante y del tercero civilmente demandado, interponiendo las excepciones que correspondan²⁹³.
- 6) Ofrecer los medios de prueba que estime conveniente a sus intereses para el debate²⁹⁴.

En los delitos de acción privada, el imputado puede hacerse representar por un defensor con poder especial para el caso²⁹⁵.

7.6. TERCERO CIVILMENTE DEMANDADO

Se discute si tras la derogación del actor civil debe mantenerse vigente la del tercero civilmente demandado. Sin embargo, el autor sustenta que el tercero civilmente demandado debe intervenir y responder por los daños y perjuicios que ocasione un tercero cuando tenga un vínculo ya sea laboral o familiar con el ofensor, para el efecto el ordenamiento sustantivo civil así lo regula. En ese sentido, el proceso permite su apersonamiento en forma voluntaria o forzosa a requerimiento del querellante adhesivo. En todo caso, se requiere decisión judicial para su constitución.

²⁹³ Art. 339 CPP.

²⁹⁴ Art. 343 CPP.

²⁹⁵ Art. 106 CPP.

La intervención del tercero civilmente demandado lo es a los efectos de la acción reparadora, por lo que sustancialmente tendrá participación en todas las etapas del proceso donde la misma se discuta.

En concreto, pueden oponer las excepciones que consideren oportunas en cualquier momento de la etapa preparatoria y hasta la apertura audiencia de la etapa intermedia²⁹⁶, al oponerse al título o legitimación del querellante adhesivo para solicitar la reparación, restitución o la indemnización, basándose en argumentos netamente civiles o penales.

7.7. DEFENSA TÉCNICA PRIVADA

Como principio general, el defensor puede indistintamente con el imputado, pedir, proponer o intervenir en el proceso sin limitación²⁹⁷, y siempre en el marco de su independencia y responsabilidad profesional.

Uno de los principales problemas para la agilización de la administración de la justicia, es el abandono del defensor del imputado sin causa justificada. La ley prevé el nombramiento inmediato de un defensor de oficio, debiendo el tribunal resolver lo procedente para asegurar la garantía, otorgando un plazo prudencial al imputado para que designe defensor de su confianza²⁹⁸. Para evitar estas circunstancias se recomienda proponer a un abogado sustituto. En el caso de la renuncia (no intempestiva), el abogado no puede materializarla durante una audiencia, y debe notificar al sustituto designado por el imputado al tribunal²⁹⁹.

La Cámara Penal, en la Circular No. PCP-2010.0030, de 11 de octubre de 2010, colaborará para este efecto con el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios, remitiendo la documentación para la instrucción de la falta grave al profesional.

²⁹⁶ Art. 339 CPP.

²⁹⁷ Art. 101 CPP.

²⁹⁸ Art. 103 CPP.

²⁹⁹ Art. 102 CPP.

UNIDAD VIII ETAPA PREPARATORIA

8.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La fase preparatoria sirve de base a la acusación y permite “*filtrar*” el proceso penal, reservándolo para los casos verdaderamente más graves en su lesión hacia los bienes jurídicos más importantes de la sociedad. Además, derivado de las exigencias del proceso penal, protege a los ciudadanos e imputados de una posible violación de sus derechos. Cuenta además, con una finalidad cautelar en relación al imputado y los objetos necesarios para el procedimiento. Debe entenderse como una etapa instrumental para la apertura de un posible debate. El carácter de esta fase procesal es complejo. La función investigadora está a cargo del Ministerio Público, quien, salvo en casos urgentes y de flagrancia, carece de facultades para acordar medidas limitativas de los derechos fundamentales. El organismo acusador tiene atribuciones que le permiten investigar delitos. Tal labor requiere conocimiento en criminalística y permite la práctica de todas las actuaciones pertinentes y útiles para determinar la existencia de un hecho delictivo y las circunstancias de la participación del imputado.

8.2. LA NOTITIA CRIMINIS

El proceso penal comienza con la *notitia criminis*. La determinación o la información del acaecimiento en la realidad de un hecho que se encuentra tipificado con delito o falta, es la primera etapa que interesa al Estado.

La noticia del delito, puede provenir de un particular (víctima o tercero) o de un funcionario público (judicial, policial, fiscal, o de otro ámbito especialmente vinculado al hecho: médico, educador, entre otros).

Usualmente, la noticia criminal permite averiguar varios aspectos relevantes con el proceso penal:

- La escena del crimen.
- El presunto autor.
- La presunta víctima.
- Los hechos presuntamente delictivos.

- Las consecuencias mediatas del delito.

Actualmente, las formas de aviso de un delito, han variado sobre las tradicionales. Los números de denuncia telefónica, los avisos en línea o vía internet, han flexibilizado los procedimientos por medio de los cuales, el Estado se entera de acaecimiento de un hecho presuntamente criminal. Por otro lado, la vigilancia policial preventiva, trata de aproximar a las fuerzas de seguridad al lugar de los hechos, constituyéndose con la mayor celeridad posible.

Por el otro extremo, la “*conciencia forense*” del criminal, va a permitir ocultar o alterar la escena del crimen y la propia realidad de la existencia del delito, lo que retrasará la producción de la *notitia criminis*, y la toma de conciencia de la situación victimológica para el agraviado (por ejemplo, en delitos continuados).

HIDALGO MURILLO³⁰⁰ defi ne *notitia criminis* de la siguiente forma:

“*Entendemos por notitia criminis o noticia del crimen o del hecho ilícito el conocimiento que, distinto a la denuncia formal, obtiene la Policía de un hecho que cometido en un lugar determinado puede configurar delito y exige, por ende, su investigación o, en su caso, la pronta actuación policial*”.

La *notitia criminis* no es medio de prueba, ni siquiera cuando el propio autor del hecho, espontáneamente confiesa los hechos. Deben activarse los cauces ordinarios de iniciación formal del procedimiento (parte policial, denuncia de oficio).

1. En el artículo 112. 1) del CPP, dentro de las funciones de la policía se encuentra la investigación de los hechos punibles de oficio. Si bien, el artículo menciona “*en virtud de una denuncia o por orden del Ministerio Público*”, debe considerarse abierta la posibilidad de que se accione dicha función en virtud del criterio flexible de la comunicación de la *notitia criminis*, y no tener que esperar a planteamientos más formales como una denuncia o querrela.

³⁰⁰ HIDALGO MURILLO, José Daniel, “*Manual de Derecho Procesal Penal Costarricense*”. Editec Editores, S.A., San José de Costa Rica, 1998, p. 46. En ese sentido, la policía puede obtener la *notitia criminis* de una llamada anónima, de una comunicación telefónica, de una información por referencia, por una noticia periodística, de los gritos que se escuchan en un lugar, entre otros.

2. En el artículo 187 del CPP, en relación a la inspección y registro: *“Cuando fuere necesario inspeccionar lugares, cosas o personas, porque existen motivos sufi cientes para sospechar que se encontrarán vestigios del delito, o se presume que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida”*. En estos primeros momentos la simple sospecha racional bien puede complementarse con la *notitia criminis*. La actuación policial debe ser inicialmente encaminada por la noticia criminal, y la misma conducir hacia un posible lugar del crimen, bien sea con el objetivo de encontrar vestigios³⁰¹ o para la captura del presunto criminal o prófugo, lo que denota una cierta individualización de la persona presuntamente responsable, que se encuentra huida, por que ha sido descubierta o está consciente de que el crimen ya ha sido reportado, y que existe evidencia que lo vincula con el hecho³⁰².

8.3. LA DENUNCIA

La denuncia es un acto introductorio formal al proceso penal³⁰³. Se defi ne como una *“publicación de hechos conocidos directa o indirectamente, como víctima o como testigo o a través de testigos que son revelados ante una autoridad competente para su investigación”*³⁰⁴.

También se considera como una *“declaración de conocimiento o ciencia, en virtud de la cual se ponen en conocimiento de la autoridad unos hechos que revisten los caracteres de delito”*³⁰⁵.

³⁰¹ Nótese que el concepto criminológico de vestigio, es sinónimo en esta oportunidad al de indicios, evidencias en un sentido amplio.

³⁰² Obsérvese cómo el artículo 187 CPP, párrafo tercero considera la llamada *“conciencia criminal”*: si el hecho no dejó huellas, no produjo efectos materiales, desaparecieron o fueron alterados, o la persona no se hallare en el lugar.

³⁰³ MONTERO AROCA, Juan, *“Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal”*, Tomo III, Tirant lo Blanch, 10ª ed. Valencia, 2001, p. 136, indica que: *“El término denuncia no es específicamente procesal, aunque sí lo es jurídico al identi fi carse siempre con un acto de comunicación de hechos a algún organismo, institución o autoridad para obtener, precisamente, consecuencias con trascendencia jurídica (...) declaración de conocimiento por la que se puede o debe comunicar a las autoridades judiciales, miembros del Ministerio Fiscal o policía la comisión de unos hechos que podrían ser constitutivos de delito o falta”*.

³⁰⁴ HIDALGO MURILLO, J.D., *Ibid.*, p. 45.

³⁰⁵ ARMENTA DEU, Teresa, *Ob. Cit.* nuestro CPP, no obliga a la denuncia al testigo presencial del hecho (como por ejemplo, la LECrim española, artículo 259). Sí lo previa el antiguo art. 331 CPP de 1973. Cualquier ciudadano que no sea testigo directo tiene un “deber cívico” o a

El artículo 297 CPP se concreta a “*la puesta en conocimiento que se tenga acerca de la comisión de un delito de acción pública*”. Respecto a las formalidades exigidas son amplias: puede ser oralmente o por escrito, pero en todo caso, debe el denunciante ser identificado. La simple denuncia no es prueba penal, únicamente un medio de iniciación del procedimiento, en particular la investigación, inclusive en delito flagrante, en los que la denuncia se realiza simultáneamente a su comisión, por ejemplo, a través de una llamada de socorro presencial a la policía.

La puesta en conocimiento de los hechos puede hacerse ante el Ministerio Público, Organismo Judicial o autoridades policiales, y el juicio de valoración sobre el carácter delictivo lo hace inicialmente el denunciante. El denunciante puede acudir al Juez de Paz competente para provocar el ejercicio de la acción penal si en el plazo de 15 días la fiscalía no le informa sobre el avance de lo actuado³⁰⁶.

Al respecto, debe considerarse la existencia del tipo penal de ACUSACIÓN Y DENUNCIAS FALSAS, previsto en el artículo 453 CP:

“Quien imputare falsamente a alguna persona hechos que, si fueran ciertos, constituirían delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, si esta imputación se hiciera ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo debiera proceder a la correspondiente averiguación, será sancionado con prisión de uno a seis años.

No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino cuando en el sobreseimiento o sentencia absolutoria respectivos, se haya declarado calumniosa la acusación o denuncia”.

También, el Código Penal recoge otros tipos penales relacionados con la denuncia: simulación de delito (art. 454 CP), falsa acusación por delito privado (art. 455 CP) y la auto-imputación (art. 456 CP). Se trata de desmotivar conductas procesales alejadas de la buena fe, tales como el planteamiento de denuncias por venganza, rencillas, calumniosamente, faltando a toda verdad en los hechos, provocando que el sistema de justicia penal reaccione investigando lo realmente sucedido, y debiendo realizar bien en la fase intermedia o sentencia, la declaración respectiva, inclusive certificando lo conducente

lo sumo moral de denunciar. La denuncia no es ejercicio de la acción penal, el denunciante no debe probar los hechos manifestados, pero puede acompañar los elementos de convicción de que disponga o señalar los que pueda disponer posteriormente, con o sin ayuda de la autoridad.

³⁰⁶ Art. 108 párrafo segundo CPP. Posteriormente, tendrá un plazo de 30 días para informar nuevamente sobre el avance de la investigación o las circunstancias que impidan, pero en este supuesto deberá el fiscal señalar el desistimiento, conforme al art. 310 CPP.

judicialmente en la resolución respectiva. Es discutible, si el tipo penal del artículo 453 CP también puede producirse cuando se declare la falta de mérito en la etapa preparatoria.

En principio, la ley separa la denuncia voluntaria o potestativa, que cualquier persona (ciudadano, extranjero, transeúnte, diplomático, civil, militar, seglar) pueden realizar, para diferenciarlo de la denuncia de carácter obligatoria, prevista en el artículo 298 CPP. Al respecto, deben considerarse los límites al deber de denuncia derivados del secreto profesional o confesional.

En el caso de los delitos de acción pública, con excepción de los que requieren instancia, denuncia o autorización para su persecución, en forma inmediata deben denunciar obligatoriamente:

- 1) Los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones, salvo el caso de que pese sobre ellos el sigilo profesional³⁰⁷.
- 2) Quienes ejerzan el arte de curar y conozcan el hecho en ejercicio de su profesión u ofi cio, cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad corporal de las personas, con la excepción especi fi cada en el inciso anterior.

En este caso, puede tratarse de médicos, paramédicos, comadronas, enfermeros, anestesiastas, y cualquier profesional de las Ciencias Médicas, que tenga conocimiento de los hechos, y que su criterio etiológico sea delictivo. Únicamente, debe tratarse de delitos contra la vida o la integridad de la persona atendida (el paciente). Respecto al deber de guardar secreto, puede darse a petición de la propia víctima o del presunto autor de los hechos, precisamente, con el objetivo de ocultar lo sucedido a través de la intervención médico-profesional, y siempre con el objetivo primordial de salvar la vida o la integridad corporal de la víctima.

Por supuesto, que la víctima puede plantear la denuncia, pero la ley protege el ámbito ético-profesional del médico, y no debe confundirse con el concepto de “*cómplice*” previsto en el artículo 37.2º del CP (prometer la ayuda o cooperación para después de delito).

³⁰⁷ Este deber y su alcance se encuentra regulado a través de la Ley de Acceso a la Información Pública.

- 3) Quienes por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tuvieren a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de delitos cometidos en su perjuicio, o en perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, siempre que conozca el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones.

Los supuestos son variados. Así en materia administrativa los jefes respecto de las acciones u omisiones de sus subalternos conforme a la jerarquía organizativa de cada entidad. La Contraloría General de Cuentas, la Superintendencia de Administración Tributaria, la Superintendencia de Bancos, el Instituto Nacional de Bosques, el Consejo Nacional de Áreas Protegidas, el Ministerio de Economía, el Procurador de los Derechos Humanos, la Procuraduría General de la Nación, la Superintendencia de Telecomunicaciones, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, a través de sus funcionarios respectivos, y como consecuencia de inspecciones y verificaciones, en los delitos típicos de sus ámbitos sectoriales, tienen el deber de denunciar.

En el ámbito privado, los mandatarios tienen facultades de denuncia por representación, aunque puede que se requiera mandato especial para presentar la denuncia. Los administradores de las sociedades mercantiles o civiles, asociaciones, cooperativas, cuentan también con la facultad de denunciar, se trata en todo caso, de perjuicios patrimoniales, y a salvo el planteamiento de una posible cuestión prejudicial, en el caso de los delitos contra el patrimonio de las personas jurídicas.

Comentario específico merece la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República. Inicialmente, es la Intendencia de Verificación Especial (IVE), la que tiene la obligación de presentar denuncia (art. 33 literal e), en caso de indicio de comisión de un delito. Las personas obligadas por la Ley a prestar información a la IVE si bien no tienen obligación de denuncia legal, pudieran estar sujetas a responsabilidad penal (siempre administrativa) si no proporcionarán a la IVE dicha información (arts. 18, 30 y 33 literal g³⁰⁸).

En todos estos supuestos, sí en cambio, se incurriría en el delito de Omisión de Denuncia previsto en el artículo 457 CP:

³⁰⁸ Por ejemplo, si no se comunica una transacción sospechosa conforme a la ley.

“El funcionario o empleado público que, por razón de su cargo, tuviere conocimiento de la comisión de un hecho califi cado como delito de acción pública y, a sabiendas, omitiere o retardare hacer la correspondiente denuncia a la autoridad judicial competente, será sancionado con multa de cien a mil quetzales.

En igual sanción incurrirá el particular que, estando legalmente obligado, dejare de denunciar”.

Conforme al artículo 16 constitucional, se exige de la obligación de denunciar a los parientes en los grados de ley³⁰⁹. El propio artículo 298 *in fi ne* exonera si *“razonablemente arriesgare la persecución penal propia, del cónyuge, o de ascendientes, descendientes o hermanos o del conviviente de hecho”*. La Constitución es más amplia, ya que llega a los *“parientes en los grados de ley”*.

El denunciante no adquiere la condición de sujeto del procedimiento. Sin embargo, en la fase administrativa, se acostumbra que el Fiscal a cargo del caso, *“llame a ratifi car la denuncia”*. Esta práctica trata de dar formalidad a la intención de denunciar del sujeto, pasado el momento crítico y *“emocional”* de la comisión de delito, y permite al órgano de investigación recabar mayor información sobre el particular. Por el contrario, si la denuncia fue oral ante la policía, por ejemplo, y se llama a ratifi car la denuncia por el Ministerio Público, puede que el denunciante no acuda. Esta circunstancia no implica que el procedimiento no continúe o el caso se archive administrativamente.

A tal efecto, está previsto el procedimiento de la DESESTIMACIÓN (art. 310 CPP):

“Cuando el hecho de la denuncia [...] no sea constitutivo de delito o no se pueda proceder, el fi scal desestimarà, dentro de los veinte días siguientes de presentada la misma, comunicando la decisión a la persona denunciante y a la víctima o agraviado, quien tendrá la oportunidad dentro de los diez días siguientes, a objetarla ante el juez competente lo cual hará en audiencia oral con presencia del fi scal. Si el juez considera que la persecución penal debe continuar, ordenará al Ministerio Público realizar la misma, ordenando la asignación de otro fi scal distinto al que haya negado la persecución penal.” En este sentido, las causales de desestimación pueden ser las siguientes:

- Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.
- Que no se pueda proceder, por haber algún obstáculo a la persecución penal.

³⁰⁹ MANUAL DEL FISCAL, p. 189.

- Cuando la víctima no se encuentre individualizada. Requiere el físcal autorización judicial.
- Que se trate de delitos graves. Requiere el físcal autorización judicial.

AROCENA considera que el problema del desistimiento es de “*relevancia*” no tanto interpretativa³¹⁰. Queda en manos de la Fiscalía tratándose de un delito de acción penal pública actuar de inmediato o al menos proceder a una investigación “*preliminar*”, o en caso desestimar (no se puede proceder, hecho atípico). En caso de urgencia, el Fiscal deberá actuar de inmediato. Respecto al principio acusatorio, sin persona sindicable, no es posible continuar el proceso, por lo que los esfuerzos físcales deberán encaminarse a lograr su identificación. Respecto al control jurisdiccional del desistimiento señala que “*ese mayor control jurisdiccional de una actividad físcal con mayores atribuciones se inserta en un modelo que pretende acentuar el paradigma acusatorio formal, dentro del cual las partes controvierten en plano de igualdad ante la jurisdicción, que sólo debe decidir la cuestión que le plantea el órgano requirente y ejercer el control de la actividad del acusador ante la instancia de las partes*”. En igual circunstancia, si el hecho reportado por la prevención policial no constituye delito o no se pueda proceder, el físcal podrá desestimar. Sin embargo, si existe detenido, sin perjuicio de la situación personal que esté definida por el juez en la audiencia de su primera declaración, la desestimación requerirá la celebración de una audiencia específica conforme al artículo 310 CPP en su oportunidad.

El procedimiento podrá reabrirse cuando nuevas circunstancias lo exijan (por ejemplo, se individualiza a la víctima, aparece el cadáver u otro tipo de evidencia, lo relatado por un testigo presencial permite solicitar una orden de allanamiento, o se produce una confesión espontánea del presunto autor en otro proceso conexo o relacionado).

El Ministerio Público antes y después de la desestimación debe practicar los actos de investigación que no admitan demora, inclusive solicitando el diligenciamiento y práctica de prueba anticipada, la cual quedará como parte del expediente, aun cuando se inste la clausura provisional.

³¹⁰ AROCENA, Gustavo A., “*Desestimación de la denuncia formulada ante el Fiscal de Instrucción y archivo de las actuaciones*”, en CAFFERATA NORES, José I., AROCENA, Gustavo A., “*Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos)*”, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2001, pp.33 y ss.

En el caso de denuncia por delitos de acción privada, el Ministerio Público carece de competencia para ejercitar la acción, pero informará al denunciante de su derecho a través de la interposición de la querrela respectiva.

Una denuncia nunca debe inadmitirse por defectos de forma, puede hacerse en forma verbal, telefónica, por escrito, no requiere presencia de abogado, inclusive un menor e incapaz pueden denunciar sin la asistencia de sus representantes legales. Como requisito de fondo (contenido) es necesario que se identifi que el denunciante. El artículo 299 CPP señala que debe contener el *“relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, agraviados y testigos, elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidos”*.

Debido a la carga de trabajo, el Ministerio Público, usualmente brinda un formulario para recepción de denuncias, cuyo contenido básico es el siguiente:

1. Número de denuncia que se le asigna, en especial si ya existía una denuncia anterior de otra persona sobre el mismo hecho.
2. Información del denunciante: nombre y apellidos, documento de identificación y las generales, dirección y teléfono.
3. Información del agraviado: nombre y apellidos, documento de identificación y las generales, dirección y teléfono. Si el agraviado fuere menor de edad, identificación del responsable.
4. Información del sindicado: Nombre, sobrenombre o apodo, documento de identidad, generales, color de la piel, color del pelo, tipo de pelo, color de ojos, tipo de ojos, estatura, peso, complexión, vestuario, otras señas características, lugar donde puede ser ubicado, nombre del cónyuge o conviviente. Si fuere menor de edad, identidad del responsable.
5. Lugar de comisión del delito. Dirección. Fecha y Hora.
6. Relato del hecho.
7. Firma o impresión digital del denunciante.
8. Existencia de evidencia del delito.
9. Información sobre testigos: Identidad y dirección.
10. Calificación provisional del delito.

De este formulario se entrega duplicado al denunciante.

Respecto a la práctica de ratificación de la denuncia³¹¹, si bien no es obligatoria, se considera necesaria en la práctica, aunque como declaración de conocimiento, el denunciante sólo está obligado a querrellarse o probar los hechos denunciados, únicamente pudiera ser llamado como testigo, especialmente si fue la víctima presencial.

Siendo el Ministerio Público, el órgano encargado de la investigación, cualquier denuncia que se presente ante la Policía, deberá comunicarla en forma de parte o prevención policial (artículo 304 CPP), al igual que si se presenta ante el tribunal, sea o no el competente³¹² (artículo 303 CPP).

En el caso de las faltas, los delitos contra la seguridad del tránsito y delitos sancionados con multa, el procedimiento se desarrolla ante el Juzgado de Paz, por lo que en este caso el Fiscal lo remitirá al Juzgado competente, conforme lo dispone el art. 488 CPP.

8.4. PREVENCIÓN POLICIAL

La prevención policial es la notificación inmediata que deben hacer las distintas fuerzas de policía al Ministerio Público, en el momento en que tengan noticia de la comisión de un hecho punible, perseguible de oficio³¹³. Este conocimiento puede ser a través de una denuncia formulada por un particular (inclusive telefónicamente, y en forma anónima) o por el conocimiento de oficio del hecho como consecuencia de una actuación preventiva o de investigación propia del cuerpo policial, por ejemplo, en flagrancia.

La prevención policial conforme al artículo 305 CPP además de la comunicación al Ministerio Público del hecho punible, incluye una

³¹¹ MONTERO AROCA, J., Op. cit., p. 143, indica que “*El Tribunal Constitucional [español] ha establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva se agota en el momento en que el órgano jurisdiccional [instructor] acoge la denuncia y realiza las correspondientes investigaciones (S 173/1988 de 3 noviembre). Sin embargo, con carácter general se exige al denunciante un acto complementario que es el de su ratificación, a partir de cuyo momento se estima formalizada la denuncia a todos los efectos*”. En el caso guatemalteco, es el Ministerio Público quien debe proceder a la investigación, desistimiento o formulación de la sindicación, en su caso.

³¹² Por ejemplo, ante el Juez de Paz de la localidad.

³¹³ MANUAL DEL FISCAL, p. 191.

enumeración de los resultados de la investigación preliminar urgente efectuada (elementos de convicción, captura de los sospechosos). La comunicación al Ministerio Público debe ser inmediata (art. 304 CPP), sin que pase de veinticuatro horas de recibida la denuncia o sucedido el hecho, según el caso³¹⁴.

La prevención constará en acta con la mayor exactitud posible de las diligencias practicadas, expresando el día en que se realizaron y las circunstancias de la investigación, constando las informaciones recibidas y las personas que intervinieron o proporcionaron dicha información.

Un ejemplo de prevención oficial, es un Oficio dirigido a la Fiscalía de turno por el Oficio policial de la Comisaría respectiva en el que se informa de las diligencias efectuadas, tales como puesta a disposición del juez de turno al sospechoso detenido, indicando sus generales, la narración de los hechos presuntamente delictivos³¹⁵, en particular el momento de la detención y forma en que se realizó, si hubo testigos y su identificación, además de las pruebas o evidencias incautadas.

Por supuesto, que la prevención policial no es prueba de los hechos, ni de la responsabilidad del sindicado, circunstancia que obligará a considerar la incorporación al debate de los agentes que intervinieron en las diligencias previas, tanto de investigación como de aprehensión, por el principio de presunción de inocencia y derecho de defensa (aportar o refutar pruebas). Con ello, se supera la cultura inquisitiva, en la que la simple incorporación por lectura de dichas actas o prevenciones bastaban para dar por probados los hechos manifestados. En ese sentido, debe realizarse una interpretación restrictiva de los artículos 363 y 364.3 del CPP, en particular la denuncia e informes policiales.

Al respecto, el artículo 465 Bis CPP ha previsto un procedimiento simplificado aplicable a los casos iniciados por la Agrupación, “*en donde no se requiera investigación posterior o complementaria*”. Nuevamente, será la denuncia o la prevención policial, la que determinen documentalmente la situación de la Agrupación. Si bien, el artículo 257 CPP se refiere a la Agrupación a efectos de

³¹⁴ Loc. Cit. Pero deberá ser menor si las evidencias pueden destruirse o los sospechosos fugarse, para lo que deberá haber coordinación interinstitucional.

³¹⁵ El artículo 304 CPP constituye un título habilitante para realizar las averiguaciones previas a la Policía. En este sentido, el art. 307 CPP permite que la policía requiera del juzgado competente (o de paz por la urgencia), las autorizaciones respectivas, con noticia inmediata al Ministerio Público. Las cosas secuestradas quedarán en el juzgado.

permitir la aprehensión del sospechoso sin autorización judicial, el artículo 465 Bis 2 b) señala que en la imputación de cargos por parte del fiscal deberá presentar “*los órganos de prueba con los que pretende acreditarlos en juicio*”. Si bien esta disposición no es limitativa de los medios de prueba, en caso de flagrancia, orienta a que sean los agentes captores cuando menos los que testifiquen en contra del sindicado, y ratifiquen lo dispuesto en la prevención policial. Además, dichos órganos de prueba podrán sujetarse al contradictorio de la defensa, para encontrar inconsistencia en el acta o prevención policial, las declaraciones de otros testigos, del propio sindicado, e inclusive entre los policías captores³¹⁶.

Respecto del hecho mismo de la flagrancia, la doctrina considera que esta existe en los siguientes supuestos³¹⁷:

- Cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de cometerlo.
- Cuando el autor del hecho es sorprendido inmediatamente después de cometer el hecho.
- Cuando el autor del hecho se ha alejado del lugar, pero es perseguido por la policía, sin existir interrupción entre el hecho cometido y su persecución.
- Cuando el autor del hecho es visto por el ofendido quien procede a seguirlo y detenerlo o solicitar su detención.
- Cuando el autor del hecho –aun cuando no fuere perseguido por el ofendido, y aun cuando el ofendido ignore quién fue el autor– es perseguido por un grupo de personas o detenido por ellas, que vieron los hechos.
- Cuando el autor del hecho tuviera en posesión –en una relación causa efecto entre el hecho y la posesión del bien– objetos del hecho punible.

³¹⁶ Consideramos que por lógica una captura y aprehensión requiere al menos dos agentes policiales, aunque no necesariamente, según las circunstancias del caso.

³¹⁷ HIDALGO MURILLO, J.D., Op. cit., pp. 56 y 57.

- Cuando el autor del hecho, también en relación causa efecto presente rastros que lo involucran, inmediatamente, en el hecho punible, y que haga presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

En suma, la flagrancia como concepto procesal tiene un doble efecto: legitimar una detención sin orden judicial, y permitir el enjuiciamiento por el procedimiento

simplificado.

8.5. LA QUERRELLA

La querrela es un acto de ejercicio de la acción penal que permite al interponente adquirir la condición de sujeto procesal (anteriormente parte). La querrela siempre se presenta por escrito y ante el Juez que controla la investigación (art. 302 CPP). La querrela implica el ejercicio de la acción penal, por un sujeto distinto al Ministerio Público, para quien se trata de una obligación legal³¹⁸. En este caso, la adquisición de la condición de sujeto procesal por el particular es facultativa.

En el Derecho guatemalteco, al querellante se le denomina adhesivo, puesto que se “*adhiera*” o suma su pretensión a la acción penal ejercida por el Estado³¹⁹. Los órganos del Estado, como agraviados únicamente pueden querrellarse por medio del Ministerio Público³²⁰, lo cual los convierte en querellantes adhesivos de la acción penal ejercitada por la Fiscalía pero actuando en el proceso penal en defensa de su propio derecho o interés.

El contenido de la querrela se encuentra regulado en el artículo 302 CPP. Lo más relevante es que se permite su planteamiento por personas individuales, y también como indica el numeral 4) a entes colectivos, lo cual permite que

³¹⁸ ARMENTA DEU, T., Op. Cit., p. 81. Por excepción, los delitos de acción privada, únicamente pueden ser perseguidos a previa querrela del ofendido.

³¹⁹ No existe la figura del acusador popular, como en el Derecho español, en el que se permite que cualquier ciudadano pueda ejercitar la acción penal (p. 83), con excepción de la acción popular en materia de derechos humanos contra funcionarios públicos (art. 116 párrafo segundo CPP).

³²⁰ Artículo 116 párrafo tercero CPP.

asociaciones que defienden o representan intereses grupales o colectivos puedan accionar penalmente en representación de sus asociados.

Otro aspecto relevante del contenido de la querrela es que en la misma además del relato de los hechos (versión fáctica con indicación de partícipes, víctimas y testigos, los antecedentes y consecuencias conocidas), es obligado presentar los “*elementos de prueba*”, pero particularmente la prueba documental que obre en su poder o indicación del lugar donde se encuentre³²¹.

La querrela no es más que una forma de iniciación del procedimiento, y será trasladada al Ministerio Público³²², para que este proceda a evaluar su desestimación o el planteamiento de la solicitud de la audiencia de imputación de cargos, o la práctica de las diligencias de prueba anticipada o medidas de aseguramiento que fueren necesarias, además de las aprehensiones que el caso ameritare.

La querrela también puede constituir el acto por medio del cual se informa de la *notitia criminis*, o vincularse al ejercicio de la acción penal ya iniciada por la Fiscalía, por ejemplo, si ante el ofrecimiento de acción por la Fiscalía, la víctima decide querrellarse también³²³.

El tribunal no puede subsanar defectos formales en el escrito de interposición, únicamente fijar un plazo prudencial, vencido el cual archivará el caso hasta que se subsane³²⁴.

No se condiciona su admisión a la presentación de ningún otro requerimiento. Por excepción, en el caso del artículo 123 CPP³²⁵, en el caso de querrelante domiciliado en el extranjero, a solicitud del imputado, sí deberá prestar garantía o caución suficiente para responder de las costas que provoque

³²¹ Numerales 7 y 8 del artículo 303 CPP.

³²² Artículo 303 CPP, además se acompañará la prueba (documental) que ya se hubiere aportado por el querrelante. El fin último es iniciar la investigación.

³²³ De lo contrario, a la víctima le competen los derechos previstos en el artículo 117 CPP.

³²⁴ Artículo 302 CPP. La ley señala que se trata de un requisito esencial o indispensable: La querrela puede dividirse en tres partes: a) Encabezamiento; b) Relato del hecho; c) Elementos de Prueba. Puede considerarse por lo tanto que todos los elementos son indispensables para la correcta formalización del procedimiento. Si bien, en caso de delitos de acción pública, el principio de oficialidad, obligan a trasladar el escrito al Ministerio Público.

³²⁵ V. también el art. 280 CPP, que agrega al tercero civilmente demandado en relación al querrelante y el actor civil extranjero o transeúnte. Sobre la derogación de la figura del actor civil, v. art. 15 del Decreto 7-2011 del Congreso de la República.

al adversario, además actuará a través de mandatario judicial conforme a las reglas generales previstas en la Ley del Organismo Judicial para dicha representación.

Inicialmente, el órgano judicial está obligado a dar trámite inmediato al escrito, por lo que no prevé un supuesto de inadmisión “*ad limine*” de una querrela, puesto que conforme al principio acusatorio, deberá realizarse una investigación preliminar de parte del Ministerio Público, en función de lo planteado por el querellante, y en su oportunidad desestimar o concurrir a la audiencia de sindicación (art. 82 CPP), –además de instar la toma de la primera declaración del sindicado por imperativo constitucional–, momento procesal en el que oportunamente y conforme al principio de legalidad se tomará la decisión en torno al caso.

Sin embargo, cualquiera de las partes podrá oponerse a la admisión del querellante durante el proceso preparatorio o intermedio, interponiendo las excepciones³²⁶. El auto que resuelve el incidente es apelable³²⁷.

Respecto a las diligencias que pueden ser pedidas por escrito, tales como una orden de detención, allanamiento, decomiso, o cualquier otra medida, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 116 del CPP, respecto a la capacidad procesal para solicitar estos actos (y aún realizarlos), en este caso atribuida únicamente al Ministerio Público, y en caso de discrepancia, admitida la legitimación del querellante adhesivo en el proceso, podrá acudir al Juez de Primera Instancia, para que en una audiencia con presencia de ambos sujetos, se decida si ha lugar en ese momento procesal a la práctica de lo pedido³²⁸.

³²⁶ Artículo 121 párrafo segundo CPP. La cuestión de la determinación de los sujetos procesales deberá encontrarse resuelta para la apertura del debate. El trámite de las excepciones se ventilará a través de un incidente. Las excepciones susceptibles que se pueden plantear son entre otras las previstas en el artículo 32 CPP como motivos de extinción de la persecución penal, o las previstas para la extinción de la pena o el delito, en todo caso, no existirá responsabilidad penal. Además, la falta de legitimidad pasiva en el querellante, por no alcanzar a tener la condición de presunta víctima afectada por la comisión del delito y los otros supuestos previstos en el artículo 117 CPP.

³²⁷ V. artículo 404 numeral 3) CPP que se refiere a la no admisión, denegación o declaración de abandono de la intervención del querellante adhesivo.

³²⁸ La ley incide en el régimen disciplinario fiscal, puesto que de ser admitido, implica elevar una queja a la Fiscalía General para un posible cambio del fiscal a cargo del proceso.

Conforme al artículo 24 quarter, tratándose de delitos de acción privada, únicamente pueden ser querellantes los agraviados o víctimas de los mismos conforme a lo dispuesto en el artículo 117 CPP³²⁹.

En los delitos de acción pública (artículo 24 bis) y en los delitos de acción pública dependientes de instancia particular (artículo 24 ter), también existe una remisión al artículo 117 CPP, pero debiendo tomarse en cuenta las reglas de la provocación de la instancia particular o la autorización estatal.

Los principales efectos jurídicos de la querrela son la litispendencia y la interrupción de la prescripción de los delitos³³⁰.

Respecto del *iter* procesal de la figura cabe señalar que la querrela en forma adhesiva puede plantearse hasta el momento en que el Ministerio Público requiera de la apertura o el sobreseimiento, sin que el Tribunal de Sentencia tenga facultades para admitir a debate a nuevos sujetos, por lo que el plazo es improrrogable para la víctima³³¹. Puede considerarse que la norma pudiera ser contraria al derecho de defensa, sin embargo, el artículo 117, segunda parte literales a) hasta el g), le otorgan una serie de derechos para el supuesto en que el agraviado no se haya constituido como querellante adhesivo “*de conformidad con el presente Código*”. En todo caso, podrá constituirse como víctima con facultades específicas en la audiencia de reparación³³².

8.6. AUDIENCIA DE SINDICACIÓN

La doctrina discute el correcto término de dicha audiencia: audiencia de declaración, de sindicación, de procesamiento. Lo cierto es, que por el principio de concentración, reúne todas estas finalidades en un solo acto

³²⁹ El artículo 122 CPP mantiene la denominación de “*querellante exclusivo*”, es decir, quien conforme a la ley sea titular del ejercicio de la acción privada. V. art. 106 CPP, respecto al abogado mandatario judicial.

³³⁰ ARMENTA DEU, T., Op. cit., p. 122.

³³¹ Artículo 118 CPP.

³³² Artículo 124 CPP. En este caso, al existir víctima determinada, la sentencia penal legitima procesalmente, y provoca un llamamiento de oficio a dicha audiencia, aunque no tenga el carácter de sujeto procesal. Además, el numeral 4) faculta a la víctima a pedir medidas cautelares en cualquier estado del proceso para cubrir el monto de la reparación (v. art. 278 CPP).

procesal, y el órgano juzgador emite tantas resoluciones en relación con la situación procesal del imputado, y el ejercicio de la persecución penal.

Como audiencia de declaración del imputado, y sin perjuicio de la primera declaración constitucional emitida ante el juzgado contralor de la detención, el artículo 81 CPP obliga al juez a efectuar una serie de advertencias preliminares (garantías del derecho de defensa) antes de tomar declaración, en particular destacar la conminación para el nombramiento de la defensa técnica del imputado durante la audiencia, ya que de lo contrario se designará de ofi cio.

Posteriormente, el artículo 82 CPP expone el orden en el que se desarrollará ya aperturada dicha audiencia:

1. El juez concederá la palabra al fi scal para que intime los hechos al sindicado, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, su califi cación jurídica provisional, disposiciones legales aplicables, y descripción de los elementos de convicción existentes.
2. Si el sindicado acepta declarar, el juez le dará el tiempo para que lo haga libremente.
3. Después de declarar, el sindicado puede ser sometido al interrogatorio legal del fi scal y del defensor.
4. El juez concederá la palabra al fi scal y al defensor para que demuestren y argumenten sobre la posibilidad de ligarlo a proceso, debiendo resolver en forma inmediata.
5. El juez concederá nuevamente la palabra al fi scal y al defensor, para que demuestren y argumenten sobre la necesidad de medidas de coerción, debiendo el juez resolver en forma inmediata.
6. El fi scal y el defensor se pronunciarán sobre el plazo razonable para la investigación. El juez deberá fi jar día para la presentación del acto conclusivo y día y hora para la audiencia intermedia, la cual deberá llevarse a cabo en un plazo no menor de diez (10) días ni mayor de quince (15) días a partir de la fecha fi jada para el acto conclusivo. Una vez presentado el acto conclusivo, se entregará copia del mismo a las partes que lo soliciten, y se dejará a disposición del juez las actuaciones y medios de investigación para que pueda examinarlos hasta la fecha fi jada para la audiencia.

Lo relevante es que por la intermediación y concentración, se logra resolver y encauzar en el contexto del debido proceso la etapa preparatoria (fijación del plazo para presentar el acto conclusivo, fijándose día y hora para la audiencia intermedia³³³), debiendo fijarse en forma clara la teoría del caso inicialmente manejada por cada sujeto, y delimitando en el auto de procesamiento la calificación de los hechos y grado de participación, y por lógica el elenco probatorio que la fijación requerirá producir.

8.7. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

La etapa preparatoria sigue cumpliendo una función sustancial en el proceso penal, puesto que sin la producción de la evidencia no es posible la celebración del debate. La antigua instrucción, bajo el sistema inquisitivo y con facultades oficiosas judiciales de producción de medios de prueba, ha dado paso bajo el sistema acusatorio, a un modelo sistemático de producción de la evidencia, cuya misión es sostener la imputación del Ministerio Público, para lo cual requiere de la colaboración de dos entidades públicas: la Policía Nacional Civil y el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF).

Bajo este modelo, que no es puro o anglosajón, el agraviado o querellante adhesivo, aún tiene un papel circunstancial en la producción de los medios de prueba, no pudiendo realizar por su cuenta verdaderos actos de investigación, sino únicamente a través de la autoridad del ente investigador público³³⁴.

Los actos de investigación se definen como *“Todas las actuaciones encaminadas a... averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes”*³³⁵.

Los actos de investigación se realizan en la etapa preparatoria. Con la reforma procesal de 2010-2011, se evita el surgimiento sorpresivo en el debate de la prueba nueva o de la reapertura del debate, circunstancias que lejanas al

³³³ La fijación debe entregarse al tribunal y a las partes copias del acto conclusivo antes de la audiencia.

³³⁴ Por su naturaleza procesal, la investigación criminal es de naturaleza pública en Guatemala. Lo que no obsta a que en función del derecho de defensa y debido proceso, el querellante adhesivo pueda proponer para el debate los medios de prueba que en la etapa intermedia le fueran autorizados, usualmente testigos y consultores técnicos, que apoyen su teoría del caso.

³³⁵ GONZÁLEZ M., Sabinnston J., *“Los actos de investigación y la cadena de custodia en el proceso penal guatemalteco”*, en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Revista Jurídica*, No. 2, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, Junio de 2001, p. 107.

acusatorio y al buen orden procesal, obligaban a suspender el proceso, en aras de ampliar la investigación fiscal. A esto debe agregarse la fijación de un plazo prudencial por el Juez contralor de la investigación, para que el Ministerio Público formule el acto conclusivo, el cual depende de la aplicación al sindicado de alguna medida de coerción, que salvaguarde la integridad del elenco probatorio disponible.

La eficacia de los actos de investigación únicamente se da en la etapa preparatoria³³⁶. Su finalidad es permitir formular la acusación, proponer el sobreseimiento, o constatar el juzgador la insuficiencia de la labor instructora del Ministerio Público, al decretar una falta de mérito o una clausura provisional.

A diferencia de los actos de investigación, los actos de prueba, trascienden a la sentencia, positiva o negativamente, y posibilitan el verdadero enjuiciamiento.

Sin embargo, el derecho de defensa y las garantías procesales deben respetarse en el diligenciamiento de todo acto de investigación, por su trascendencia procesal y pública (son actos de autoridad³³⁷).

Los principales actos de investigación se encuentran relacionados con la averiguación del hecho criminal y la determinación de la responsabilidad autoral, por lo que se encuentran vinculados a la escena del crimen y la evidencia³³⁸.

³³⁶ Con la excepción de los anticipos jurisdiccionales de prueba, e inclusive cuando se trate de actos de prueba urgentes realizados por el Ministerio Público, que posteriormente se judican.

³³⁷ *Ibid.*, p. 108, reflexiona: “No obstante la claridad de esta división no siempre en la vida práctica, ni en la propia estructura de la ley, la misma es tan evidente, toda vez que en muchas ocasiones los actos de investigación van a pasar al juicio oral y adquirir mediante meros mecanismos formales [incorporación por lectura] calor de prueba y servir de base el juicio judicial acerca de la culpabilidad de los acusados”.

³³⁸ En este trabajo se hará únicamente referencia a los aspectos procesales de las facultades investigativas de los sujetos procesales, los aspectos criminalísticos y criminológicos, las técnicas periciales son complementarias, y forman parte de las Ciencias Auxiliares del proceso penal, tanto de la etapa preparatoria como posteriormente del debate.

8.8. FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN

Bajo el actual sistema acusatorio, el Ministerio Público es el órgano encargado de la acción penal (persecución) y de realizar la investigación, por lo que deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para fundamentar su teoría del caso, lo que implica determinar los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios del presunto delito³³⁹.

Las facultades procesales concedidas al Ministerio Público, se encuentran condicionadas por las garantías procesales del sindicado, entre las que pueden citarse: derecho de defensa (respeto al debido proceso) y cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona (control jurisdiccional y autorización de los actos de investigación que *ex ante* pueden afectar algún derecho fundamental del imputado).

Respecto a las facultades procesales el Ministerio Público dispone³⁴⁰:

- Poder dictar las medidas razonablemente necesarias para proteger y aislar indicios en los lugares en que se esté investigando un delito, a fin de evitar la contaminación o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.
- La reserva total o parcial de las actuaciones para el logro de los objetivos de la investigación.
- Exigir informaciones a cualquier funcionario o empleado público, emplazándolo conforme a las circunstancias del caso.
- Practicar por sí a requerimiento de agentes policiales cualquier clase de diligencias.
- Puede impedir que una persona perturbe el cumplimiento de un acto determinado, manteniéndola bajo custodia de ser necesario³⁴¹.

³³⁹ Art. 309 CPP.

³⁴⁰ Art. 319 CPP.

³⁴¹ En el acta respectiva constará la medida y los motivos que la determinaron, con indicación de la fecha y hora de su comienzo y cesación.

- Durante una diligencia de allanamiento puede ordenar que no se ausenten las personas que se encuentran en el lugar o que comparezca cualquier otra³⁴².

En relación al debido proceso, el Ministerio Público debe considerar las siguientes reglas:

- Todas las diligencias practicadas deben hacerse en forma continuada en una sola acta³⁴³, expresando la fecha, e identificando las personas que proporcionan la información. Se resumirá el resultado fundamental de los actos cumplidos, y con la mayor exactitud posible, se describirán las circunstancias de utilidad para la investigación. El resumen será firmado por el funcionario del Ministerio Público que lleva a cabo el procedimiento, el secretario y, en lo posible, por quienes hayan intervenido en los actos.
- Cuando el Ministerio Público no esté de acuerdo con practicar una diligencia de investigación, propuesta por el imputado o las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, sus defensores y los mandatarios, el interesado podrá acudir al juez de paz o de primera instancia respectivo, para que valore la necesidad de la práctica del medio de investigación propuesto³⁴⁴.
- El Ministerio Público debe permitir la asistencia del imputado, de los demás interesados, de sus defensores o mandatarios a los actos que se practiquen, sin citación previa, pudiendo solicitar que conste en el acta las observaciones que estimen pertinentes en cuanto a la conducta de los presentes, incluso sobre las irregularidades y defectos del acto.
- Objetividad, es obligación del Ministerio Público que la investigación se encamine no sólo a las circunstancias de cargo, sino también de descargo (ausencia de acción, causas de justificación o de inculpación, excusas absolutorias, atenuantes)³⁴⁵, logrando la plena objetividad de los medios de prueba.

³⁴² Quienes se opusieren podrán ser compelidos por la fuerza pública e incurrirán en la responsabilidad prevista para el caso de incomparecencia injustificada.

³⁴³ Art. 313 CPP.

³⁴⁴ Art. 315 CPP, usualmente se valorará la pertinencia y utilidad de diligenciar un determinado medio de investigación.

³⁴⁵ Art. 290 CPP.

El auto de procesamiento es la principal resolución judicial que cobra vigencia durante la etapa preparatoria. Vincula al proceso al sindicado, pero también condiciona la labor investigadora de la fiscalía, puesto que determina la hipótesis acusatoria que inicialmente considera factible el órgano juzgador³⁴⁶.

En ese sentido, si el Ministerio Público apertura una línea de investigación diferente a la hipótesis de sindicación inicialmente defendida en la audiencia respectiva, y que consta en el auto de procesamiento está obligado a la reforma de dicha resolución, para que exista congruencia posteriormente con el escrito conclusivo³⁴⁷³⁴⁸³⁴⁹.

Respecto al plazo de duración de la investigación, el artículo 323 CPP dispone que el Ministerio Público “*deberá dar término al procedimiento preparatorio lo antes posible, procediendo con la celeridad que el caso requiera*”. Se trata de un *desiderátum* del legislador atendiendo a las condiciones técnicas, materiales y humanas de la Fiscalía³⁵⁰³⁵¹⁸⁹.

Vinculado a la investigación durante la etapa preparatoria, conviene mencionar que el concepto de cadena de custodia, que es el mecanismo para asegurar la cosa secuestrada, incautada o recogida, a efecto de no ser alterada o cambiada por otra, al momento de practicar sobre la misma una pericia o reconocimiento o cuando se exhibe para su cotejo en el debate³⁵².

³⁴⁶ Art. 320 CPP. Nótese que como garantía procesal la persona debe haber sido previamente indagada.

³⁴⁷ Artículo 321. (Requisitos). El auto de procesamiento deberá contener:

³⁴⁸) Nombres y apellidos completos del imputado, su nombre usual en su caso, o cualquier otro dato que sirva para identificarlo.

³⁴⁹ 2) Una sucinta enunciaci3n del hecho o hechos sobre los que se recibió la indagatoria.

³⁵⁰) La calificaci3n legal del delito, la cita de las disposiciones

aplicables; y 4) Los fundamentos de la decisi3n y la parte resoluci3n.

N3tese la vinculaci3n entre los hechos sobre los que fue indagado el sindicado y la calificaci3n legal del delito (provisional).

³⁵¹ Las demoras en el diligenciamiento de las actuaciones debe ser de buena fe, de lo contrario puede incurrir en responsabilidad disciplinaria, y la separaci3n del caso, para que por orden judicial, las actuaciones faltantes se practiquen por otro fiscal. De otra parte, las sucesivas pr3rrogas en la prisi3n preventiva tambi3n pueden hacer extender el plazo para formular el acto conclusivo en la pr3ctica. Efecto negativo, no pretendido por la reforma procesal de 2010-2011, que tiende a acortar objetivamente la etapa preparatoria.

³⁵² *Ibid.*, p. 112.

En especial, se debe asegurar la cadena de custodia en relación³⁵³ con los objetos secuestrados por orden de juez o por urgencia por el Ministerio Público, la Policía, con ocasión de detenciones, allanamientos, inspecciones o registros, inclusive entregas voluntarias de evidencias por la víctima, agraviados, testigos, terceras personas que colaboran con el esclarecimiento de los hechos.

El acta que documenta una diligencia de incautación, registro o inspección debe detallar en forma precisa las características del objeto en cuestión, para facilitar su identificación continua, posteriormente, los procedimientos de embalaje y custodia que permiten autenticar que el objeto es el mismo que pasó a ser evidencia en las actuaciones de la fiscalía durante la etapa preparatoria. Usualmente, los sobres que los albergan contienen espacios para firmas y sellos de los diferentes funcionarios, desde el auxiliar o agente fiscal, que los recogió en la escena del crimen, hasta los almaceneros o bodegueros de la fiscalía o el INACIF, y en general todo funcionario que tuvo acceso a la evidencia en el transcurso del tiempo, preservando de este modo la cadena de custodia.

Cualquier violación a los sellos, cierres herméticos, puede ser constatada por los sujetos procesales, e inclusive por el tribunal de sentencia en el momento de su apertura para examen cruzado en el debate, momento en que aún de oficio podrá declararse la invalidación de la evidencia, por rotura de la cadena de custodia, no incorporándose al debate el medio de prueba contaminado, salvo excepciones objetivamente calificadas.

Finalmente debe analizarse la facultad de la reserva de las actuaciones. El artículo 314 CPP establece la reserva de las actuaciones para los extraños, aunque sólo podrán ser examinadas por el imputado, los sujetos procesales admitidos, los defensores y mandatarios. Sin embargo, cuando considere que la publicidad de los actos de investigación pudiera ocasionar un entorpecimiento del descubrimiento de la verdad (objetivos de la investigación), podrá adoptar la reserva total o parcial de las actuaciones hasta por un plazo de diez días, prorrogables por otro tanto. Pasados los veinte días, los interesados pueden solicitar al juez contralor el levantamiento de la medida, para el acceso a las actuaciones.

El principal problema de constitucionalidad es la facultad de reserva que plantea, que es la posible violación al derecho de defensa, puesto que “*bajo*

³⁵³ Ibid., p. 113.

*pretexto de la reserva se pueden obtener elementos de investigación que hayan sido recabados sin cumplir con el debido proceso y que pueden ser incluso hasta falsos, prefabricados ya que al no existir control de la defensa en la obtención de tales elementos de investigación se le puede causar un serio daño al imputado*³⁵⁴.

A pesar del argumento anterior, debe señalarse que a los sujetos procesales les asiste la posibilidad de impugnar la incorporación de la evidencia al juicio oral, durante la fase intermedia, momento en el que pueden señalarse ante el juez contralor los vicios que objetivamente pudieran haberse producido (ejemplo, ruptura de la cadena de custodia, testifi cales contradictorias).

Respecto a las facultades investigativas en materia de Delincuencia Organizada, el Decreto Número 21-2006 del Congreso de la República, prevé los denominados “*Métodos especiales de investigación*” los cuales consisten en operaciones encubiertas (art. 21) hasta por un año por resolución del Fiscal General de la República (art. 28); entregas vigiladas (art. 35) autorizadas por el Fiscal General de la República (art. 39), interceptación de las comunicaciones telefónicas y otros con autorización judicial (arts. 48 y 52).

8.9. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA OBTENCIÓN, DILIGENCIAMIENTO Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN LAS ETAPAS PREVIAS AL DEBATE

A) Autorizaciones para la práctica de medios de prueba

En numerosas diligencias de investigación la presencia judicial es importante. A través del Decreto Número 79-97 del Congreso de la República se eliminó la fi gura de la “*judicación*”³⁵⁵. De esta forma el artículo 308 faculta

³⁵⁴ Ibid., p. 115. Otro de los argumentos es el de violación al derecho de igualdad entre los sujetos procesales, ya que esta es una facultad de la que no dispone el imputado. Sin embargo, la defensa también puede mantener bajo “*reserva estratégica*” diferentes medios de prueba que vaya obteniendo en forma autónoma, y preservarlos únicamente hasta en la etapa de ofrecimiento de la prueba para el debate.

³⁵⁵ Artículo 308. (Judicación). Los jueces de primera instancia coadyuvarán en las actividades de investigación de la policía y de los fi scales e investigadores del Ministerio Público cuando estos lo soliciten; también podrán juzicar con su presencia las diligencias practicadas por dichos funcionarios a fi n de prepararlas para su presentación a juicio con plena autenticidad.

a los jueces de primera instancia, y donde no los hubiere, a los jueces de paz, para autorizar al Ministerio Público la realización de aquellas diligencias limitativas de derechos fundamentales³⁵⁶. La normativa prevé la motivación o el juicio de proporcionalidad a que está sujeta la autorización de la diligencia probatoria, limitativa del derecho fundamental, de ahí la función constitucional del juez de garantías durante la etapa de investigación, para evitar que el medio de prueba obtenido como resultado de la diligencia, se convierta en prueba ilícita o cuando sumo irregular:

Diligencia	Motivación
Inspección y registro de lugares, cosas y personas (art. 187 CPP)	Existencia de motivos suficientes para sospechar que se encontrarán vestigios del delito, o se presume que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida
Allanamiento en dependencia cerrada: morada, casa de negocio, o en recinto habitado (artículos 190 y 191 CPP)	<p>Los mismos motivos anteriormente señalados para el registro. La resolución por la cual el juez o tribunal ordene la entrada y registro de un domicilio o residencia particular será siempre fundada, explicando los motivos que indican la necesidad del registro.</p> <p>No se requiere autorización judicial en los siguientes supuestos³⁵⁷: 1) Si, por incendio, inundación, terremoto u otro estrago semejante, se hallare amenazada la vida o la integridad física de quienes habiten el lugar; 2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un lugar y existan indicios manifiestos de que cometerán un delito; 3) Si se persigue a una persona para su aprehensión, por suponersele partícipe de un hecho grave; 4) Cuando voces</p>

En los municipios de la República esas funciones serán cumplidas por los jueces de paz cuando no haya o no pueda hacerlo el juez de primera instancia.

³⁵⁶ MANUAL DEL FISCAL, p. 128. La presencia del juez en un allanamiento es para que durante la realización de la diligencia pueda dictar *in situ* las medidas oportunas. Sin embargo, no se trata de prueba anticipada, y la sola presencia no dota de valor probatorio a los elementos de prueba obtenidos (el resultado de la diligencia). Sin embargo, cuando se tratare de anticipo de prueba se debe cumplir con los requisitos del artículo 317 y siguientes del Código Procesal Penal.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 126, es claro: “un allanamiento en dependencia cerrada sin orden judicial y sin darse ninguna de las excepciones del artículo 190, no podrá ser subsanado obteniendo posteriormente la autorización”.

	provenientes de un lugar cerrado anuncien que allí se está cometiendo un delito o desde él se pida socorro.
--	---

Continúa...

Diligencia	Motivación
Allanamiento en lugares públicos (artículo 193 CPP)	Si el encargado o superior jerárquico se niega a dar autorización.
Reconocimiento corporal o mental del imputado (artículo 194 CPP)	Con fines de investigación del hecho punible o de identificación, cuando el imputado se niegue a permitir el reconocimiento, especialmente si va acompañado de peritaje.
Secuestro de cosas o documentos ³⁵⁸ (artículos 200 y 201 CPP)	Los mismos motivos que para el registro. Si hay peligro de demora, el Ministerio Público debe solicitar inmediatamente autorización judicial y consignar las cosas o documentos al tribunal competente, para que este autorice o no, en este segundo caso, se devolverán los efectos.

³⁵⁸ En forma análoga y para la averiguación de un hecho punible grave, se procede para la clausura de locales o la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza y dimensiones no puedan ser mantenidas en depósito, conforme al artículo 206.

Secuestro de correspondencia y telecomunicaciones (artículo 203 CPP)	Utilidad para la averiguación de la verdad. La decisión será fundada y firme. Debe tratarse de envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aunque sea bajo un nombre supuesto, o de los que se sospeche que proceden del imputado o son destinados a él. En caso de flagrancia, el Ministerio Público podrá expedir la orden, pero deberá proceder según se indica para el caso de secuestro. La correspondencia o envío no les será entregada a los interesados, sino al tribunal competente. Si dentro de tres días la orden no es ratificada por el tribunal, cesará la interceptación y el secuestro y las piezas serán libradas a quien corresponda.
Informaciones de personas jurídicas o individuales (artículo 319 CPP)	Se trata de prueba documental, que surge como consecuencia del requerimiento judicial, sin perjuicio de que el emisor acuda personalmente al debate a ratificar su informe y sujetarse al contradictorio ³⁵⁹ .

Fuente: Elaboración propia.

De hecho, el objetivo de la limitación del secreto de las comunicaciones personales, es el relacionado en el artículo 204 del Código Procesal Penal, por el que el juez o tribunal abrirá y examinará los envíos, constando en acta: *“Artículo 204. (Apertura y examen de la correspondencia). Recibida la correspondencia o los envíos interceptados, el tribunal competente los abrirá, haciéndolo constar en acta. Examinará los objetos y leerá por sí el contenido de la correspondencia. Si tuvieren relación con el procedimiento, ordenará el secuestro. En caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario y, de no ser ello posible, a su representante o pariente próximo, bajo constancia”*.

Igual circunstancia se da para la interceptación de las telecomunicaciones previstas en el artículo 205: *“Artículo 205. (Telecomunicaciones). Las reglas anteriores se aplicarán análogamente al control y grabación de las comunicaciones telefónicas o similares. Su resultado y grabación sólo podrán ser entregados al tribunal que los ordenó, quien procederá según lo indicado en el artículo anterior, en lo pertinente. Podrá ordenar la versión escrita de la grabación o de las partes que considere útiles y ordenará la destrucción de toda la grabación o de las que no tengan relación con el procedimiento, previa*

³⁵⁹ Ibid., p. 137.

noticia al Ministerio Público, al imputado y a su defensor. La persona a quien se le encomiende interceptar la comunicación y grabarla o aquella que la escriba tendrá la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo que, citado como testigo en el mismo procedimiento, se le requiera responder sobre ella”.

Este artículo fue derogado por sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente 296-94, de fecha 26 de enero de 1995. Posteriormente el Decreto Número 7-2006, Ley Contra la Delincuencia Organizada, reguló en parecido sentido el procedimiento en su artículo 48. La motivación de la medida es *“evitar, interrumpir o investigar”* la comisión de los delitos regulados en dicha Ley- *numerus clausus*.

B) Control de la legalidad de los medios de prueba

El juez de instancia como contralor de la investigación tiene la facultad de evaluar la legalidad de los actos de prueba, a tal efecto se aplicarán las siguientes reglas relativas al debido proceso probatorio, contenidas en los artículos 182, 183, 184, 186, 281, 282 y 248 del Código Procesal Penal.

8.10. FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ PENAL

Con el Decreto Número 18-2010 del Congreso de la República, se inician una serie de importantes reformas en el proceso penal guatemalteco, así en los Considerandos iniciales, se indica que tienen como objetivo el logro de órganos de prueba como peritos, testigos y otras personas, *“estableciendo normas claras, precisas y concretas de aplicación por los órganos jurisdiccionales y los responsables de la persecución penal”*, y el *“establecimiento de mecanismos para hacer prevalecer los principios de celeridad, oralidad, inmediación, publicidad, contradictorio y debido proceso, promoviendo que el procedimiento sea transparente, breve, concreto y desprovisto de formalismos innecesarios y reglas poco realistas”*.

Nótese la preocupación del legislador por garantizar los principios del debido proceso y contradictorio, y la constatación de que no estaba prevaleciendo dicho principio rector en el procedimiento, por lo que el sistema procesal se estaba alejando de los postulados del modelo acusatorio que inicialmente proponía.

Las reformas señaladas en el mencionado Decreto son las siguientes:

A) Audiencia de primera declaración

Con la reforma del artículo 82, el juez de instancia ya no interviene en el interrogatorio del imputado³⁶⁰, únicamente modera las preguntas que la fi scalía y el abogado defensor formulen, por lo que se refuerza el papel imparcial y pasivo en relación a las facultades investigativas, más arbitral, pero también contralor del debido proceso, porque por la importancia que en este momento toma dicha audiencia, se diseña un “típico juez de garantías”, en particular tutelador de los derechos y garantías procesales del imputado³⁶¹.

En este sentido, el juez debe asegurar que el Ministerio Público cumple con el debido proceso para sustentar la imputación, en concreto señala el artículo 82 del CPP, véase que el juez sólo moderará el interrogatorio.

Sobre la fi scalía defi nitivamente recae la gravedad y seriedad de la carga de la prueba desde este primer momento procesal, evitando con ello, alargamiento de procedimientos penales, en los que se haga depender de una mejor investigación las omisiones probatorias no cubiertas en etapas anteriores.

La intimación más que la acusación, se convierte en la base para el ejercicio de una auténtica acción penal por el Estado, y véase lo que el Código Procesal Penal exige, y la importancia de que los elementos de convicción existentes sean sufi cientes para sustentar la probabilidad de enjuiciamiento y de sujeción a proceso del imputado, decisión que deberá tomar el juez, a su turno:

³⁶⁰ La experiencia práctica tras la reforma de 1992 ya era variada, algunos jueces de instancia interrogaban y otros no, en función de la visión inquisitorial o acusatoria que tuviera de sus propia función en el proceso penal.

³⁶¹ Artículo 2. Se reforma el artículo 81 del Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República y sus reformas, el cual queda así: “*Artículo 81. Advertencias preliminares. Al iniciar la audiencia oral, el juez explicará al sindicado, con palabras sencillas y claras, el objeto y forma en que se desarrollará el acto procesal. De la misma manera le informará los derechos fundamentales que le asisten y le advertirá también que puede abstenerse de declarar y que tal decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio. Asimismo, le pedirá que proporcione su nombre completo, edad, estado civil, profesión u ofi cio, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, lugar de residencia y si fuera el caso, nombre del cónyuge e hijos y las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su guarda. En las declaraciones que preste el sindicado durante el procedimiento preparatorio, el juez deberá instruirle acerca de que puede exigir la presencia de su defensor y consultar con él la actitud a asumir, antes de comenzar la declaración sobre el hecho.*”

“1. El juez concederá la palabra al fi scal para que intime los hechos al sindicado, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, su califi cación jurídica provisional, disposiciones legales aplicables, y descripción de los elementos de convicción existentes”.

En este sentido, la audiencia de imputación, requiere del Ministerio Público argumentar oralmente las peticiones, siendo su presencia insustituible e insubsanable³⁶²; al respecto la ley ya no permite formular requerimientos por escrito, sino que deberán hacerse en la propia audiencia oral, salvo los de urgencia. El juez controlará la obligación de comparecencia a dicha audiencia oral, puesto que el interrogatorio fi scal es indispensable, a tal grado que no se podrá celebrar la misma.

La audiencia de imputación (primera declaración) podrá documentarse en acta o a través de su grabación en formato de audio y/o video, o cualquier otra forma de registro que garantice su fi delidad, debiendo entregarse a los asistentes copia digital o física³⁶³. Cabe recordar que dicha acta o grabación contendrá las declaraciones del imputado, así como las preguntas y respuestas de este primer interrogatorio en sede judicial, las cuales en su momento, podrán incorporarse al debate.

B) Audiencia del procedimiento intermedio

Se suprimen las facultades de incorporación de ofi cio de nuevos elementos de prueba al procedimiento por parte del juez de instancia en la fase intermedia.

³⁶² Artículo 6. Se reforma el artículo 109 del Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República y sus reformas, el cual queda así: *“Artículo 109. Peticiones. El Ministerio Público, al igual que los demás sujetos procesales, harán todos los requerimientos en audiencia oral, unilateral o bilateral, según sea el caso, debiendo ser claros y concisos, demostrando y argumentando su pretensión. El requerimiento de audiencia se podrá hacer de la forma más expedita, utilizando para el efecto el teléfono, fax, correo electrónico o cualquier otro medio que lo facilite. El juez o tribunal certifi cará lo conducente a donde corresponda, cuando el fi scal, en forma injustifi cada, no asista a las audiencias.”*

³⁶³ Artículo 8. Se reforma el artículo 146 del Código Procesal Penal, Número 51-92 del Congreso de la República y sus reformas, el cual queda así: *“Artículo 146. Registro de las actuaciones. Cuando uno o varios actos deban ser documentados, el funcionario que los practique, asistido por su Secretario, levantará el acta correspondiente, en la forma que prescribe este Código. Las audiencias orales, unilaterales o bilaterales, podrán ser grabadas en formato de audio y/o video, o cualquier otra forma de registro que garantice su fi delidad. Los asistentes administrativos serán los encargados de archivar adecuadamente las grabaciones, y entregarán copia digital de la misma a los que intervengan, sea física o digitalmente.”*

C) Prueba para la clausura provisional

El artículo 340, párrafo tercero reformado, establece: “*En caso de solicitarse la clausura provisional*³⁶⁴, *fundadamente el juez indicará los medios de investigación pendientes de realizar y fijará día y hora en que deba realizarse la futura audiencia intermedia, indicando la fecha de presentación del requerimiento, como lo establece el artículo 82 de este Código*”.

Dicho artículo mantiene facultades oficiosas de incorporación de la prueba en el juez de garantías, toda vez que señala que a criterio judicial la investigación no ha sido suficientemente concluida por el Ministerio Público, y que no es posible desarrollar la audiencia intermedia en la que se discutirá la acusación y posible apertura a juicio, hasta que no se practiquen determinados medios de prueba, que a criterio del juez son indispensables. Aún puede tacharse la parcialidad de dicha normativa respecto a lo que señala el artículo 331, pues en caso de duda, el juez de instancia debería decidir por el sobreseimiento, tal y como lo señala el numeral 2) del artículo 328: “*Corresponderá sobreseer en favor de un imputado: (...) 2) Cuando, a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir fundadamente la apertura del juicio*”. La incorporación de los nuevos elementos de prueba deben ser los que propongan las partes.

D) Incorporación de los medios de prueba al debate

Conforme a los artículos 343 y 344, el ofrecimiento de prueba para el debate se realizará en audiencia ante el juez de primera instancia que controla la investigación, destacando la celeridad del proceso ya que “*El juez resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal*” por medio de auto que servirá de citación a juicio a los sujetos procesales.

³⁶⁴ Artículo 331. (Clausura provisional). Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio, se ordenará la clausura del procedimiento, por *auto fundado, que deberá mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar*. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto se ordena la clausura. Cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento, el tribunal, a pedido del Ministerio Público o de otra de las partes, permitirá la reanudación de la investigación.

En lo que atañe a esta etapa procesal, se afirma que es el momento en que los litigantes diseñan las técnicas y estrategias para la litigación en el debate.

Conviene mencionar, que el tribunal o los jueces de sentencia, contarán con un elenco probatorio, del cual ya no deciden sobre su incorporación previo al debate, responsabilidad que a partir de la reforma, recae sobre el juez que ha controlado la investigación y determinado la apertura a juicio oral con el material probatorio que presentan las partes.

E) Anticipo de prueba en la preparación del debate

La única facultad probatoria que el Código permite al tribunal o juez de sentencia es la práctica de prueba anticipada pero únicamente a solicitud de las partes, así lo dispone el artículo 346: “(...) Dentro de este plazo, el tribunal podrá ordenar, a pedido de parte, recibir declaración a los órganos de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrán concurrir al debate, adelantar las operaciones periciales necesarias para informar en él, o llevar a cabo los actos probatorios que fueran difíciles de cumplir en la audiencia o que no admitieren dilación. En estos casos se podrá diligenciar el anticipo de prueba mediante videoconferencia u otro medio electrónico en las condiciones que lo regulan los artículos 317 y 318 de este Código”.

F) Derogación de las facultades de incorporación de oficio de prueba en el debate por el tribunal de sentencia y del sobreseimiento de oficio

Quedan derogados expresamente los artículos 351 y 352, con lo que se refuerza el principio acusatorio, quedando vedado al tribunal de sentencia incorporar prueba de oficio en el debate³⁶⁵.

Continuando con el estudio de las recientes reformas al Código Procesal Penal, la última de éstas se ha efectuado por el Decreto Número 7-2011 del Congreso de la República, a tal efecto el artículo 5 reformado termina señalando que “*el procedimiento, por aplicación del principio del debido*

³⁶⁵ Artículo 351. (Prueba de oficio). En la decisión, el tribunal podrá ordenar la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas. Artículo 352. (Sobreseimiento o archivo). En la misma oportunidad el tribunal podrá, de oficio, dictar el sobreseimiento cuando fuere evidente, una causa extintiva de la persecución penal, se tratare de un inimputable o exista una causa de justificación, y siempre que para comprobar el motivo no sea necesario el debate. De la misma manera, archivará las actuaciones cuando fuere evidente que no se puede proceder.

proceso”, debe responder a las legítimas pretensiones tanto de la víctima o el agraviado como el del imputado (como sujetos procesales). La reforma profundiza aún más en la aplicación del principio acusatorio, dejando en manos del Ministerio Público la dirección de la investigación.

Únicamente el artículo 180 Bis, permite que el Juez de Paz del lugar donde se cometió el hecho delictivo, a requerimiento del Ministerio Público practique las actuaciones contenidas en las literales a) a la d) del artículo 552 bis del Código Procesal Penal³⁶⁶. Si no existe dicha solicitud el Juez de Paz no las puede practicar de oficio, con lo que se refuerza el principio acusatorio, en la práctica de las diligencias ahí previstas.

En el marco de sus facultades de control de la investigación, el juez de instancia, previa objeción de la persona denunciante, la víctima o el agraviado, puede ordenar la continuación de la investigación (persecución penal), ello en el caso de que el hecho consignado en la denuncia, querrela o prevención policial a criterio de la fiscalía no sea constitutivo de delito o no se pueda proceder.

En el caso de que no se encuentre individualizada la víctima o cuando se trate de delitos graves, el fiscal requiere de autorización judicial para desestimar³⁶⁷.

En todo caso, las partes acusadoras deben presentar la prueba lícita, legal, pertinente e idónea a ser reproducida en debate, *“asegurando el contradictorio para proveer el control de la imputación probatoria”*. A solicitud de uno de los sujetos procesales, se podrá ordenar al juez de paz más cercano, la práctica de una diligencia de prueba anticipada para ser valorada en el debate. En el debate se reproducirá la prueba mediante examen directo y contra-examen de testigos y peritos, incorporando a través de ellos, la prueba documental y material.

En conclusión, las únicas facultades jurisdiccionales que el proceso penal guatemalteco aún reconoce en materia de obtención de prueba, y únicamente a solicitud de los sujetos procesales, son las que se recogen en el ordenamiento procesal penal guatemalteco.

³⁶⁶ Se trataban de facultades atribuidas inicialmente a los Jueces de Paz Comunitarios ubicados en cinco municipios de la República, y ahora extendidas a todos los Jueces de Paz.

³⁶⁷ Artículo 310 reformado del Código Procesal Penal. La desestimación no impedirá reabrir el procedimiento cuando nuevas circunstancias lo exijan, ni eximirá al Ministerio Público del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora.

En términos generales ninguna prueba puede realizarse de ofi cio u ofi ciosamente por ningún juez penal de la República de Guatemala, en ningún tipo de procedimiento, ni de instancia, a este respecto también se incluye el juicio de faltas, o la denominada instrucción suplementaria en el debate en caso de aparecimiento de nuevas revelaciones o hechos, procediendo la suspensión del debate, y la formulación de una nueva acusación³⁶⁸. Es preciso acotar que el juez únicamente puede recabar prueba de ofi cio cuando su resultado es sumamente útil y necesario para el esclarecimiento de los hechos, pero su resolución la debe fundamentar con el fi n de aplicar el texto del artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en relación al deber del Estado de garantizar a los habitantes de la República entre otros: “*la justicia*”.

Por último, debe señalarse que la incorporación de las nuevas tecnologías al proceso penal también tienen una incidencia indirecta en las facultades jurisdiccionales especialmente, en la medida que la presencia del juez garantiza el debido proceso en la incorporación de las declaraciones de los órganos de prueba (testigo, perito, colaborador efi caz) en las distintas fases, en particular en el debate o como anticipo de prueba³⁶⁹.

El Acuerdo 31-2009, de la Corte Suprema de Justicia, recoge el Reglamento para el desarrollo de declaraciones por videoconferencia, y fi gura incorporada en las reformas al Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República, contenidas en la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto número 17-2009 del Congreso de la República³⁷⁰.

³⁶⁸ Cuestión distinta, es la valoración del modelo acusatorio resultante en relación al debido proceso, en base a dos aspectos: 1) La extensión de la presencia de fi scalías y defensorías públicas en los distintos municipios de la República, para que el procedimiento acusatorio y contradictorio en materia de prueba y en los distintos procedimientos pueda desarrollarse con éxito, toda vez que la intervención judicial en esta materia, lo es a solicitud de parte; 2) La obligatoria incorporación de los medios de prueba de todos los sujetos procesales a través de la fi scalía.

³⁶⁹ Artículo 8 del Acuerdo citado establece: “*Toda la diligencia debe ser grabada y debidamente registrada de conformidad con lo regulado en el artículo 18 de la Ley precitada. Se levantará acta de la diligencia, misma que deberá ser fi rmada por los presentes y remitida al órgano jurisdiccional que emitió la orden respectiva*”.

³⁷⁰ TUCUX COYOY, Jorge Eduardo, “*La videoconferencia en el proceso penal guatemalteco*”, VIII Congreso Jurídico Landivariano, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Quetzaltenango, 2011, p. 13 para quien no se trata de un nuevo medio de prueba, sino de un mecanismo tecnológico para que depongan órganos de prueba (testigo, perito).

La base de la videoconferencia se encuentra en el Decreto Número 17-2009, Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, emitido el 14 de abril de 2009, promulgado el 7 de mayo de 2009 y vigente desde el 15 de mayo de 2009, que reforma el Código Procesal Penal adicionando el artículo 218 Bis el cual regula:

“Si por circunstancias debidamente fundadas, el testigo, perito o colaborador efi caz no puede concurrir a prestar declaración en forma personal, el tribunal, a pedido de parte o de ofi cio, podrá ordenar la realización de la declaración testimonial a través de videoconferencia o cualquier otro medio audiovisual de comunicación similar de la tecnología, de las mismas o mejores características, que resguarden la fi delidad e integridad de la declaración y garanticen a las partes el adecuado ejercicio de sus derechos procesales.”

Conforme al artículo 3 del Acuerdo anterior de la Corte Suprema de Justicia, se podrá utilizar el mecanismo de las declaraciones por videoconferencia, a solicitud de parte o de ofi cio cuando existan circunstancias debidamente fundadas. Consecuentemente, serán aplicables cuando quien vaya a declarar se encuentre en alguna de las circunstancias siguientes: 1. Se encuentre en territorio extranjero y no sea posible o conveniente que comparezca personalmente por temor a que se atente contra su vida; 2. Cuando, por razones de seguridad y orden público, sea necesario mantener en confi dencialidad el lugar donde se encuentra el declarante; 3. Cuando existan amenazas o se determine que ha sido intimidada para no declarar; 4. Se encuentre el declarante en delicado estado de salud por enfermedad legalmente comprobada y le sea imposible acudir personalmente; 5. Cualquier otra razón atendible a consideración del juez³⁷¹.

El órgano jurisdiccional competente deberá designar a un juez de orden penal para que comparezca al desarrollo de la diligencia, con las siguientes atribuciones de verifi cación: (artículos 6 y 7): a) De la presencia del testigo, perito u otra persona y tomar sus datos de identi fi cación personal, para acreditar su identidad; b) Que la persona no está siendo coaccionada al momento de prestar declaración; c) Que las instalaciones reúnan las condiciones adecuadas y que se cuente con los aparatos audiovisuales idóneos

³⁷¹ Actualmente permite que peritos del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, desde las ofi cinas centrales, presenten en el debate su dictamen y sean objeto de interrogatorio y contrainterrogatorio en las salas de audiencias de tribunales del interior de la República.

y conectados con enlace directo con el tribunal, y que los mismos permitan que las diferentes partes procesales puedan oír y observar con fi delidad la declaración prestada, así como ejercer sus derechos en materia de interrogatorio.

8.11. BREVE REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA GUATEMALTECA EN MATERIA DE ACTOS DE INVESTIGACIÓN EN LA ETAPA PREPARATORIA

Como ha quedado expuesto anteriormente, el juez de instancia penal actúa como contralor de la investigación a cargo del Ministerio Público, particularmente cuando se debe autorizar la omisión de algún derecho fundamental con el objetivo de la obtención del elemento probatorio o la evidencia.

A tal efecto, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte de Constitucionalidad han delimitado el alcance de los artículos 23 (inviolabilidad de la vivienda³⁷²), 24 (inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros) y 25 (registro de personas y vehículos), que contienen los derechos típicamente susceptibles de afectación como consecuencia de la investigación criminal, y que constituyen sendas garantías procesales del imputado, y motivo de la intervención autorizativa, confi rmativa o correctiva jurisdiccional hacia la fi scalía. A continuación se presenta una síntesis jurisprudencial.

En el Expediente No. 219-2008, sentencia de fecha 3 de febrero de 2009, la Corte Suprema de Justicia, analizó un caso de allanamiento policial sin orden judicial, con consentimiento del propietario pero no del inquilino de un cuarto de habitación, dándolo por sufi ciente.

En el Expediente No. 854-2005, fecha de la sentencia de 18 de julio de 2005, se examinó la constitucionalidad de un allanamiento realizado el 9 de

³⁷² En relación a la inviolabilidad de la vivienda la protección constitucional del domicilio de las personas, se extiende a “*esfera privada de acción de las personas, tales como sus actividades profesionales, negocios o empresas*”. Además, la facultad de realizar investigaciones y de practicar reconocimientos en cualquier local, edificio o establecimiento deberá efectuarse conforme a la Constitución dispone (Gaceta No. 59, Expediente 482-98. Fecha de la Opinión Consultiva: 04/11/1998). La oposición al ingreso puede manifestarse en forma indirecta o tácita. La autorización judicial suple el consentimiento del habitante de la vivienda (Gaceta No. 8, Expediente 25-88. Fecha de sentencia: 26/05/1998).

diciembre de 2004 por la Fiscalía de Delitos Contra la Propiedad Intelectual del Ministerio Público, derivado de que el Juez Primero de Paz Penal de Turno “B” con fecha nueve de diciembre del dos mil cuatro, dictó orden de inspección, registro y allanamiento de un establecimiento. Dicha diligencia no fue ejecutada por la Fiscal indicada en la orden judicial y solicitante de la misma, sino por otro Auxiliar Fiscal, quien procedió a secuestrar mercadería relacionada con el objeto del negocio que consta en la patente de comercio³⁷³. También, se validó la actuación, toda vez que se trataba de un compañero adscrito a la misma Sección de la Fiscalía del Ministerio Público, el que practicó la diligencia, y que por lo tanto la orden judicial se emite “*genéricamente a favor de la Fiscalía de Sección*”, por lo que en esta ocasión, el “*debido proceso*” se respetó por parte del órgano jurisdiccional.

Finalmente, y en relación a los métodos especiales de averiguación previstos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, la Corte de Constitucionalidad tuvo la ocasión de pronunciarse en el Expediente No. 237-2006, de Inconstitucionalidad General, sentencia de fecha 15 de enero de 2008, en la que se analizaron los artículos 4 de la Ley de la Dirección General de Inteligencia Civil, Decreto Número 71-2005 del Congreso de la República; y 18, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70 y 71 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto Número 21-2006 del Congreso de la República, considerándolos constitucionales, pero expone los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la realización de actos de investigación:

“Durante la investigación, es importante resaltar que generalmente, exige la adopción de medidas de naturaleza cautelar que implican restricción a derechos sustanciales del individuo. Entre estas medidas destacan los allanamientos de morada, la intercepción de telecomunicaciones, apertura y examen de correspondencia y la prisión preventiva. Pero dichas medidas son constitucionalmente aceptadas si su realización:

- a) *Tiene como fin la protección y defensa de intereses sociales, y si se efectúan de acuerdo a los pronunciamientos permitidos, aspectos que*

³⁷³ El principal problema es que el allanamiento no puede impugnarse preventivamente. Únicamente la incorporación del acta y de la evidencia puede cuestionarse en la fase intermedia. Puede también solicitarse en la etapa preparatoria la nulidad del acto procesal, pero posteriormente a su realización.

Además, de ser declarado nulo, el tribunal debe hacer lo propio con la evidencia encontrada.

corresponde apreciar, considerar, acordar y vigilar a los jueces y a los sujetos procesales.

- b) Respetar los derechos individuales y que no se afecte el pudor.*
- c) Ser proporcionales al hecho investigado y que se practiquen para la constatación de circunstancias importantes para la investigación criminal”.*

8.12. CONCLUSIÓN DE LA ETAPA PREPARATORIA

Conforme al Artículo 324 Bis del Código Procesal : “A los tres meses de dictado el auto de prisión preventiva, si el Ministerio Público no ha planteado solicitud de conclusión del procedimiento preparatorio, el juez, bajo su responsabilidad dictará resolución concediéndole un plazo máximo de tres días para que formule la solicitud que en su concepto corresponda.

Si el fiscal asignado no formulare petición alguna, el juez lo comunicará al Fiscal General de la República o al fiscal de distrito o de sección correspondiente para que tome las medidas disciplinarias correspondientes y ordene la formulación de la petición procedente. El juez lo comunicará, además, obligatoriamente al Consejo del Ministerio Público para lo que proceda conforme la ley.

Si en el plazo máximo de ocho días el fiscal aún no hubiere formulado petición alguna, el juez ordenará la clausura provisional del procedimiento con las consecuencias de ley hasta que lo reactive el Ministerio Público a través de los procedimientos establecidos en este Código. En el caso que se haya dictado una medida sustitutiva, el plazo máximo del procedimiento preparatorio durará seis meses a partir del auto de procesamiento. Mientras no exista vinculación procesal mediante prisión preventiva o medidas sustitutivas, la investigación no estará sujeta a estos plazos”. El Ministerio Público, puede requerir en este sentido, al juez contralor de la investigación lo siguiente:

- El Archivo
- Desestimación
- Falta de Mérito
- Sobreseimiento

- Acusación
- Clausura Provisional
- Procedimiento Abreviado
- Algunas medidas desjudicializadoras

En relación al sobreseimiento, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en las Casaciones Acumuladas Nos. 166-2003 y 170-2003, Sentencia del 08/09/2004: *“el sobreseimiento a favor de un procesado dentro del proceso penal guatemalteco, procede cuando de la investigación realizada surge la certeza que el acusado no ha sido el autor del hecho imputado, o que este hecho no ha existido en realidad, lo cual se encuentra regulado en los artículos 325 y 328 del Código Procesal Penal, por lo que en el presente caso se determina que (...) se variaron las causas en las que procede emitir un sobreseimiento (...) la existencia de un error en el escrito de acusación no es causal suficiente para sobreseer definitivamente el proceso instaurado (...)”* Y en la Casación No. 323-2004 Sentencia del 21/07/2006 que, *“Por lo que al haberse declarado con lugar el mencionado obstáculo el Juez que conoció el proceso al haber, declarado la extinción de la responsabilidad penal y civil debió de oficio sobreseer no obstante no ocurrió, por lo que el procesado solicitó el sobreseimiento conforme la disposición del artículo 296 del Código Procesal Penal”*.

UNIDAD IX MEDIDAS DE COERCIÓN O CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

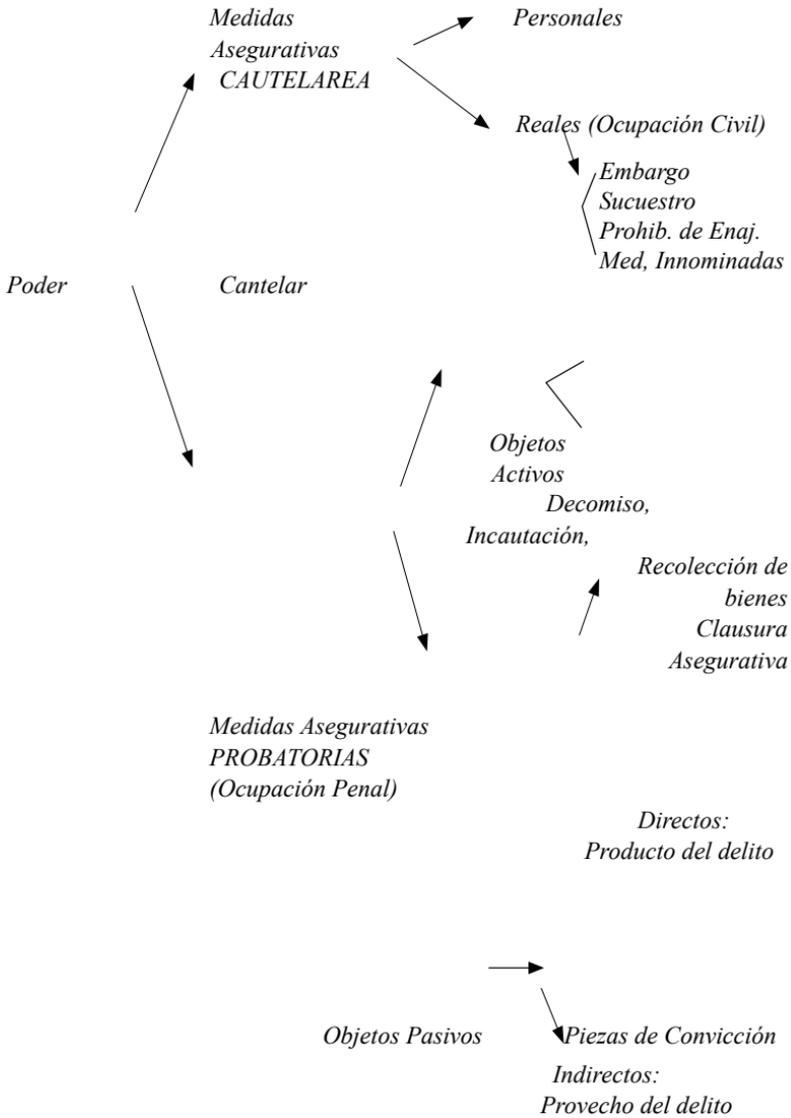
9.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Conviene comenzar la exposición con el concepto vertido en el caso del Expediente Número 537-98, sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 30 de septiembre de 1998 que señala que: *“Por su naturaleza, las medidas de coerción revisten un carácter especial, es decir, son medidas urgentes que no admiten mayor dilación y se dictan sin audiencia previa; en la teoría del proceso se les llama providencias cautelares y tienen por objeto asegurar los resultados del proceso. En nuestro proceso penal la regla básica de las medidas de coerción consiste en la afirmación de que son excepcionales y de carácter cautelar no están, por lo tanto, vinculadas a la culpabilidad o inocencia del procesado y se dictan únicamente con el objeto de resguardar o asegurar los resultados del caso planteado”*.

Autores como BUSTILLOS³⁷⁴ consideran que las medidas cautelares o asegurativas tienen como objetivo: *“1. Evitar que los efectos dañinos derivados del hecho punible se sigan prolongando en el tiempo. 2. Garantizar que el imputado responda civilmente por los daños derivados del delito. En otras palabras, cualquier sujeto responsable penalmente, también lo es en instancias civiles”*.

Gráficamente el autor venezolano las clasifica de esta forma:

³⁷⁴ Bustillos, Lorenzo, *“Medidas de aseguramiento en el proceso penal venezolano”*, www.bibliotecapenal.com



Las resultas del proceso penal no pudieran garantizarse si el Estado confiara plenamente en la buena fe de los sujetos procesales implicados durante la etapa preparatoria. La concurrencia del imputado y de los medios de prueba al debate, puede verse limitada o imposibilitada si ambos desaparecen a pesar de haber sido ligado a proceso o ser incorporados a las actuaciones. De otra parte, para garantizar el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito, puede ser necesario que se aseguren bienes del imputado o del tercero civilmente demandado preventivamente hasta la ejecución de la acción reparadora.

Por ello, las medidas de coerción preventiva pueden afectar a la libertad y propiedad del imputado, principalmente.

9.2. FALTA DE MÉRITO

La falta de mérito es la resolución provisional que dicta el juez contralor de la investigación cuando estima como consecuencia de la audiencia de imputación, que no existen los requisitos para dictar auto de prisión preventiva³⁷⁵. La ley deja abierta la posibilidad de que se dicte una medida sustitutiva en caso de peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

Se ha señalado la situación en que queda el imputado al que se le dicta falta de mérito, pues de la redacción legal, aun cuando no se encuentre vinculada al proceso mediante auto de procesamiento, puede aplicársele una medida sustitutiva y la persecución penal no queda extendida, sino que en cualquier momento posterior el Ministerio Público puede plantear una nueva sindicación cuando disponga de nuevos elementos de prueba.

En síntesis, la figura de la falta de mérito cuando no se dicte una medida de coerción, quedando en libertad el imputado, puede superarse aplicando el plazo de tres meses regulado en el artículo 323 CPP, y el artículo 324 bis (por analogía favorable) pasado el cual el Ministerio Público está obligado a formular acusación o solicitar el sobreseimiento³⁷⁶, previo auto de procesamiento y audiencia de imputación, pues de lo contrario el imputado no quedaría ligado a proceso.

³⁷⁵ Art. 272 CPP.

³⁷⁶ En todo caso se requiere una reforma.

El MANUAL DEL JUEZ señala que si no existen elementos para dictar auto de procesamiento, debe dictarse directamente desestimación: “*ya que si faltan medios de investigación que puedan sostener la imputación no se puede proceder penalmente*”³⁷⁷.

9.3. PRISIÓN PREVENTIVA

VÉLEZ MARICONDE, defi ne prisión provisional como: “*Estado de privación de la libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la substanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad, a fi n de asegurar la actuación efectiva de la ley penal*”.

En el decreto de la prisión preventiva es preciso considerar una serie de principios procesales³⁷⁸:

- Excepcionalidad, en virtud del derecho de defensa y presunción de inocencia.
- Proporcionalidad, a la pena o medida de seguridad esperada. Las medidas cautelares no pueden ser más gravosas que la propia pena.
- Subsidiariedad, el juez sólo puede escoger la prisión preventiva cuando sea más idónea que las medidas sustitutivas o la falta de mérito en el caso concreto.
- Jurisdiccionalidad en el control de su ejecución, puesto que en la práctica se trata de un anticipo de la pena.
- Necesidad, tomando en cuenta el principio acusatorio y no inquisitivo del actual proceso penal. En ese sentido, el artículo 259 CPP, siguiendo la previsión constitucional, requiere de la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en él, de ahí lo necesario del auto de procesamiento acordado, siguiendo las normas del debido proceso.

³⁷⁷ MANUAL DEL JUEZ, 2000, Guatemala, p. 60.

³⁷⁸ MANUAL DEL JUEZ, pp. 58 y 59.

Respecto al problema de la duración ha llevado a la jurisprudencia a determinar el concepto de plazo razonable. En ese sentido, la duración de la prisión preventiva se encuentra limitada por las siguientes normas procesales:

- La fijación del plazo razonable para la investigación en forma contradictoria en la audiencia de sindicación (art. 82. 6 CPP).
- La suspensión de la persecución penal hace cesar las medidas de coerción ordenadas con anterioridad.
- Las causales de cesación del encarcelamiento preventivo son las previstas en el artículo 268 CPP.

Por último y en relación a la necesidad de la medida de coerción, es preciso referirse al problema de los delitos “*inexcarcelables*³⁷⁹”, es decir, aquellos, sobre los cuales no procede aplicar medida sustitutiva y que dejan al imputado en prisión preventiva.

9.4. MEDIDAS SUSTITUTIVAS

Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva serán dictadas cuando el juez considere que sean necesarias, proporcionales al daño causado, teniendo carácter excepcional (simple promesa del imputado de someterse al procedimiento³⁸⁰).

Las medidas que contempla la legislación son las siguientes:

- El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fijó el tribunal.

³⁷⁹ Art. 264 CPP profusamente reformado para ampliar los delitos *inexcarcelables*.

³⁸⁰ Art. 264 CPP.

- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

Asimismo el 264 Bis establece lo relativo al arresto domiciliario en hechos de tránsito.

En el Expediente Número 929-96 Gaceta Jurisprudencial No. 43, de Inconstitucionalidades Generales, se pretendía dejar sin vigencia los artículos 4o., 5o., 16, 17, 18, 19, 21, 22 y 23 del Decreto 32-96 del Congreso de la República que contiene reformas al Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso, citando para ello como violadas y de parámetro para esta acción los artículos 1o., 2o., 4o., 6o., 7o., 8o., 9o., 11, 12, 13, 14, 17, 22, 44, 46, 203, 204, 205 y 251 de la Constitución que establecen lo relativo a la protección de la persona, los deberes del Estado, al derecho de igualdad, la detención legal, la notificación de la causa de detención, los derechos del detenido, el interrogatorio a detenidos o presos, la detención por faltas o infracciones, el derecho de defensa, los motivos para dictar auto de prisión, la presunción de inocencia y publicidad del proceso, el principio que establece que no hay delito ni pena sin ley anterior, los antecedentes penales y policiales, los derechos inherentes a la persona humana, la preeminencia del Derecho Internacional, la independencia del Organismo Judicial y la potestad de juzgar, las condiciones esenciales de la administración de justicia, las garantías del Organismo Judicial y lo relativo al Ministerio Público; así como los artículos 5o., 7o., 8o., y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto la Corte argumentó:

“Para declarar si procede o no la inconstitucionalidad planteada debe hacerse un análisis particularizado de cada una de las disposiciones constitucionales que a juicio del accionante se han violado, procediéndose en el presente caso de la forma siguiente: A) La conversión es la facultad que se confiere al Ministerio Público, a pedido del agraviado, para transformar en privada una acción pública derivada de hechos delictivos que producen un bajo impacto social, o en los que puede considerarse que el pago de los daños y perjuicios es suficiente. El propósito esencial es hacer del agraviado el protagonista real de la acción que se encamina a la restauración del orden social afectado. La transformación puede producirse

por la duda del agraviado con respecto a que la fi scalía asuma con el empeño deseado la persecución de un delito en el que el principal perjudicado es él. Al realizar el análisis comparativo en relación a si el artículo 4o. del Decreto 32-96 que reformó el inciso 3) del artículo 26 del Código Procesal Penal, transgrede los artículos 1o., y 2o. de la Constitución; debe decirse que las normas Constitucionales enunciadas no tienen vinculación alguna con lo preceptuado en el artículo 26 del Código Procesal Penal ya que no aluden al instituto de la conversión; por el contrario dichas normas son orientadoras de las fi nalidades que persigue el Estado y tampoco viola el artículo 4o. de nuestra Carta Magna, pues no afecta el principio de libertad e igualdad consagrado en el mismo. B) En cuanto a que el artículo 5o. de las reformas aludidas viola los artículos 6o. 9o. y 203 constitucionales, es evidente que tal violación es inexistente, pues de conformidad con lo preceptuado por el artículo 6o. citado, todo detenido deberá ser puesto a disposición de autoridad competente dentro de un plazo que no exceda de seis horas y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad. A este respecto la norma impugnada, acertadamente dispone que en los lugares donde no hubiere juzgado de primera instancia o éste se encuentre cerrado por cuestiones de horario o alguna otra causa, conocerán a prevención los jueces de paz y éstos practicarán las diligencias urgentes y oirán a los detenidos dentro del plazo que ordena la Constitución; o sea, que en estos casos, las autoridades policíacas deben poner a disposición de un juez de paz a los detenidos a efecto de que tome la primera declaración y haga saber el motivo de la detención. En relación del artículo 9o. constitucional atribuida por el accionante al artículo 5o. del Decreto 32-96 que reforma el 44 del Código Procesal Penal, esta Corte reconoce como valedera la argumentación que al respecto formula la Corte Suprema de Justicia al expresar que "No existe en nuestro texto constitucional ni en ningún tratado sobre derechos humanos suscrito por Guatemala ninguna norma que mande expresamente que el juez de paz deba resolver la situación de una persona detenida, ni tampoco existe plazo predeterminado para ello. Por tal razón, carece de fundamento la alegación del accionante relativa a que dicha norma es inconstitucional, y la mera circunstancia de reservar la facultad para resolver sobre la libertad o detención al juez de primera instancia que controla la instrucción, no signifi ca detención o encarcelamiento arbitrario." Tampoco se evidencia violación al artículo 203 de la Constitución pues el Juez de Paz únicamente dictará, promoverá y ejecutará los actos a los que por ley esté facultado. En cuanto a que las normas referida violan los artículos 7o. y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se realiza análisis comparativo entre unas y otras ya que en casos concretos, corresponde a los jueces, escoger y aplicar las normas de tratados y convenios sobre derechos humanos, cuando los estimen aplicables. C) En relación a que los artículos 16 y 17 impugnados violan las garantías constitucionales a que se refi eren los artículos 12 y 14, se aprecia que su contenido no conculca ni el ejercicio del derecho de defensa ni la publicidad del proceso como se denuncia, pues en el caso en que se agrega un párrafo al artículo 210 del Código Procesal Penal debe interpretarse que cuando el órgano jurisdiccional estime pertinente que se proceda a examinar a un testigo en esas especiales circunstancias se deberá citar a los sujetos procesales con el objeto de que éstos fi scalicen la prueba. En cuanto a los dos párrafos que fueron agregados al artículo 217 del mismo Código, en el primero, si el juez o fi scal lo consideran admisible formalmente, practicarán el acto citando para el efecto a todas las partes, los defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate (el contradictorio); en el segundo, porque constituye una facultad discrecional que la ley otorga tanto a jueces como a fi scales del Ministerio Público para protección de los testigos, pudiendo mantener en

reserva únicamente datos personales, temores de su seguridad, amenazas o intimidaciones, pero no declaración alguna sobre hechos pertinentes del proceso para lo cual no existe reserva. Además, oportunamente el testigo deberá ser examinado, pues su testimonio necesariamente deberá ofrecerse como prueba en el debate, ya que únicamente lo que se produce en esta fase procesal será tenido como prueba en el momento de dictarse sentencia.

D) En cuanto a la impugnación del artículo 18 del Decreto citado, se acusa que viola los artículos 2, 7, 8, 12, 13, 14, 17, 22, 44, 46 y 203 de la Constitución, porque según se afirma, en contradicción a un proceso penal democrático, se condena anticipadamente al imputado de un hecho delictivo, dando lugar a los llamados "reos sin condena", olvidando que sólo la sentencia es la única que puede determinar la culpabilidad del imputado; se considera al sindicado responsable penalmente sin vencerle en juicio previo. Esta Corte advierte que la prisión preventiva o provisional es una medida cautelar dentro del proceso penal cuya finalidad esencial es asegurar la presencia del imputado durante el proceso. Una necesidad de mayor aseguramiento personal y real se hace imperativa en los procesos incoados por delitos de mayor gravedad e impacto social. Consecuentemente, las denominadas medidas sustitutivas constituyen una excepción a la prisión preventiva y, a la vez, un beneficio para el procesado, las que deben estar sujetas a condicionamientos legales, porque en cada proceso los imputados se encuentran en condiciones diferentes, y por ende, deben ser sujetos de diferente trato. De lo anterior, se colige que, decretar prisión preventiva en contra de alguien no es violentar la presunción de inocencia sino aplicarle una medida cautelar pues su eventual condena sólo podrá derivar de una sentencia. La regulación que prohíbe otorgar medidas sustitutivas para delitos más graves o de impacto social tampoco infringe la presunción de inocencia, pues no se emite un juicio de condena previa, ni se viola el derecho al debido proceso ya que se dejan a disposición del imputado todas las etapas, potestad de probanza y recursos dentro del mismo. En consecuencia, no se produce ninguna transgresión a los artículos 12 y 14 de la Constitución. En relación a las otras normas constitucionales citadas no se hace ningún estudio comparativo, porque el interponente no expuso en forma precisa tesis alguna de las razones por las cuales estima que contravienen las restantes normas citadas. Con respecto a los artículos 5, 8, 19 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se hace, por las razones expresadas anteriormente, estudio comparativo.

E) Se impugna también de inconstitucional el artículo 19 del cuerpo legal ya puntualizado, el que se estima que viola los preceptos 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 17 y 203 de la Constitución, porque al asignársele jurisdicción a un notario, o a un jefe policiaco para otorgar un arresto domiciliario se les está asignando una función de juzgar que sólo corresponde a los jueces competentes, constituyendo la aprehensión en una detención, la cual es una medida de coerción no autorizada por el procedimiento penal. Efectuado el estudio comparativo correspondiente, esta Corte considera que el artículo 264 del Código Procesal Penal, como regla general, prevé que las medidas sustitutivas deben ser aplicadas por juez competente, las cuales están dirigidas fundamentalmente hacia los delitos dolosos; y la adición que genera el artículo 19 impugnado es una alternativa para los hechos culposos, que por ser de menor gravedad y por ende, de menor peligro de obstaculización de la verdad y fuga del imputado, requieren de mayor facilidad de aplicación de la medida sustitutiva por excelencia para esos hechos: el arresto domiciliario. De ahí que la norma atacada señala que dicha medida podrá constituirse mediante acta levantada por notario, juez de paz o por el propio jefe de policía, como una forma rápida de evitar la prisión por hechos de tránsito, previéndose incluso, la posibilidad de requerir la presencia de un fiscal del Ministerio

Público como responsable de la fase de investigación preliminar, y que al recibir los antecedentes el juez correspondiente examinará y revisará todo lo actuado.

*Aplicar la medida de arresto domiciliario es facultad que estuvo por años en el antiguo Código Procesal Penal. Y la misma no constituye acto jurisdiccional, pues todo lo actuado en la fase preliminar son actos de investigación y preparatorios para el eventual juicio penal. La función de juzgamiento se inicia con el período intermedio ante el juez respectivo y se matiza con más preeminencia en la fase del juicio. En consecuencia, la norma atacada no viola ningún precepto Constitucional de los citados por el interponente, con respecto a los cuales tampoco expuso razones para considerar vulnerados cada uno de los artículos citados, lo que no permite una adecuada contrastación. F) En relación a determinar si el artículo 21 de las reformas impugnadas viola los artículos 203, 204, 205 y 251 de la Constitución se estima que no se da tal situación, ya que la reforma únicamente señala el lugar en que se encontrará el original del expediente, sin limitar ni restringir al Ministerio Público el acceso al mismo como parte dentro de las incidencias del proceso. No se afecta la función investigadora de tal Institución, que la puede efectuar, con originales o con copias, ni se limita su independencia, pues la tenencia o no de originales en nada puede condicionarla. G) Al analizar si el artículo 22 de las reformas al Código Procesal Penal viola los artículos 13, 14 y 203 de la Constitución se establece que se da violación a la independencia e imparcialidad con que deben actuar los jueces, pues el juez de la causa, de conformidad con el artículo impugnado, no podrá dictar auto de procesamiento si no es a requerimiento del *fi scal*, por lo que procede declarar la inconstitucionalidad de la frase que dice “con base en el requerimiento del *fi scal*”, tal frase se contrapone al artículo 203 Constitucional, limitando la función de control jurisdiccional en la fase preparatoria. H) Finalmente, argumenta el postulante que el artículo 23 de las reformas al Código Procesal Penal viola los artículos 12, 203, 251 de la Constitución al no precisar el momento en que inicia a correr el plazo para la duración del procedimiento preparatorio. Luego del análisis correspondiente, esta Corte concluye que no existe la violación denunciada pues se sobreentiende que no puede iniciarse el procedimiento preparatorio sin que se haya emitido el auto de procesamiento o sea que, es a partir de la fecha de emitido el mismo que empieza a computarse el plazo de tres meses que establece la reforma impugnada. No se hace pronunciamiento con respecto a la violación por parte del artículo impugnado a los citados artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referidos por el accionante por los motivos ya relacionados precedentemente. Por las razones consideradas la acción de inconstitucionalidad intentada contra el Decreto 32-96 del Congreso de la República, que reformó el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 de dicho Congreso deberá declararse sin lugar en lo que respecta a los artículos 4, 5, 16, 17, 18, 19, 21 y 23; y con lugar en cuanto al artículo 22 en la frase que dice “con base en el requerimiento del *fi scal*”, emitiéndose para el efecto el pronunciamiento legal correspondiente”.*

9.5. EMBARGO PREVENTIVO

Las medidas cautelares son medidas de coerción real prevista para asegurar el cumplimiento de la responsabilidad civil derivadas del delito, del pago de la pena de multa y de las costas procesales. En ese sentido, pueden ser solicitadas de la siguiente forma:

- a) Por las partes acusadoras, de conformidad con el artículo 278 CPP para garantizar la multa, reparación y costas.
- b) Por las partes acusadas o demandadas civilmente, conforme al artículo 280 CPP cuando el querellante sea extranjero o transeúnte, para el aseguramiento de las costas, daños y perjuicios. Esto es independiente de las medidas de coerción personal, que se pudieran haber solicitado: arraigo en defecto de prisión preventiva.

La solicitud de ejecución de cada una de las medidas cautelares tiene su propio procedimiento, pues no puede ser lo mismo el anotar la demanda en el Registro de la Propiedad que el practicar el embargo o ejecutar la intervención, pero en el Código Procesal Civil y Mercantil se establece un procedimiento único para la adopción de todas las medidas³⁸¹.

Con carácter doctrinal, las medidas cautelares, al menos deben contener los siguientes fundamentos.

a) *El peligro en el retardo* (Periculum in mora).

“El peligro que constituye el fundamento de la medida cautelar, no es otra que la demora, la tardanza que requiere un proceso hasta su terminación; este es el llamado periculum in mora”.³⁸²

“El periculum in mora debe ser observado por el juez al decretar la cautela, primero en cuanto a su magnitud para así también limitar la medida en forma proporcional al peligro que representa, para imponerle al solicitante del embargo la caución que actúe como contracautela en casos de no reconocerse el derecho en la sentencia futura”.³⁸³ El peligro en la mora constituye la base de las medidas cautelares, no es pues el peligro de daño genérico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria sino que es específicamente el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitablemente causa de la lentitud del procedimiento ordinario.

³⁸¹ Art. 278 CPP. Siguen este procedimiento, el embargo de bienes para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, ejecución y tercerías. En el caso de delitos tributarios, se siguen los procedimientos previstos en el Código Tributario (art. 170).

³⁸² QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. “*Procesos y Medidas Cautelares*.” 1ra. Edición. Ediciones Librería del Profesional, Colombia. 1985. Pág. 6.

³⁸³ Ídem. Pág. 31.

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

Las medidas cautelares también tienen como finalidad prevenir un daño ya que por su urgencia, si la misma se demora el daño temido, se transformará en daño efectivo.

El peligro se basa sobre la efectiva satisfacción de la pretensión ejercitada en el Proceso Penal y se deriva de la duración de éste por las incidencias en su trámite, que puede ser aprovechada por el demandado para colocarse en una situación tal que la resolución que se dicte sea inútil. De aquí se deriva que en la determinación del peligro exista una inevitable subjetividad, que puede ser paliada pero no suprimida. En efecto, el peligro puede referirse a tan variada diversidad de intereses y provenir de tantos actos relacionados con la persona y los bienes del demandado, realizados incluso por terceros, que la valoración subjetiva del juez no podrá suprimirse; aunque debe aspirarse a que la ley determine los supuestos del peligro pero, en el último caso, el riesgo debe existir según el juicio objetivo de una persona razonable, y esa persona no debe ser otra que el juez.

b) Apariencia de un buen derecho (*Fumus Boni Iuris*). El decretar las medidas cautelares no puede hacerse depender de la certeza sobre la existencia del derecho subjetivo alegado por el actor en el proceso principal; sería absurdo por imposible, pues el proceso principal al que sirve el cautelar, carecería entonces de razón de ser. Desde el principio contrario, el decretar las medidas no puede hacerse ante la mera solicitud del actor que ha iniciado un proceso principal; es necesario que el derecho alegado por éste ofrezca indicios de probabilidad de que el actor ha iniciado el proceso con seriedad y que exista al menos una apariencia de un buen derecho.

Las medidas cautelares reales son renovables, rectificables o revocables por su naturaleza temporal e instrumental. Sin embargo, la suspensión de la persecución penal en la etapa preparatoria no hace cesar necesariamente las

medidas dictadas pues estas únicamente se revocarían cuando se dictara sobreseimiento o sentencia absolutoria.

9.6. ENTREGA DE COSAS Y SECUESTRO

Las cosas y documentos relacionados con el delito o que puedan ser de importancia para la investigación y lo sujeto a comiso deben ser conservados y depositados hasta el momento del debate, observando las reglas de la cadena de custodia e inventario en el Almacén Judicial³⁸⁴. Para el efecto se requiere una orden de secuestro judicial³⁸⁵ cuando los objetos sean comisados, deban ser formalmente restituidos o embargados.

Cuando las cosas y documentos no se sometan a secuestro judicial serán devueltas tan pronto como sea posible³⁸⁶. En el caso de los vehículos, se devolverán al propietario, después de que se hayan practicado las diligencias pertinentes sobre ellos, tales como levantamiento de huellas dactilares, toma de muestras biológicas o químicas, foto o videograbación, comprobación de numeraciones o marcas en el chasis u otras partes del vehículo. Si existiera duda sobre la tenencia, posesión o dominio, se planteará un incidente por el interesado³⁸⁷.

9.7. MEDIDAS DE COERCIÓN ESPECÍFICAS CONFORME A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

El art. 73 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada permite la utilización de las siguientes medidas precautorias en contra de las personas perseguidas pertenecientes a grupos delictivos organizados: arraigo, secuestro y embargo de bienes, inmovilización de cuentas bancarias y bienes inmuebles, secuestro de libros y registros contables, suspensión de patentes y permisos, medidas cautelares de bienes susceptibles de comiso, como la incautación y ocupación.

La medida no puede exceder de un año (art. 84), la fi scalía debe acompañar los elementos de convicción que justifi quen el éxito de la investigación. El

³⁸⁴ Art. 201 CPP.

³⁸⁵ Art. 200 CPP.

³⁸⁶ Art. 202 CPP.

³⁸⁷ Art. 202 CPP párrafo segundo. CPP.

juez contralor (de mayor riesgo) se pronunciará inmediatamente mediante resolución motivada acerca de la procedencia o improcedencia o la convalidación de la medida. Si no lo convalida el juez deberá dejar sin efecto lo actuado por la fi scalia, ordenando la prohibición de utilizar la información obtenida en el proceso penal.

UNIDAD X EL PROCEDIMIENTO INTERMEDIO

10.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La etapa intermedia³⁸⁸ tiene como objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo (acusación) o para verificar la fundamentación de las otras solicitudes del Ministerio Público en relación con la conclusión anormal del proceso⁴²⁷.

Respecto de la acusación, y por su importancia para la sentencia, por el principio de congruencia y acusatorio, la unidad de litigio del Ministerio Público, deberá formular su libelo de acusación ajustado al artículo 332 Bis del Código Procesal Penal. En la acusación se sintetiza la recolección de información obtenida en la fase de investigación; se debe tener la prudencia en adecuar los hechos de conformidad con la descripción del tipo en que pueda subsumirse, más las circunstancias atenuantes y agravantes que puedan concurrir; sin obviar lo contextualizado en los artículos 10, 19 y 20 del Código Penal.

El siguiente cuadro refleja las actitudes de los sujetos procesales en dicha audiencia:

Acusado (art. 336 CPP)	Querellante (Art. 337 CPP)	Tercero civilmente demandado (art. 338 CPP)
-------------------------------	-----------------------------------	--

³⁸⁸ Se denomina intermedio, porque se celebra entre la etapa preparatoria y el juicio oral. 427 Art. 332.2 CPP.

<p>1) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección.</p> <p>2) Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil previstas en este Código.</p> <p>3) Formular objeciones contra el requerimiento del Ministerio Público, instando inclusive el sobreseimiento, la clausura o el archivo.</p> <p>4) Requerir que el juez practique los medios de investigación omitidos, manifiestamente pertinentes y propuestos que sean decisivos para rechazar el requerimiento de apertura del juicio o conduzcan directamente al sobreseimiento.</p>	<p>1) Adherir a la acusación del Ministerio Público, exponiendo sus propios fundamentos, o manifestar que no acusará.</p> <p>2) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección.</p> <p>3) Objetar la acusación porque omite algún imputado, o algún hecho o circunstancia de interés para la decisión penal, requiriendo su ampliación o corrección.</p> <p>4) Objetar el pedido de sobreseimiento o clausura.</p> <p>5) Requerir que el juez practique los medios de investigación omitidos, manifiestamente pertinentes y propuestos que sean decisivos para provocar la apertura del juicio.</p>	<p>1) Renovar las solicitudes de constitución que hayan sido rechazadas, durante el procedimiento preparatorio.</p> <p>2) Concretar detalladamente los daños emergentes del delito cuya reparación pretende.</p> <p>3) Indicará también, cuando sea posible, el importe aproximado de la indemnización o la forma de establecerla.</p>
--	--	--

Fuente: Elaboración propia.

La audiencia intermedia tiene como objeto la discusión sobre los hechos planteados y la probabilidad de que puedan ser demostrados en debate. Terminada la audiencia, el juez decidirá sobre la apertura a juicio, o en caso contrario, el sobreseimiento, clausura provisional o archivo⁴²⁸. En el primer caso, se materializa en el auto de apertura a juicio⁴²⁹.

428 Art. 341 CPP.

429 Art. 342 CPP La resolución por la cual el juez decide admitir la acusación y abrir a juicio deberá contener:

- 1) La designación del tribunal competente para el juicio.
- 2) Las modificaciones con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ella.
- 3) La designación concreta de los hechos por los que no se abre el juicio, cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez sólo la admite parcialmente.
- 4) Las modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparte de la acusación.

Conviene estudiar el Expediente Número 376-2010, sentencia de 29 de abril de 2010, en la que la Corte de Constitucionalidad argumentó en relación a que se revisó la denegatoria de apertura a juicio en un caso de instancia:

“E) Sentencia de primer grado: la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejjuicio, consideró: “...Previo a analizar el fondo de la pretensión del interponente se hace necesario hacer una breve mención de la estructuración del proceso penal. El proceso penal regulado en nuestro Código Procesal Penal se integra por varias etapas o fases procesales, para los efectos del presente fallo no se describirán todas sino únicamente las atinentes, siendo éstas: la etapa preparatoria o de investigación, la etapa intermedia y el juicio, la importancia de establecer la etapa en la cual se dictó la resolución originaria de la presente acción constitucional radica en determinar el medio de impugnación idóneo que debió utilizarse. La solicitud de revisión de medida de coerción de prisión preventiva fue presentada posteriormente a haber sido formulada la acusación y decretada la apertura a juicio, es decir, luego de haber concluido la etapa intermedia del proceso penal, y de haber recibido las actuaciones el tribunal sentenciador, dando así inicio a la etapa de juicio, para el efecto es necesario determinar que la misma se integra por dos momentos procesales: la preparación del debate y el debate, de lo cual se concluye que el momento procesal en el cual se verificó la resolución que denegó la revisión de medida de coerción personal fue en la etapa de juicio. Es así como el artículo 398 del Código Procesal Penal establece ‘Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos...’ lo anterior constituye lo que doctrinariamente es conocido como la impugnabilidad objetiva, es decir, aquellas resoluciones que por mandato legal pueden ser impugnadas por los medios expresamente regulados por la ley, en el caso que se analiza el interponente empleó el recurso de apelación contenido en el artículo 404 del Código Procesal Penal, fundamentándose en los incisos 9) y 10), pero para el efecto es necesario estar al tenor del artículo 403 de la ley citada que establece ‘Las resoluciones emitidas durante el trámite del juicio podrán ser recurridas por las partes tan sólo mediante su reposición...’, es así como el medio de impugnación idóneo a interponer lo era el recurso de reposición y no el de apelación, por imperativo legal al ser el medio de impugnación previsto por el legislador para esta etapa procesal, no debiendo confundirse con lo relativo al recurso de reposición contenido en el artículo 402 del Código Procesal Penal, pues si bien ambos tienen por objeto realizar un nuevo análisis sobre la resolución proferida, el planteamiento varía atendiendo a la etapa procesal en la cual se encuentra la causa que se juzga, así como el modo y tiempo para su interposición, por lo anterior la tesis sustentada por el interponente no puede ser acogida. Lo anterior permite establecer que el razonamiento expuesto por la autoridad impugnada al emitir el acto reclamado se encuentra ajustado a derecho y fue dictado en el ejercicio de su facultad jurisdiccional, específicamente la contenida en el artículo 414 del Código Procesal Penal, pues al no ser el recurso de queja por ser

improcedente el mismo, de lo anterior no se observa la existencia de conculcación alguna a los derechos expuestos por el solicitante, por lo cual la acción de amparo es notoriamente improcedente como deberá ser declarado junto con los demás pronunciamientos de ley... ”

Y resolvió: “...I) DENIEGA el amparo solicitado por BAYRON ROBERTO YANTUCHE MORALES, y en consecuencia: a) no se condena en costas al solicitante, por lo considerado; b) impone la multa de mil quetzales al abogado patrocinante Ricardo Alfredo Grijalva Rodríguez, quien deberá hacerla efectiva en la Tesorería de la Corte de Constitucionalidad, dentro de los cinco días siguientes a partir de estar firme este fallo, cuyo cobro en caso de incumplimiento se hará por la vía legal correspondiente; c) oportunamente, remítase a la Corte de Constitucionalidad copia certifi cada del presente fallo... ”. (...)

–III–

Al realizar un análisis de los antecedentes directos del acto reclamado, se aprecia que el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Mixco, departamento de Guatemala, luego de elevadas las actuaciones del proceso penal subyacente, como consecuencia de la apertura a juicio y admisión de la acusación, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto de apertura a juicio, lo rechazó liminarmente por inidóneo; ante tal circunstancia el ahora amparista interpuso queja ante el órgano jurisdiccional superior, indicando la Sala de Apelaciones respectiva – autoridad impugnada– en el acto reclamado, que el auto de apertura a juicio no era susceptible de ser impugnado por apelación, porque no encuadraba en los supuestos establecidos en el artículo 404 del Código Procesal Penal.

Resulta imperativo para este Tribunal referir que la etapa intermedia es de naturaleza crítica, cuya función es la de evaluar y decidir judicialmente sobre las conclusiones planteadas por el Ministerio Público con motivo de la investigación preparatoria. La fase intermedia no es para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado, razón por la que no se valora prueba conforme a los principios de la sana crítica razonada, pues su objetivo es permitir al juez una evaluación respecto de si el hecho imputado fue posiblemente cometido por el procesado.

Corresponde al juez, por lo tanto, controlar la validez formal, la seriedad material y la procedencia del requerimiento del ente investigador; dicha fase conlleva: *i)* el asegurar la posibilidad a las partes de oponer obstáculos de forma o fondo al requerimiento del Ministerio Público; *ii)* fijar el hecho por el que se enjuiciará al posible imputado y determinar el sujeto al que se le atribuye; y *iii)* cumplir la obligación de informar al sindicado del hecho por el que se pide que sea juzgado y que conozca las pruebas recabadas en su contra. La acusación es el escrito por el que el ente investigador en ejercicio de la acción penal pública, presenta y fundamenta la pretensión punitiva contra una persona en particular a la que le atribuye la comisión de un hecho delictivo.

Debido al sistema acusatorio, el juzgador no puede asumir el papel de las partes en el proceso, su función es únicamente, garantizar el cumplimiento de los preceptos constitucionales y de las formas procesales, impidiendo de manera tácita la valoración de prueba, facultándolo únicamente para hacer mención de los medios de investigación utilizados. La fase intermedia no está concebida para impedir o evitar el juicio, sino para calificar objetivamente su viabilidad.

El artículo 332 del Código Procesal Penal, en su último párrafo, establece que dicha etapa tiene por objeto que el juez determine si hay fundamento o no para abrir a juicio en contra de una persona y la probabilidad de su participación en el hecho antijurídico. Lo que permite acotar que, la autoridad no está de forma alguna obligada a emitir juicios de valor respecto a los medios de investigación aportados por el Ministerio Público. Se desarrolla en audiencia, en la que las partes pueden pronunciarse sobre lo manifestado por el ente investigador. Es por dicha razón que el auto que resuelve abrir a juicio no es impugnabile por reposición, debido a que tal recurso procede únicamente cuando no ha existido audiencia a las partes.

Por su parte conforme lo preceptúa el artículo 404 del Código Procesal Penal: “Son apelables los autos dictados por los jueces de primera instancia” es decir que no habilita el planteamiento contra lo resuelto por Tribunales de Sentencia; por su parte el numeral 10) indica: “Los que denieguen o restrinjan la libertad...” El artículo antes referido, establece la viabilidad del recurso de apelación siempre que se promueve contra los autos que restrinjan la libertad de una persona, supuesto en el que no se encuentra el auto de apertura a juicio pues este se refiere a la admisión de la acusación y su conocimiento ulterior por un tribunal de sentencia; por ello la resolución por la que el órgano jurisdiccional competente dispone la apertura a juicio contra una persona y la admisión de la acusación no es impugnabile por medio de la apelación.

Al tenor de las normas jurídicas precitadas y en concordancia con lo anterior, se advierte que la resolución de dieciséis de abril de dos mil nueve, dictada por la autoridad impugnada, que declaró sin lugar la queja instada por el postulante, fue emitida conforme a derecho al no estar catalogada como un auto susceptible de ser impugnado por apelación; lo que evidencia que su actuación no vulneró los derechos de petición, defensa, así como al principio jurídico del debido proceso”.

Posteriormente, se celebrará una segunda audiencia denominada de “*ofrecimiento de prueba*”, en la que cada sujeto procesal propondrá al juez de primera instancia sus medios de prueba, individualizando cada uno y señalando los hechos sobre los cuales serán examinados en el debate. Se refiere a los órganos de prueba. En el caso de los otros medios de prueba, se identificarán adecuadamente, indicando la forma de diligenciamiento y el hecho o circunstancia que se pretende probar. El juez resolverá admitiendo la prueba pertinente o rechazando la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal. En el mismo acto, citará a juicio oral a los sujetos procesales, remitiendo las actuaciones, la documentación y los objetos secuestrados a la sede del tribunal competente para el juicio, poniendo a su disposición a los acusados³⁸⁹.

El Decreto Número 18-2010 del Congreso de la República estructura la etapa intermedia a través del sistema de audiencias, en las que los sujetos

³⁸⁹ Arts. 344 y 345 CPP.

procesales plantearán sus requerimientos en forma oral, y el juzgador resolverá la situación procesal del imputado de igual forma.

La estructura de las audiencias permite el ejercicio del contradictorio, la inmediación y la igualdad entre los sujetos.

10.2. AUDIENCIA DE ACUSACIÓN

La etapa intermedia tiene como objeto evaluar si existe fundamento para someter a una persona a juicio oral y público. Se trata de una garantía para el procesado, y se basa en la valoración que el juez contralor haga de los elementos de investigación de cargo o descargo que la fiscalía haya obtenido en la etapa preparatoria. El juzgador en esta fase puede admitir la acusación y apertura del juicio, o bien, puede clausurar, archivar o sobreeser el proceso, inclusive aplicar un criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal³⁹⁰.

La acusación es *“el cargo o conjunto de cargos formulados por el Ministerio Público o el acusador privado contra la persona o personas determinadas, o sea, que acusación es el acto por el cual se ejercita la acción penal pública o privada para pedir a los tribunales el castigo por el delito cometido”*³⁹¹.

El contenido de la acusación escrita debe ajustarse a lo prescrito en el art. 332 bis CPP.

La acusación sólo es posible formularla por el fiscal cuando *“la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado”*, es decir, existen elementos de prueba sólidos y suficientes.

El artículo 340 CPP desarrolla el curso de la audiencia oral del procedimiento intermedio:

“Al día siguiente de recibida la acusación del Ministerio Público, el juez señalará día y hora para la celebración de una audiencia oral, la cual deberá llevarse a cabo en un plazo no menor de diez días ni mayor de quince, con el objeto de decidir la procedencia de la apertura del juicio. Para el efecto, el juez entregará a las partes que así lo soliciten en el juzgado, copia de la acusación y dejará a su disposición en el despacho, las actuaciones y medios de

³⁹⁰ Art. 341 CPP.

³⁹¹ Ibid., p. 11.

investigación aportados por el Ministerio Público para que puedan ser examinados. Si la audiencia no se verifica en la fecha señalada por culpa de un funcionario o empleado administrativo o judicial, se deducirán en su contra las consiguientes responsabilidades penales, civiles y administrativas de conformidad con la ley”.

Posteriormente, los sujetos procesales, tomarán las actitudes descritas en los artículos 336 (acusado) y 337 (querellante)³⁹².

Decretada la apertura a juicio, y practicadas las notificaciones correspondientes, se remitirán las actuaciones, la documentación y los objetos secuestrados a la sede del tribunal competente para el juicio, poniendo a su disposición a los acusados.

Se declarará la clausura provisional del proceso cuando los elementos de investigación resultaren insuficientes para fundamentar la acusación, pero fuere probable que pudieren llegar a ser incorporados nuevos elementos de convicción.

Se requerirá autorización judicial “*cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento, el tribunal, a pedido del Ministerio Público o de otra de las partes, permitirá la reanudación de la investigación”*. Adicionalmente se requiere, que no se halle consumado el plazo de la prescripción y que no hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha en que se decretó la clausura provisional del proceso instruido.

El Ministerio Público planteará la solicitud de reanudación en una audiencia específica ante el juez contralor de la investigación.

Respecto a la preclusión procesal los defectos o vicios en la acusación deben ser formulados en la etapa intermedia (art. 332 bis CPP), según la Sentencia del 12/10/2007, Casación No. 242-2007. En igual sentido, la Casación No. 309-2006, Sentencia del 29/03/2007.

³⁹² Se trata de sanear el escrito de acusación, planteando vicios formales, o inconsistencias en la teoría del caso que se sustenta en la etapa intermedia.

10.3. OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA. RECUSACIONES Y EXCUSAS. PRUEBA ANTICIPADA. REMISIÓN DE ACTUACIONES Y CITACIÓN A JUICIO

La preparación del debate comienza con el ofrecimiento de prueba por los sujetos procesales, actividad que se desarrollará y será calificada por el Juez de Instancia Penal en una audiencia específica. El Decreto Número 18-2010 del Congreso de la República, trasladó la competencia de dicha audiencia al Juzgado de Instancia Penal, tras la apertura a juicio (art. 343 CPP), la cual se desarrollará de la siguiente forma:

- La parte acusadora propondrá sus medios de prueba (se refiere a los sujetos de la prueba), individualizando cada uno, con indicación del nombre del testigo o perito y documento de identidad, y señalando los hechos sobre los cuales serán examinados en el debate.
- Los otros medios de prueba (objetos de prueba), se identificarán, indicando la forma de diligenciamiento y el hecho o circunstancia que se pretende probar.
- La defensa y demás sujetos procesales, ofrecen sus medios de prueba.
- Las partes tomando en consideración los criterios legales de admisión de la prueba propuesta se pronunciarán ante el juzgador.
- El juez resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal.

La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado una serie de recomendaciones de obligado cumplimiento dirigidas inicialmente a los Tribunales de Sentencia³⁹³, y tras la reforma de Decreto Número 18-2010 del Congreso de la República, particularmente a los Jueces de Primera Instancia Penal, en relación al ofrecimiento y admisibilidad de la prueba, con miras a agilizar el posterior debate³⁹⁴. Lo relevante, es que puede considerarse como una disposición interpretativa de los artículos 183 a 186 del Código Procesal Penal.

³⁹³ Con la reforma, el Tribunal de Sentencia, en el fallo puede declarar qué prueba tras el debate no fue finalmente considerada o valorada y por qué.

³⁹⁴ Circular Número PCP-2010-0020 de la Cámara Penal.

En forma precisa menciona y define los siguientes conceptos procesales, lo cual deberá ser tomado en cuenta por todos los sujetos procesales, sobre todo en el momento del ofrecimiento:

Tipo de prueba	Definición
Prueba pertinente	Es aquella que al ser ofrecida por el sujeto procesal se propone para acreditar o desacreditar un hecho controvertido que conforma la imputación de cargos, en consecuencia, los testigos, peritos, documentos y objetos que se refieren a hechos no controvertidos y que no constituyan proposiciones de la imputación de cargos deben ser declarados impertinentes e inadmisibles.
Prueba útil	Es la que de forma directa, insustituible e independiente, acredita un extremo de la proposición fáctica de la imputación de cargos, de tal cuenta que si el hecho que se pretende acreditar con una prueba, puede ser demostrado por una prueba más amplia en su contenido, aquella resulta inútil; también será inútil la prueba que complementa innecesariamente otra prueba, pretenda acreditar un hecho procesal no controvertido o actuación administrativa irrelevante a la imputación de cargos.
Prueba abundante	Es aquella que reitera irracionalmente en la acreditación de hechos ya señalados como objeto de otras pruebas, en el caso particular de testimonios no se debe aceptar más de tres testigos por cada proposición fáctica y que la misma sea independiente a otras, para ello el [Juez] exigirá que los sujetos procesales cumplan con indicar los hechos sobre los cuales serán examinados los testigos en juicio.
Tipo de prueba	Definición
Hechos necesitados de Prueba	<p>a) Hechos relevantes: Son aquellos que confirman la causa de las pretensiones planteadas por los sujetos procesales y que tienen importancia en el momento de verificar los hechos concretos alegados.</p> <p>b) Hechos controvertidos: Son aquellos hechos necesitados de prueba para ser valorados como hechos veraces o acreditados, y han de ser negados o contradichos por la parte contraria a aquella que los aportó al proceso.</p>

<p>Hechos Exentos de Prueba</p>	<p>a) Hechos irrelevantes: Aquellos hechos accesorios, colaterales o argumentativos dirigidos a contextualizar otros hechos jurídicamente relevantes.</p> <p>b) Hechos no controvertidos: Aquellos hechos integrantes de la causa de la pretensión no controvertidos entre las partes porque son admitidos históricamente como reales o veraces, salvo el caso que el acuerdo sobre el hecho fáctico entre las partes pueda perjudicar a tercero.</p> <p>c) Hechos notorios: Pertenecen a la ciencia y al arte, a la vida social, a la historia y en general en el trato social de la gente, tenidos por cierto en un grupo más o menos grande de personas de cultura media.</p> <p>d) Hechos favorecidos por una presunción: Aquellos hechos que se encuentran favorecidos por una presunción.</p>
<p>Documentos</p>	<p>Debe ceñirse estrictamente a los que legalmente se señalan como admisibles, evitando la posible abundancia e impertinencia de los mismos, por ser repetitivos.</p>
<p>Prueba gráfica y audiovisual</p>	<p>Según lo considerado, los croquis, fotografías y videos, constituyen respaldo audiovisual a ser utilizado en el interrogatorio y contrainterrogatorio, salvo que por sí mismos constituyan una prueba directa de los hechos controvertidos; de tal cuenta que quien los haya practicado no debe comparecer como perito.</p>

Desde un punto de vista doctrinario, se concluye que para que un medio de prueba sea admitido debe reunir las siguientes características: relevancia, pertinencia, objetividad, no abundante y legalidad³⁹⁵:

<p>Relevancia</p>	<p>El medio de prueba debe revestir utilidad para lograr certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que se pretende acreditar. También será relevante cuando permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad (como el que se requiere para el procesamiento). Asimismo pueden considerarse relevantes las pruebas tendientes a comprobar una nulidad, una atenuación o algún otro planteamiento defensivo.</p>
-------------------	--

³⁹⁵ Elaborado a partir de Cafferata Nores, José I., "La prueba en el proceso penal", Depalma, Buenos Aires, pp. 13 a 19.

Pertinencia	El medio probatorio tiene que poseer una relación ya sea de índole directa o indirecta con el hecho y/o participación que se pretende probar. La pertinencia de la prueba puede calificarse en dos sentidos: a) objetiva: que la prueba propuesta tenga relación con el tema del debate y en cualquiera de sus aspectos, tanto de hecho como de derecho; b) funcional: que la prueba pueda influir en el resultado final del juicio.
Objetividad	Los elementos de prueba no deben ser frutos del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. El dato debe provenir del mundo externo del proceso de modo tal que pueda ser controlada por las partes.
No abundante	Los medios de prueba no deberán de cargar una abundancia, en el extremo que, se considere más que suficiente otra prueba ya ofrecida. Es decir, lo importante a analizar en este punto no es la cantidad de elementos probatorios presentados, sino que los mismos sean sobreabundantes.
Legalidad	<p>Los motivos fundamentales que evitan la legalidad en los medios de prueba son: la obtención ilegal, y la incorporación irregular. Respecto a la incorporación de la prueba la ley exige que debe hacerse respetando determinadas formalidades que son indispensables para asegurar tanto el derecho de defensa como su veracidad. El artículo 281 CPP establece que la inobservancia de estas formalidades impedirá la valoración de las pruebas obtenidas.</p> <p>En cuanto a la obtención ilegal de medios probatorios debe distinguirse entre: medios probatorios con prohibición absoluta (regla de exclusión), medios probatorios que requieren de autorización judicial (al afectar algún derecho fundamental, para ser válidos requieren la orden del juez competente, caso contrario será ilegal) y medios probatorios obtenidos de otro ilegalmente obtenido en primera instancia (doctrina de los frutos del árbol envenenado).</p>

Como señala el artículo 383 CPP, el Juzgado de Instancia Penal debe resolver en la propia audiencia la prueba admitida a debate y la excluida a debate, y su justificación, ello en relación con las ofrecidas por cada uno de los sujetos procesales.

Formalmente dicha resolución tendrá la consideración de auto. Ha quedado derogada la facultad de incorporar de oficio prueba a través de dicho auto.

Contra dicho auto, en la misma audiencia, podrá interponerse recurso de reposición exponiendo oralmente los motivos fácticos, jurídicos y sobre todo el agravio que se causa, ante el Juez de Instancia, haciéndole ver los posibles defectos en su criterio apreciativo.

En caso, de volver a denegarse un determinado medio de prueba, puede formularse protesta de subsanación, oralmente en la propia audiencia, tras la notificación del auto (también oral e inmediata), de conformidad con el artículo 282 párrafo primero del Código Procesal Penal, indicando el sentido de la resolución (acto adecuado).

En relación con la prueba admitida a debate la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 3 de octubre de 2007 (Expediente Número 2530-2005) manifestó (se rechazó el polígrafo como medio de prueba), la cual podemos interpretar *mutatis mutandi* al Juzgado de Primera Instancia Penal contralor de la investigación:

“III. Esta Corte, en sentencia de catorce de febrero de dos mil siete, dictada dentro del expediente dos mil trescientos cuarenta y ocho – dos mil seis (2348-2006), apartándose de la jurisprudencia anterior, consideró que la resolución que decide el recurso de reposición interpuesto contra la decisión del Tribunal de Sentencia que admite o rechaza los medios de prueba propuestos por las partes dentro de la audiencia que, en la fase preparatoria del debate y de conformidad con lo establecido en el artículo 347 del Código Procesal Penal, se les concede por el plazo de ocho días, adquiere el carácter de definitiva, sin que sea exigible el agotamiento del recurso de apelación especial, ya que resultaría incongruente pretender que luego de resuelto el recurso de reposición relacionado, el sujeto procesal que se vea afectado deba esperar a que se dicte una sentencia –de la cual aún no se sabe el sentido con que se pronunciará–, para hacer ver el agravio que produce la admisión o el rechazo de un medio probatorio que pudiera variar el resultado de dicho fallo y tomando en cuenta que mediante la apelación especial se discuten los puntos expresamente impugnados que contiene la sentencia, por lo que no se podría discutir sobre la admisión o no de un medio de prueba puesto que, de conformidad al principio de preclusión procesal, este asunto fue discutido en la fase de admisión de las pruebas (etapa de preparación del debate).

Por la razón anterior, al no ser exigible el agotamiento del recurso de apelación especial para el cumplimiento del presupuesto de definitividad que debe caracterizar al acto de autoridad que se reclama en la vía del amparo, es viable conocer del fondo de la pretensión del amparista.

Al proceder al estudio respectivo, se estima pertinente señalar que el proceso penal, de conformidad con los principios constitucionales que lo informan, se funda en el respeto absoluto de los derechos inherentes al individuo, dentro de los cuales el debido proceso constituye uno de los pilares de trascendental importancia, cuya observancia redundará en la emisión de un fallo legal y justo. En ese orden de ideas, la actividad probatoria determina la incorporación de los elementos que permitirán al Juez concluir en el acreditamiento o no de

los supuestos de hecho introducidos en la contienda y su consecuente subsunción en la norma jurídica. Únicamente sobre la base de las conclusiones surgidas a raíz de la valoración de los distintos medios de prueba incorporados al proceso, podrá el Juez comprobar la plataforma fáctica contenida en la acusación, deduciendo la responsabilidad del acusado y la posibilidad de imponer la pena establecida en la ley sustantiva.

De esa cuenta, el derecho al debido proceso conlleva la garantía reconocida a las partes de que, durante la dilación de la causa, tendrán la oportunidad de proponer sus respectivos medios de prueba, los que, de cumplir con los requisitos contemplados en el ordenamiento procesal –legalidad, pertinencia, idoneidad, utilidad y no abundancia–, serán diligenciados en la etapa oportuna y, obligatoriamente, apreciados en el fallo que ponga fin al conflicto ventilado ante el órgano jurisdiccional. En congruencia con el derecho al debido proceso, las partes ostentan la facultad de controlar la prueba propuesta por el adversario (lo que resulta factible en el desarrollo del juicio oral y público), de forma que se garantice la igualdad procesal y el contradictorio, que refiere, además, la oportunidad de que los involucrados aleguen y rebatan los alegatos del contrario, en paridad de condiciones.

En cuanto a la proposición de los medios de prueba en el proceso penal, se advierte que la ley de la materia refiere la fase de preparación del debate, dentro de la etapa de juicio, como el momento oportuno para que las partes ofrezcan los distintos elementos de convicción cuyo diligenciamiento en la audiencia de debate pretenden, procediendo el Tribunal de Sentencia a conferir a aquéllas el plazo de ocho días para que indiquen la lista de testigos, peritos e intérpretes, y presenten los documentos no incorporados con anterioridad a la causa (artículo 347 del Código Procesal Penal). De conformidad con el principio de libertad probatoria, reconocido en el artículo 182 de la norma adjetiva penal, todo hecho, circunstancia o elemento que sea importante para la decisión final, puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba, siempre y cuando cumplan con los requisitos descritos con anterioridad.

Corresponde al Tribunal de Sentencia apreciar las pruebas y calificar los hechos, así como seleccionar de las pruebas que le sean presentadas las que tengan relevancia jurídica que puedan ayudarle a lograr el descubrimiento de la verdad histórica acerca de los hechos para así cumplir con el objeto del proceso penal que es la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma.

Es pues, facultad del órgano jurisdiccional, decidir sobre la admisibilidad o rechazo de la prueba propuesta y dicha decisión deberá estar contenida en auto fundado, de conformidad con lo establecido en el artículo 350 del Código Procesal Penal.

Del estudio del caso concreto se advierte que en resolución de siete de febrero de dos mil cinco, la autoridad impugnada decidió admitir los medios de prueba pericial, testimonial y documental ofrecidos por el Ministerio Público y testimonial y documental propuestos por el abogado defensor del sindicado; asimismo, en el numeral II) de la referida resolución, decidió rechazar los medios de prueba ofrecidos por el abogado defensor, consistente en prueba pericial de polígrafo y la designación del consultor técnico para la realización de dicha prueba, indicando que éstos resultaban inútiles puesto que el acusado no es objeto de prueba;

decisión que fue sostenida en la resolución que constituye el acto reclamado, en la que argumentó: “(...) como se dijo en el mencionado auto el acusado no es objeto de prueba y no está obligado a probar, y si bien es su voluntad hacerlo, advertimos que para que un medio de prueba pueda ser admitido, debe referirse directa o indirectamente, al objeto de la verdad de los hechos que se juzgan, de donde la prueba deviene ser un medio de prueba inútil (...)”.

De conformidad con lo anterior, se establece que el Tribunal, al ejercer su facultad de seleccionar la prueba, dispuso que la declaración que, mediante la prueba pericial de polígrafo ofreció prestar el sindicado, no era idónea para brindar conocimiento de los hechos que se pretendían probar en el proceso incoado en su contra, que era la comisión del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento ilícito; el criterio valorativo que el juzgador impugnado emitió en el cumplimiento de las funciones propias de la jurisdicción ordinaria y en observancia a las normas relacionadas, no pueden ser revisados mediante amparo”.

Esta etapa procesal, es fundamental para las estrategias que asumirán las partes en el debate, ya que implica que si alguna de las partes procesales al interponer alguna cuestión incidental (art. 369 CPP), en esta audiencia ofrecerá la prueba legítima, útil y pertinente para probar la pretensión que planteará en el debate.

La ley permite como facultad judicial, que el querellante adhesivo continúe con la acusación en el juicio hasta la sentencia, cuando el Ministerio Público hubiere solicitado previamente el sobreseimiento y clausura (art. 343 CPP). Esta subrogación en el ejercicio de la acción penal en el debate se otorga con carácter excepcional, y siempre que el tribunal estime que conforme al elenco probatorio y hipótesis acusatoria, la persecución penal debe continuar. En todo caso, correrá audiencia al Ministerio Público.

Con lo escrito en la presente obra, obviamente con el respaldo de tratadistas nacionales e internaciones, así como las tesis jurisprudenciales asentadas tanto por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, como por la Corte de Constitucionalidad, se han abordado las fases preparatoria e intermedia del proceso penal, con el compromiso porque en un próximo proyecto se abordará lo relativo al debate en el proceso penal.

REFERENCIAS DOCUMENTALES

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *“Debido proceso versus pruebas de oficio”*, Temis, Colombia, 2004.
- ARENAS SALAZAR, Jorge, *“Pruebas Penales, Librería Doctrina y Ley”*, Colombia, 11ª Reimpresión, septiembre de 1996.
- ARMENTA DEU, Teresa, *“Lecciones de Derecho Procesal Penal”*, Marcial Pons, Quinta Edición, Madrid, 2010.
- AROCENA, Gustavo A., *“Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos)”*, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2001.
- BAUMANN, Jürgen, *“Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos”*. Depalma Editores, Buenos Aires, 1986.
- BUSTILLOS, Lorenzo, *“Medidas de aseguramiento en el proceso penal venezolano”*, www.bibliotecapenal.com
- CAFFERATA NORES, J.I. *“La prueba en el proceso penal”*, en FUNDACIÓN MYRNA MACK, *“Valoración de la prueba”*, Serie Justicia y Derechos Humanos, no. 2, 1ª ed. Guatemala, nov. 1996.
- CAFFERATA NORES, José I., HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *“La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba”*, Lexis Nexis, 6ª ed., Argentina, 2008.
- CALDERÓN PAZ, Carlos Abraham, *“Constitución Política y Derechos Humanos aplicados al sistema penal guatemalteco”*, CEIL, Guatemala, Septiembre de 2009,
- CÁMARA PENAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *“Recopilación de Acuerdos, Circulares y Memorandos correspondientes al período del 18-11-2009 al 31-082011, referidos a la gestión penal por audiencias”*, 1ª impresión, 2011.
- DR. JOSUÉ FELIPE BAQUIAX
- CARRILLO, Alejandro, *“Garantías constitucionales en el proceso penal”*, Ed. José Luis Depalma, 3ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1997.

- CLARIÁ OLMEDO. Jorge A., “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
- COMPARIED, Carlos Román, SANTAGATI, Claudio Jesús, “*Manual de Derecho Procesal Penal*”, Ediciones Jurídicas, Educaro Lecca, editor, Buenos Aires, 2010.
- CREUS, Carlos, “*Derecho procesal penal*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- DIAZ CANTÓN, Fernando (comp.), “*La motivación de la sentencia penal y otros estudios*” Ed. Del Puerto, Argentina, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “*El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 117.
- GIRÓN PALLÉS, José Gustavo, “*Teoría Jurídica del Delito aplicada al proceso penal*”, Guatemala, 2010.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “*El objeto del proceso*”, en MONTERO AROCA et al., “*Derecho Jurisdiccional*”, Tomo III, Proceso Penal, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GONZÁLEZ M., Sabinnston J., “*Los actos de investigación y la cadena de custodia en el proceso penal guatemalteco*”, en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Revista Jurídica*, No. 2, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, Junio de 2001.
- HASSEMER, Winfried. “*Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal.*” Editorial UBIJUS. México D.F. 2009.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, “*Manual de Derecho Procesal Penal Costarricense*”. Editec Editores, S.A., San José de Costa Rica, 1998.
- HOUED VEGA, Mario A., SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, FALLAS REDONDO, David A., “*Proceso Penal y Derechos Fundamentales*”, IJSA, San José, Costa Rica, 1ra. ed. 1998.

- HOYOS, Arturo, “*El debido proceso*”, 2a reimp., Colombia, 2004.
- HUICOCHEA MILLÁN, Sergio Octavio et al., “*Extradición*”, Derecho Internacional Privado, documento en línea, 30-11-2009.
- INSTANCIA MODERNIZADORA DEL SECTOR JUSTICIA, Módulo “*Aplicación de garantías constitucionales y de principios procesales*”, Módulo 3.
- J. MAIER. Julio B. “*Derecho Procesal Penal.*” Editorial del Puerto s.r.l. Buenos Aires, Argentina, 2004. JAUCHEN, Eduardo, M, “*Tratado de la prueba en materia penal*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina.
- LEVENE, Ricardo (h), “*Manual de Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, 2ª ed., Depalma Editores, Buenos Aires, 1993.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, “*El Derecho Procesal como Sistema de Garantías*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XXXVI, número 107, mayo-agosto de 2003.
- MONTERO AROCA, Juan, “*Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*”, Tomo III., Tirant lo Blanch, 10ª ed. Valencia, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal. Parte General*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, “*La función de las garantías en la actividad probatoria*”, en FUNDACIÓN MYRNA MACK, “*Valoración de la prueba*”, Serie Justicia y Derechos Humanos, no. 2, 1ª ed. Guatemala, nov. 1996.
- PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, “*Los Hechos en la Sentencia Penal,*” Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2005, p. 98.
- QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. “*Procesos y Medidas Cautelares.*” Ira. Edición. Ediciones Librería del Profesional, Colombia. 1985.
- RAMÍREZ AVENDAÑO, José Pablo, “*Políticas de Oralidad implementadas por el Poder Judicial del período 2006 al 2008 en el Proceso Penal Costarricense*”, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Tesis de Licenciatura en Derecho, San José, 2011.
- REBOLLEDO VIDAL, Augusto et al. “*La fl agrancia: ¿Hipótesis indiscutible?*”, Revista de Derecho - Año 9, Número 9, 2008.

TUCUX COYOY, Jorge Eduardo, “*La videoconferencia en el proceso penal guatemalteco*”, VIII Congreso Jurídico Landivariano, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Quetzaltenango, 2011.

URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael, “*Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes: fondo y reparaciones*”, versión preliminar.

VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E., “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, Conceptos Generales, Rubinzal-Culzini Editores, Buenos Aires, 1995.

Josué Felipe Baquix.

Obtuvo la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogado y Notario, en la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Es Doctor en Ciencias Penales, egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, con Distinción Suma Cum Laude, febrero de 2012.

A nivel postgrados es Magister Artium en Derecho Notarial, por la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Maestro en Derecho Penal, con Distinción Cum Laude, por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Máster en Especialización en Derecho Penal, por la Universidad de Sevilla, España. Magister Artium en Derecho Procesal Civil y Mercantil, con Distinción Cum Laude, por la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala.

Becado por el Programa Capacitación de Funcionarios Judiciales, desarrollado en el Instituto Internacional de Derechos Humanos y Leyes de la Universidad de DePaul, en la ciudad de Chicago, Illinois, USA, auspiciado por la AID, dentro del Programa Becas para la Paz. 1995.

Juez de Sentencia Penal, con más de 26 años de carrera judicial ininterrumpida.

Se ha desempeñado como profesor a nivel de pregrado y postgrado de los cursos de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Rafael Landívar, campus Quetzaltenango; Centro Universitario de Occidente, Universidad de San Carlos de Guatemala y Universidad Mariano Gálvez.

Es columnista del periódico *El Quetzalteco*.

ISBN: 978-9929-587-98-4



9 789929 587984