

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

DERECHO AL CONTRADICTORIO PRÁCTICO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

AMALIA LUCRECIA SCHAAD PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elisardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

1 FASE

PRESIDENTE: Dixon Diaz Mendoza
SECRETARIO: Obdulio Rosales Dávila
VOCAL: Héctor René Granados Figueroa

2 FASE

PRESIDENTE: Moisés Raúl De León
SECRETARIO: Marco Tulio Escobar Herrera
VOCAL: Obdulio Rosales Dávila

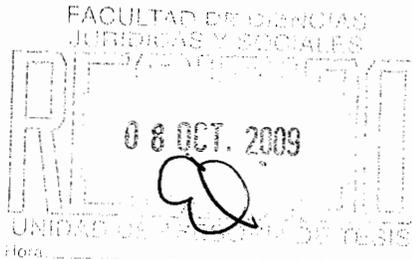
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público).

Licenciado Luis Oscar Díaz Samayoa
Abogado y Notario
Colegiado 5598



Guatemala 01 de octubre de 2009.

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



De conformidad con el nombramiento emitido en fecha diecisiete de octubre de dos mil siete, en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y fondo en el trabajo de investigación de la Bachiller AMALIA LUCRECIA SCHAAD PÉREZ, intitulado “DERECHO AL CONTRADICTORIO PRÁCTICO”, procedí de la siguiente manera:

Al realizar la revisión sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado.

La estructura formal de la tesis compuesta por cinco capítulos se realizó en una secuencia ideal para el buen entendimiento de la misma.

Atendiendo al Normativo para la Elaboración de Tesis, en relación a los extremos indicados en el Artículo 32 se establece lo siguiente:

- **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarcó tópicos de importancia en materia penal, enfocado desde un punto de vista jurídico – social.
- **La metodología y técnicas de investigación utilizadas:** Para el efecto la presente investigación tiene como base el método deductivo e inductivo, analítico y sintético
- **La redacción:** La estructura formal de la tesis compuesta por cinco capítulos se realizó en una secuencia ideal, empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento de la misma.
- **Constitución científica:** El presente trabajo en su desarrollo se construye como un aporte técnico científico, que ha cumplido con todos el procedimiento del método científico.
- **Conclusiones y recomendaciones:** Las mismas obedecen a una realidad procesal y son acordes a la investigación realizada y específicamente a lo que nos.

Licenciado Luis Oscar Díaz Samayoa
Abogado y Notario
Colegiado 5598



- **Bibliografía:** los textos utilizados que sirvieron de base en el desarrollo de la investigación son de autores reconocidos a nivel nacional como internacional,.

En conclusión y atendiendo a lo indicado en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos, si fueran necesarios, la constitución científica de la misma, conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”, informo a usted, que apruebo ampliamente la investigación realizada, por lo que con respecto al trabajo realizado por el sustentante, Bachiller AMALIA LUCRECIA SCHAAD PÉREZ, **EMITO DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero un tema importante que aporta un esfuerzo humano apreciable.

Sin otro particular se suscribe,

Atentamente,

LICENCIADO
LUIS OSCAR DIAZ SAMAYOA
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Luis Oscar Díaz Samayoa.
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Colegiad 5597.

Te. 5715-2397 – 2335-1122

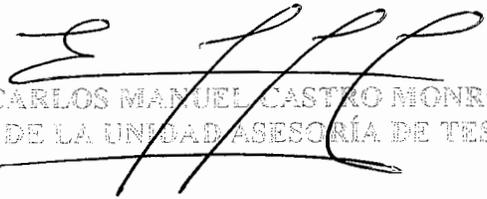
39 Avenida “A” 15-37 Jardines Sur, Zona 5 Ciudad de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de octubre de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS LEONEL ROBLES PÉREZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante AMALIA LUCRECIA SCHAAD PÉREZ. Intitulado: "DERECHO AL CONTRADICTORIO PRÁCTICO".

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


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

cc.Unidad de Tesis
CMCM/slh.



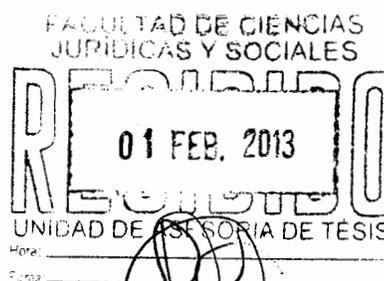


Lic. Carlos Leonel Robles Perex
Abogado y Notario



Guatemala 4 de agosto de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Respetable Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín:

Como REVISOR del trabajo de tesis del bachiller AMALIA LUCRECIA SCHAAD PÉREZ intitulado: DERECHO AL CONTRADICTORIO PRÁCTICO, me complace manifestarle lo siguiente:

Al realizar la revisión sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado.

La estructura formal de la tesis compuesta por cuatro capítulos se realizó en una secuencia ideal para el buen entendimiento de la misma.

Atendiendo al Normativo para la Elaboración de Tesis, en relación a los extremos indicados en el Artículo 32 se establece lo siguiente:

- **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarco tópicos de importancia en materia penal, enfocados desde un punto de vista jurídico – social.
- **La metodología y técnica de investigación utilizadas:** Para el efecto la presente investigación tiene como base el método deductivo e inductivo, analítico y sintético.
- **La redacción:** La estructura formal de la tesis compuesta por cuatro capítulos se realizó en una secuencia ideal, empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento del mismo.
- **Constitución científica:** El presente trabajo es su desarrollo se construye como aporte técnico científico, que ha cumplido con todos los procedimientos del método científico.
- **Conclusiones y recomendaciones:** Las mismas obedecen a una realidad procesal y son acordes a la investigación realizada.



- **Bibliografía:** Los textos utilizados que sirvieron de base en el desarrollo de las investigaciones son de autores reconocidos a nivel nacional como internacional.

En conclusión y atendiendo a lo indicado en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos, si fueran necesarios, la constitución científica de la misma, conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizadas, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes",

En virtud, que el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para un posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me despido atentamente:

Lic. Carlos Leonel Robles Pérez
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado 5597

Licenciado
Carlos Leonel Robles Pérez
Abogado y Notario



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de mayo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante AMALIA LUCRECIA SCHAAD PÉREZ, titulado DERECHO AL CONTRADICTORIO PRÁCTICO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO

Rosario



DEDICATORIA

A DIOS:

Rey y Señor, que con su divina bondad, ha iluminado y colmado mi vida de felicidad.

A MIS PADRES:

Celinda y Julián, infinitas gracias por todos sus esfuerzos y sacrificios, apoyo incondicional que en todo momento estuvo a lo largo de mi camino, hasta llegar a este triunfo profesional. Esto va por ustedes.

A MIS HERMANOS:

Juan Fernando y Oscar Arturo, por estar siempre presente en mi vida, gracias por sus consejos que me permitieron llegar a este dichoso momento.

A MIS ABUELOS:

Gilberta García, Francisco Pérez y Sofia Girón (Q. E. P. D.) por todo su apoyo y amor.

A MI ESPOSO E HIJOS:

Elmer Amilcar Barrientos Mejía, por tu apoyo, pero sobre todo por ser el pilar fundamental en mi vida. Elmer Julián y Alejandrino, ustedes fueron mi motivación para alcanzar esta meta.

A MIS SOBRINAS :

Celinda Elizabeth y Sofia Carolina, por estar aquí este momento.



A MIS PADRINOS Y TÍOS:

Enriqueta Sánchez, Raúl, Marta Lidia, Mario, (Q.E.P.D.), Mayra, Alvaro, Lilián, Vivián, Tito por su constante apoyo y consejos.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:

Lady, Leslie, Ligia, Lissy, Mónica, Rudy, Wendy, y con especial cariño a Luis Oscar Díaz Samayoa, por estar presente en cada momento de mi vida.

A LOS LICENCIADOS:

Sylvia Torres, José Gustavo Girón, Wendy Ramírez, Fermina de los Angeles Peñate (Q.E.P.D.), Ersa Ludmilla López, Carlos Leonel Robles, por encaminar mis pasos al area profesional.

A LA GLORIOSA:

Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, glorioso centro de conocimientos y formación profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho de defensa.....	1
1.1. Definición.....	2
1.2. Protección del derecho de defensa en los tratados internacionales de derechos humanos.....	4
1.3. El derecho de acceso al proceso penal	6
1.4. La adquisición del status de parte	9
1.5. El ejercicio del derecho de defensa	11
1.6. Contenido del derecho a la asistencia de abogado	14
1.7. Nacimiento y finalización del derecho de defensa.....	15
1.8. Obligatoriedad de la asistencia de abogado	17
1.9. El derecho a la última palabra.....	18
1.10. Conceptualización del derecho de defensa	18
1.11. Probar y controlar la prueba.....	28

CAPÍTULO II

2. Principios constitucionales del derecho de defensa	35
2.1. Legalidad.....	38
2.2. Debido proceso.....	40
2.3. Transparencia.....	41
2.4. Presunción de inocencia.....	43
2.5. Juicio previo.....	44
2.6. Defensa.....	46



Pág.

2.7. Igualdad.....	47
2.8. Celeridad.....	49
2.9. In dubio pro reo.....	50
2.10. Publicidad.....	50

CAPÍTULO III

3. La monopolización de la investigación en el procedimiento preparatorio una violación al derecho de defensa en el proceso penal guatemalteco.....	53
3.1. Participación activa de la defensa en el proceso penal.....	53
3.2. Principios fundantes.....	55
3.3. Participación del defensor en la investigación.....	58
3.4. Efectos de la prueba ilícita.....	64
3.4. Orden de presentación de la prueba.....	67
3.5. Anticipo de prueba.....	70
3.6. Forma de presentar la prueba.....	72
3.7. Repercusiones jurídicas del monopolio de la investigación.....	74

CAPÍTULO IV

4. Derecho al contradictorio práctico.....	85
4.1. El origen del derecho contradictorio dentro del proceso penal Guatemalteco.....	85
4.3. El Ministerio Público y su función.....	93
4.4. Regulación legal de los actos conclusivos.....	103
4.5. Etapas de la fase de instrucción en la investigación.....	106
4.6. Conclusión de la fase de instrucción.....	107
4.7. Instituto de la Defensa Pública Penal.....	109



4.8. Participación del defensor y los retos a vencer en la etapa preparatoria del proceso penal.....	110
4.9. La motivabilidad de la norma penal en la apreciación del desvalor.....	115
CONCLUSIONES.....	121
RECOMENDACIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	123



INTRODUCCIÓN

Dentro del sistema acusatorio, que rige en Guatemala, es el derecho al contradictorio, el que permite la averiguación de la verdad en un hecho delictivo; el Ministerio Público es el encargado de recabar los elementos de convicción durante el desarrollo de la etapa preparatoria, con la finalidad de la aplicación de justicia y es la defensa del imputado la encargada de hacer valer la contradicción en la hipótesis investigativa para crear un contrapeso a su función acusadora; actualmente el ente acusador en este país se ha dedicado a probar la culpabilidad de la persona sometida a proceso penal, monopolizando la investigación y evitando la objetividad a toda costa, siendo función de la defensa del sindicado velar porque dicho acopio hipotético de culpabilidad contra el imputado sea frenado y encaminado a un debido proceso garante de los derechos que la Constitución Política de la República de Guatemala establece.

El valor del derecho contradictorio radica principalmente en el problema de que si la ley penal es el medio idóneo para la resolución de conflictos, ésta rara vez puede resolver un problema social sin criminalizarlo y encuadrarlo en un tipo penal, que lejos de concertar soluciones, lesiona o pone en peligro el equilibrio social sin permitir la participación activa de la defensa del sindicado en el sistema penal vigente. Es latente que sin la intervención del defensor del sindicado en la recolección de los medios de convicción dentro de la etapa preparatoria del proceso penal, el Ministerio Público platearía su hipótesis investigativa sin la observancia del principio de objetividad y obviando el contradictorio.

El presente trabajo de tesis, el cual se titula Derecho al Contradictorio Práctico, se encaminó a dar a conocer la importancia que tiene el defensor del sindicado en la recolección de los medios de convicción dentro de la etapa preparatoria.



La investigación que se plantea se refiere a, ¿cuál sería la aplicación que efectúa el Ministerio Público al realizar su hipótesis de investigación en relación al derecho contradictorio? Determinando así que todos los procedimientos empleados por el ente encargado de la investigación deberían tener como fin primordial lograr una reconstrucción conceptual del hecho que constituye un objeto, lo más ajustado posible a la realidad, procurando una concordancia o adecuación entre lo ocurrido y lo que se conozca al respecto, asegurando así un contradictorio efectivo.

El presente trabajo consta de cuatro capítulos, el primero, abarca la definición, adquisición y ejercicio de el derecho de defensa, así como su conceptualización dentro de nuestro ordenamiento penal, la importancia de su resguardo por parte de los sujetos procesales actores en el proceso penal, con la finalidad de no violentar el debido proceso; dentro del segundo capítulo, se trata de los principios constitucionales que dan origen y asisten al derecho de defensa dentro del proceso penal guatemalteco, garantizando que con su debido resguardo se encaminara la etapa de investigación a una mayor objetividad; los capítulos III y IV son la base de esta investigación, ya que se abarca la problemática de la inobservancia del principio contradictorio por parte del Ministerio Público, encaminado a comprobar una hipótesis de culpabilidad, obviando la objetividad en la fase de investigación, concluyendo muchas veces en una imputación sin sustento, debido a la monopolización de la investigación y por la falta de política e inaplicabilidad de los preceptos establecidos por el ente encargado de la persecución penal.

Dentro de la presente investigación se hace uso del método sintético y el deductivo puesto que conlleva el estudio referencial de lo fenoménico en el planteamiento del problema, encaminado al derecho al contradictorio, el derecho de defensa y la aplicación jurídica de éste, la participación activa del defensor en el procedimiento preparatorio y la necesidad de su intervención en la investigación, pudiendo realizarse así la síntesis del tema planteado. En las técnicas se hace uso de la investigación doctrinaria para un amplio criterio bibliográfico y referencias relativas a dicho tema.



CAPÍTULO I

1. El derecho de defensa

La actual época traduce una constante ola de cambios que hacen que nuestros días sean cada vez más dinámicos conforme transcurre el tiempo. “Guatemala se encuentra en una era de globalización mundial, producto de la cual, un hecho económico ocurrido en un país tan lejano como China, puede traer consecuencias de distinta índole, concretamente económica, o por ejemplo en la cual se pueden hacer negocios virtuales entre personas que ni siquiera se conocen y tal vez nunca lleguen a hacerlo. Indudablemente, una era de cambios”.¹

“Entrando al derecho que es la rama que nos interesa y, propiamente, en lo que concierne a un ámbito geográfico mas familiar como los países latinoamericanos, observamos como los distintos países que se sitúan en esta parte del mundo han evolucionado y han cambiando recientemente sus sistemas procesales penales, siguiendo un modelo de corte basado en el contrario, el cual tiene claras inspiraciones en el sistema anglosajón, ofreciendo suficientes garantías al imputado de cara a un debido proceso y que consecuentemente infiere en una mejor administración de justicia.

¹ Chacón de Maldonado, Josefina. *Introducción al estudio del derecho*. 2a. ed. pág. 12.

El derecho penal sustantivo no es ajeno a estos cambios.”² Existen conceptos como imputación objetiva y sociedad de riesgos que son percepciones que abundan en los libros que actualmente se escriben sobre la materia, con lo cual se patentiza una verdadera modernización en pro de mantener la vigencia de la rama. Hay que recordar, que el derecho penal, sobre todo en Guatemala, es una construcción humana y como tal, tiene la característica de cambiante, es decir que no permanece estática sino que varía para progresar.

1.1. Definición

“El derecho de defensa ha sido consagrado como parte del debido proceso en la normativa internacional y en distintos ordenamientos jurídicos internos”.³ Como es lógico, en cada sistema se le da un tratamiento distinto, por lo cual resulta interesante analizar lo establecido al respecto tanto en los tratados internacionales correspondientes a los distintos sistemas, como en las constituciones de diversos países que la consagran, y por supuesto en la Constitución Política de la República de Guatemala.

El proceso penal es el único instrumento para actuar del derecho penal, al que han de someterse tanto el Estado como el ciudadano. “Frente al derecho a la acusación, el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho al contrario o contradictorio: el derecho del acusado o imputado a obtener la tutela efectiva por medio

² Soriano, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*. Pág. 126

³ De Matta Vela, J. F. y de León Velasco, H. A; *Curso de derecho penal guatemalteco*, pág. 63.



de una adecuada defensa⁴ derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad.

El derecho de defensa, reconocido como derecho fundamental, exige un presupuesto básico: la audiencia al imputado, la contradicción procesal, con objeto de articular su adecuada intervención en el proceso, y como requisito imprescindible, conocer la acusación formulada en su contra. El titular del derecho de defensa, es el propio imputado, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él mismo como por su defensor técnico, y a tal fin se reconoce el derecho a hacerse asistir de un abogado.

El reconocimiento constitucional del derecho de defensa como derecho fundamental y, por tanto, su directa aplicabilidad, exige que haya de ser respetado y promovido por todos los poderes públicos con una especial y privilegiada protección, a través del amparo, tanto ordinario, como constitucional. El derecho fundamental de defensa se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales de carácter instrumental, derecho a la asistencia de abogado, derecho al silencio, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, derecho a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia, la protección de la libertad a través del habeas corpus o los plazos máximos de la detención y de la prisión, una relación complementaria de tales derechos constitucionales puede verse regulada en el Artículo 7 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁴ Par usen, José Mynor. *El juicio oral en el proceso penal guatemalteco*. Pág. 30.

Por derecho de defensa, puede entenderse: “El derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. La vigencia del principio supone, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. También confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable.”⁵

1.2. Protección del derecho de defensa en los tratados internacionales de derechos humanos

El derecho de defensa es un derecho humano fundamental e inalienable que ha sido reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el sistema universal, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos establece: “el acceso a la justicia sin discriminación” en su Artículo 3 y en su Artículo 11.1. señala: “que toda persona tiene derecho a que se aseguren las garantías necesarias para su defensa.”

⁵ Binder Barzizza, Alberto, **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal**, pág. 133.



Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho de defensa en materia penal, en su Artículo 14.3.b). al establecer que: “toda persona acusada de un delito tiene la garantía mínima de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.” Asimismo y dentro de las garantías mínimas establecidas en el Pacto incorpora el derecho a la asistencia jurídica gratuita, al señalar en su Artículo 14 inciso d) “el derecho que toda persona tiene a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.” El reconocimiento de los derechos mencionados se enmarca en la correlativa obligación de los estados partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos según regula el Artículo 2.1. “respetar y garantizar a todos los individuos, que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el mismo y de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos.” El derecho de defensa también se encuentra reconocido en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En este sentido, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho de defensa en el Artículo XXVI, segundo párrafo, que establece: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública”. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el “derecho de defensa dentro de las garantías judiciales” contempladas en su Artículo 8. En el Artículo 8.2. reconoce que: “toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a ciertas garantías mínimas”, entre las que menciona el hecho de conceder al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa,

establecido en el literal, punto c); “el derecho de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección,” regulado en el literal, punto d) y, “el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” en el literal, punto e).

Como puede observarse tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos limitan las garantías judiciales, entre ellas el derecho de defensa y de asistencia jurídica gratuita al proceso penal. Sin embargo, sus Artículos 14 y 8 respectivamente deben interpretarse en forma amplia, ya que si dichas garantías operan en el proceso penal no se comprende por qué habría que negarles ese carácter en otro tipo de procedimientos donde se plantean otros derechos fundamentales, tales como la vivienda, el trabajo, la educación, el derecho a una pensión, entre otros. Conforme lo anterior, puede concluirse que las garantías plasmadas en el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen obligatoriedad en todo procedimiento que afecte un derecho fundamental del individuo, a menos que por la naturaleza de la garantía se refiera a procesos de carácter penal estrictamente.

1.3. El derecho de acceso al proceso penal

“El primer derecho que se ha de reconocer al sujeto pasivo de la acción penal es el de poder acceder al proceso, a fin de que ejercite ese recurso efectivo o derecho a ser



oído por un juez o tribunal competente, al que se refiere el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala . En cuanto a su extensión, dicho derecho de acceso se le ha de conceder al imputado en todas y cada una de las instancias.”⁶

En segundo lugar, exige también el referido derecho fundamental que dicha posibilidad de acceso sea efectiva, por lo que el ciudadano sometido a persecución penal habrá de poder tomar conocimiento de la previa existencia del proceso, para lo cual se hace obligado la comunicación personal de los actos que tengan por objeto su comparecencia. Dicha comunicación, sobre los hechos que han dado lugar al procedimiento, ha de ser clara y precisa, pues se vulneraría el derecho a la defensa si se trasladara al imputado alguna expresión genérica o inconcreta. El incumplimiento, por otra parte, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas exige acudir a los medios de comunicación más rápidos para hacer llegar la existencia del procedimiento al imputado.

En cuanto a la naturaleza de dicha facultad de acceso no parece que pueda ser concebida en el concepto de los derechos u obligaciones de carácter procesal, sino que debe ser enmarcada dentro de la categoría de las posibilidades procesales, puesto que su no realización procesal lo único que puede originar es la preclusión del acto de comparecencia o los desfavorables efectos de la rebeldía. A diferencia de los testigos, cuya incomparecencia o mentira puede ser sancionada disciplinaria y penalmente, ninguna sanción contempla el ordenamiento para la incomparecencia de las partes en

⁶ De Matta Vela, J. F. Y De León Velasco, H. A; *Curso de derecho penal guatemalteco*, pág. 96.



el proceso penal, fuera de la pérdida de la posibilidad de constituirse en parte acusadora, de la declaración de rebeldía del imputado o de la posibilidad de que éste se haga acreedor de una medida cautelar penal como la detención.

En realidad, en el desarrollo del proceso penal guatemalteco, como consecuencia de la vigencia del derecho al silencio y a no confesarse culpable, las obligaciones procesales de la defensa son menores o menos intensas que en el proceso civil. El acceso del imputado a las actuaciones del proceso penal debe comenzar por permitirle conocer el contenido de las diligencias. El Artículo 314 del Código Procesal Penal, dispone que, “cuando se hubiere decretado la reserva de las actuaciones, los abogados que se consideren con derecho ser informados de las diligencias que se practiquen podrán solicitarlo.”

Es claro que el imputado en un proceso cuyas actuaciones estén declaradas secretas tiene derecho a la defensa, que no ha sido despojado de este derecho por el secreto de las diligencias, aunque no pueda conocer todo lo que se está haciendo, ni pueda intervenir en todas las actuaciones. Sin embargo, para el ejercicio del derecho de defensa es preciso, como mínimo, que conozca cuáles son exactamente los hechos que se están investigando, pues en otro caso resultarían absolutamente falaces las posibilidades defensivas.

1.4. La adquisición del status de parte

Junto al reconocimiento de la posibilidad de acceso al proceso, el derecho de defensa exige, además que la entrada en él del titular del derecho a la libertad se efectúe mediante el otorgamiento de todo el estatuto de una parte procesal, porque en el proceso moderno la evidencia no puede obtenerse sino mediante la oposición de la acusación y de la defensa. Lógicamente, para que pueda producirse este choque entre la pretensión y su resistencia, se hace necesario que la imputación preceda a la defensa y que nunca se produzca la situación inversa, de forma que se hace obligado también cumplir con el deber de información de la acusación formulada contra ellos.

Este derecho a ser informado de las causas de la acusación, conlleva no sólo la obligación de dar traslado del escrito de acusación con un tiempo prudencial para que el acusado pueda eficazmente contestarla, sino también el cumplimiento de una serie de garantías procesales:

- La obligación de informar al imputado de todos sus derechos en un modo que le sea comprensible y, en particular, de los efectos desfavorables que pueden derivarse de su sometimiento voluntario a un determinado acto de investigación.
- La obligación de ilustración de la imputación al sujeto pasivo, con carácter previo a su interrogatorio.

- La puesta en conocimiento de la imputación en una lengua que comprenda, o a ser asistido en sus declaraciones por un intérprete, cuyos gastos habrán de ser satisfechos por el Estado, tanto si fuere extranjero como sí, siendo guatemalteco, desconociera absolutamente el castellano. La obligación de proveer de intérprete al acusado es también extensible a los sordomudos.
- El objeto de dicha puesta en conocimiento del imputado ha de ser el hecho punible cuya comisión u omisión se le atribuye, para lo cual las autoridades habrán de transmitirle, al menos, una breve relación circunstanciada fáctica y su respectiva calificación legal. Una vez puesta en su conocimiento la imputación o acusación formulada: “Se le ha de conferir al acusado el derecho a deducir su pretensión exculpatoria o, lo que es lo mismo, a introducir los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal y a verificar sobre ellos la prueba que libremente proponga y sea declarada pertinente”⁷.
- El derecho del acusado a defenderse frente a la pretensión penal formulada contra él ha sido limitado, al permitirse la continuación del proceso aunque no se haya presentado la defensa del acusado o la investigación de un tercero responsable. En este caso, la norma parte de la ficción legal de la oposición a las imputaciones, y se permite a la defensa solicitar la práctica de prueba.

⁷ Taylor, Walton y Young, *La nueva criminología*, pág. 78.



1.5. El ejercicio del derecho de defensa

El derecho de defensa puede articularse y ejercerse de dos modos reconocidos: bien, porque el imputado, por sí mismo, lleve a cabo actuaciones defensivas, o porque se confíe a un profesional en derecho la tarea de plantear en el procedimiento, el modo de mejor defender los derechos del imputado.

a. **La autodefensa:** La autodefensa consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible. La autodefensa, como derecho a defenderse por sí mismo, aparece reconocida en textos internacionales ratificados por Guatemala. Sin embargo, en el Código Procesal Penal se potencia extraordinariamente la intervención del abogado en detrimento de la autodefensa, sin poner siempre al alcance los medios necesarios para llevarla a cabo.

Entre las actividades que se permite realizar al imputado en el procedimiento penal según la legislación aparecen:

- La de proponer verbalmente la contra acusación;
- Asistir a las diligencias de investigación;
- Nombrar peritos;

- Solicitar ser reconocido a presencia judicial por quienes dirijan cargo contra él;
- Proponer diligencias;
- Proponer prueba anticipada;
- Prestar declaración cuantas veces quiera, sin que esto entorpezca al proceso;
- Interponer recursos de palabra;
- Prestar conformidad con la calificación más grave;
- Decir la última palabra en el juicio oral, entre otros.

b. **El derecho a la asistencia de abogado:** Se reconoce constitucionalmente el derecho a la asistencia de un abogado, garantizado tanto en las diligencias policiales como en las judiciales. Ajustadamente por su formulación normativa y asistencia, la actuación del defensor no puede entrar en colisión con la voluntad del defendido, ya que el abogado que asume la defensa es un alter ego procesal, es decir, como el oído y boca jurídica del imputado. El abogado defensor es llamado a colaborar con el imputado en el ejercicio del unitario derecho de defensa, y con ello se explica que el defensor deba gozar de total autonomía frente al juez y de una autonomía relativa o limitada frente al defendido, que no puede ser despojado o expropiado de su derecho de defensa, ni siquiera a favor de un abogado.

c. **La renuncia a la autodefensa:** El imputado, y a diferencia del testigo, no tiene la obligación de comparecer a la llamada del juez, si bien su ausencia provocará una orden de aprehensión. El imputado tiene, pues, la carga de comparecer en el proceso penal. Si no lo hace, se expone a una declaración de rebeldía.

d. **Rebeldía y contumacia:** Si no existe constancia en el proceso de que el imputado haya podido tomar conocimiento de la existencia del proceso, nos encontramos ante un supuesto de rebeldía, que origina la obligación judicial de indagar su paradero y citarlo personalmente de comparecencia, si permaneciera en paradero desconocido, como se ha dicho, mediante la orden de aprehensión, que consiste en un llamado u orden a la policía para que lo conduzca ante la presencia del juez.

Si el imputado es consciente de la existencia de un proceso penal dirigido contra él y decide no acudir a la llamada del juez, doctrinalmente se le denomina contumacia. “La contumacia implica, pues, un conocimiento previo y, por tanto, una desobediencia por el imputado a la orden judicial de comparecencia, quien decide no comparecer, por lo que encierra una manifestación de su derecho de defensa, consistente en renunciar a su autodefensa o defensa privada, pero no a la pública de su abogado defensor, quien asume, en el proceso penal, simultáneamente la representación procesal y la defensa técnica”⁸.

⁸ R. Bergalli y otros, *El pensamiento criminológico, un análisis crítico*, pág. 123.

Como puede observarse, nuestra legislación llevó hasta sus últimas consecuencias el principio general del derecho, conforme al cual nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído, interpretando dicho precepto como exigencia de comparecencia física del imputado en el proceso a fin de que pueda ejercitar su defensa privada y, en último término, su derecho a la última palabra.

1.6. Contenido del derecho a la asistencia de abogado

La defensa penal, a diferencia de la civil, ofrece la característica de ser dual, pues está integrada por dos sujetos procesales: el abogado defensor que ejercita la defensa técnica y su defendido o imputado que puede actuar en autodefensa. Ambas defensas se manifiestan coincidentes en un único objetivo: hacer valer el derecho a la libertad. El imputado ejercita su derecho a la libertad, la defensa técnica ha de proteger la libertad como valor superior del ordenamiento, amparada en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La autonomía del defensor no significa exclusión de la autodefensa. El derecho de defensa no consiste en proveer al imputado de cualquier abogado, sino que guarda un orden sucesivo: el imputado tiene derecho, en primer lugar, a elegir su abogado de confianza para que le defienda en el proceso y tan solo cuando no quiera ejercitar dicho derecho, o sencillamente reclame expresamente el nombramiento de un abogado de oficio, es cuando intervendrá dicho defensor.



La facultad, reconocida al imputado a lo largo del procedimiento, de designar libremente abogado de su elección admite, sin embargo, la excepción prevista en el Artículo 98 del Código Procesal Penal, donde se previene que mientras la persona se encuentra privada de libertad su abogado será en todo caso designado de oficio. Por estos motivos puede el imputado revocar el nombramiento del defensor que hasta entonces le estuviera asistiendo en cualquier momento, y designar otro de su confianza.

1.7. Nacimiento y finalización del derecho de defensa

El derecho de defensa nace con la imputación y finaliza con la obtención de una resolución firme de terminación del proceso penal. Esto es lo que nos indica el Artículo 7 de la Constitución Política de la República de Guatemala cuando dispone que: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables”. Sin embargo, antes de ese momento en que se abre un proceso penal, el derecho a defenderse aparece reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala cuando un órgano público como es la policía hubiera imputado a una persona responsabilidad penal y, por esa razón, le hubiera detenido preventivamente, aun cuando la **notitia criminis** no haya llegado aún a conocimiento del juez competente. La Constitución Política de la República de Guatemala garantiza así la asistencia de defensor en las diligencias policiales, en los términos que la ley establezca.

No obstante, en el Código Procesal Penal se garantiza el derecho de defensa, también mediante la designación de defensor, desde que se produce la imputación de una

persona por cualquier órgano público de persecución penal, sea por la policía, por el Ministerio Público o por el juez una vez iniciado el proceso penal, con independencia de la situación personal del imputado, y aunque no se encuentre detenido.

El cambio al sistema acusatorio en Guatemala, produjo un cambio radical en la concepción del proceso penal, y muy especialmente de la instrucción, al reconocer a todo aquel a quien se imputara un acto punible, el derecho de defensa desde el preciso momento que, en el curso de un procedimiento penal apareciera una imputación, pudiendo desde entonces intervenir en él.

Sin embargo, este reconocimiento a la defensa y a la asistencia de abogado, que se extiende desde las actuaciones policiales hasta el procedimiento judicial, resulta en ocasiones cuestionada en sede policial, precisamente cuando por causa de la detención el ejercicio del derecho de defensa aparecía más necesario. Ello ha dado lugar a denuncias de malos procedimientos, en este sentido es obligatoria siempre la asistencia del abogado cuando se hubiera practicado una detención. Cuando el imputado ha sido detenido debe contar con la asistencia de un abogado, por designación del propio detenido o por designación de oficio, debiendo este abogado asumir la defensa durante el proceso, de modo que comenzará a prestar su asistencia en las diligencias policiales de prevención. “El derecho a hacerse asistir de abogado se extiende a todo el procedimiento, es decir, hasta la obtención de una resolución estable que le ponga término.”⁹

⁹ Velásquez Velásquez, I.V., *El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal, en contribuciones a las ciencias sociales*, pág. 30



Resulta interesante establecer si es necesario que el derecho de defensa deba de garantizarse también en las diligencias policiales aun cuando no se hubiera procedido a la detención del imputado. Por otra parte, no sólo debe garantizarse el derecho a la asistencia de abogado en las diligencias previas ante el juez, sino que su presencia habría de ser obligatoria desde que se fuera a proceder al primer interrogatorio judicial del imputado, porque ya entonces debe entenderse que necesita siempre el consejo de un abogado, de donde su designación e intervención efectiva resultare preceptiva desde antes de esa diligencia, para prepararla de forma adecuada.

Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Nacional Civil, el Ministerio Público o la autoridad judicial competente recabarán de inmediato la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado. El abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido.

1.8. Obligatoriedad de la asistencia de abogado

Además de existir el derecho del imputado de hacerse asistir de un defensor, la defensa técnica resulta obligatoria en el proceso por delitos, no en el juicio por faltas, desde el momento de la detención o prisión, salvo cuando se persigan hechos delictivos contra la seguridad del tráfico y también cuando el imputado necesite el consejo del abogado o pretenda interponer algún recurso.



Pero, cuando el imputado no quiera defenderse y adopte conscientemente una actitud pasiva y de rechazo de todo abogado, y aun así el ordenamiento le impusiera la presencia de un defensor, éste actuaría en el proceso como un legítimo medio de protección del sistema, para que se vean satisfechas cumplidamente las reglas del juego de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, paliando la inferioridad en que pueda encontrarse el imputado por falta de conocimientos técnicos, de experiencia forense, de serenidad, o por imposibilidad física de actuar, funcionando al mismo tiempo como controlador del regular desenvolvimiento del proceso en interés del imputado. De todos modos, lo que no puede admitirse es que la obligatoriedad de la asistencia letrada genere en el imputado una carga que menoscabe su posición procesal.

1.9. El derecho a la última palabra

El derecho a la última palabra, constituye la última manifestación del derecho de defensa. De ahí el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Sin embargo, dicho acto procesal se trata de un derecho potestativo del acusado, del que puede hacer uso o no, pues también es un derecho constitucional el que le asiste al silencio o derecho a no declarar

1.10. Conceptualización del derecho de defensa

Abordar un tema tan amplio como el derecho de defensa es prácticamente imposible, dado el poco espacio que obliga necesariamente a acotar este universo tan amplio a



un tema específico y tratar de sintetizar los conceptos más salientes sobre el tema elegido, circunscripto al proceso penal.

Así, podemos decir que toda la organización jurídico-legal de Guatemala descansa y es regida por lo dispuesto en la Constitución Política de la República de Guatemala, y que toda norma que se dicte a través de las autoridades legalmente designadas, de acuerdo a las disposiciones que establece la misma constitución, no pueden contradecir lo dispuesto en la Carta Magna so pena ser declarada inconstitucional. De este modo las leyes procesales deben también respetar los principios constitucionales, siendo uno de ellos el principio de presunción de inocencia.

Conviene advertir que dicho principio tiene un campo de acción amplio, y no limitado al derecho penal, resultando operativa en las demás ramas jurídicas, aunque en el derecho penal existen mayores exigencias, resultantes de la mayor importancia política del procedimiento, por la supremacía de los bienes o valores jurídicos que él pone en juego.

Por derecho de defensa, según Velásquez: "Puede entenderse el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. La vigencia del



principio supone, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. También confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado.¹⁰ El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable.

Desde el punto de vista del derecho de defensa del imputado, comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del estado o cualquier otra circunstancia que la excluya o atenúe. Estas actividades pueden sintetizarse en: facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que el mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal.

Esta facultad de intervenir comienza, desde el mismo momento en que la persona es sindicada como autor o participe del hecho que resulta objeto del procedimiento, por parte de la autoridad competente para ello y se extiende luego de dictada la sentencia de condena firme a toda la etapa de ejecución de la pena impuesta.

¹⁰ Velásquez Velásquez, I.V., *Ob. Cit.* pág. 35.



Además de la defensa material, la particularidad del procedimiento penal reside en la obligatoriedad de la defensa técnica, desde la primera oportunidad, y fundamentalmente antes de su declaración. Se considera así a la defensa técnica como un servicio público imprescindible, que viene a completar la capacidad del imputado para estar en juicio, con facultades autónomas, es decir independientes, que sólo se rompe por excepción, por ejemplo el imputado puede renunciar a los recursos interpuestos por su defensor.

a) **Derecho a ser oído:** La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, incluyendo la posibilidad de agregar, además todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar las consecuencias jurídicas posibles o para inhibir la persecución penal. No es sólo la posibilidad literal de verter palabras sino que la norma constitucional le da un contenido mucho más profundo, debiendo la ley de enjuiciamiento prever actividades previas y posteriores en relación al ejercicio de esta garantía, a fin de que ella se pueda constituir en el núcleo del derecho de defensa en juicio. El desarrollo de estas necesidades formales es lo que se conoce como el principio de contradicción.

b) **Imputación necesaria:** En primer lugar es necesario que exista algo de que defenderse, es decir que se atribuya a la persona haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, que se conoce como imputación. “La imputación debe ser una afirmación, clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, con lenguaje descriptivo y referido al pasado, que permita afirmar o negar en



cada caso o agregar otros hechos que en conjunto con los afirmados, excluyan o aminoren la significancia penal. La imputación no debe comprometer el tribunal que juzga, esto es, no debe partir de él, para conservar la imparcialidad y evitar toda sospecha de parcialidad, todo compromiso con la hipótesis acusatoria que conforma el objeto del procedimiento. Esta es la máxima fundamental del proceso acusatorio, expresada en los aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore.*¹¹

La acusación del Ministerio Público es el acto procesal que ejemplifica con mayor claridad dicha exigencia. Ella debe contener además de la identificación del imputado, una relación clara precisa y circunstanciada del hecho que se le atribuye. El defecto de la misma acarrea su nulidad e ineficacia. Así una acusación correcta es el presupuesto de un debate válido y éste, a su vez, de una sentencia válida.

c) **Conocimiento de la imputación:** Nadie puede defenderse de algo que no conoce, es por eso que el próximo paso, a fin de garantizar el derecho del imputado a ser oído, consiste en ponerlo en conocimiento de la imputación correctamente deducida; darle a conocer al imputado aquello que se le atribuye se conoce técnicamente bajo el nombre de intimación. Esta intimación debe reunir las mismas características de la imputación y los distintos ordenamientos procesales, en tanto el derecho no sólo se posee respecto de la sentencia definitiva sino también respecto de otras decisiones, obligan a cumplir formalmente con la intimación en diferentes

¹¹ Barrientos Pellecer, Cesar. *Derecho procesal penal guatemalteco*. tomo I, 2ª ed. Pág.98.



oportunidades desde el comienzo del procedimiento, declaración del imputado, procedimiento intermedio y debate.

De la misma manera que la falta de una imputación precisa y circunstanciada, la falta de intimación y la inobservancia en ella de las reglas estudiadas conduce a la privación del derecho a ser oído y, con ello, de la facultad de influir eficientemente, por esa vía, en la decisión respectiva; por ello, también a la ineficacia absoluta de la resolución judicial en relación a la cual se concede el derecho de audiencia siempre que perjudique al imputado. Se lesiona, según vimos el derecho de defensa, del cual el derecho a ser oído, para influir en la decisión, constituye parte integrante.

d) **Audiencia:** El derecho a ser oído, alcanza su expresión real en la audiencia del imputado frente al tribunal, oportunidad en la que, con el cumplimiento de las premisas anteriores, se encontrará en óptimas condiciones para rechazar la imputación que se le dirige, o incluso si la admite, para incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren. La audiencia del imputado no sólo es necesaria en el debate, sino también durante el procedimiento previo, como ya se ha citado anteriormente, ante el juez de instrucción o el fiscal en su caso, hallándose facultado a requerir que lo escuchen en cualquier momento del proceso, bajo las únicas condiciones de referirse a la imputación y no utilizar la facultad para perturbar o demorar el procedimiento.

Para que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del derecho a ser oído, como parte integrante del derecho a la defensa, la Constitución Política de la República de Guatemala ha prohibido toda forma de coerción que elimine



la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar. Esta es la verdadera ubicación de la regla que prevé que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y suprime para siempre toda especie de tormento y constituye al imputado como órgano eventual de información o transmisión de conocimiento en un sujeto incoercible del procedimiento, cuya libertad de decisión en tal sentido debe ser respetada. Análisis aparte merece la posibilidad de someterse por parte del imputado a la acción de medios técnicos eficientes para reconstruir ciertas constancias subinconcientes de los hechos investigados.

Para asegurar que la declaración del imputado, presente fielmente su toma de posición frente a la imputación, exenta de errores, se exige que las preguntas resulten claras y precisas, prohibiéndose el modo de formulación capcioso o sugestivo y completa el sistema la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar, que nuestra legislación adjudica al imputado, sin que su silencio se pueda interpretar como elemento de prueba en su contra.

Por último la falta de audiencia para el imputado o la inobservancia en ella de las reglas estudiadas conducen a la ineficacia absoluta de la resolución judicial en relación a la cual se concede el derecho de audiencia, cuando ella perjudica al imputado; ambos comportamientos lesionan en derecho a ser oído, como elemento fundamental del derecho de defensa.



e) **Correlación entre la imputación y el fallo:** “La reglamentación rigurosa del derecho a ser oído, no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído. Ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia, **ne est iudex ultra petita**. La regla se expresa como el principio de correlación entre la acusación y la sentencia, la base de interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no pudieron cuestionar o enfrentar, lesiona dicho principio.”¹²

La regla no se extiende como principio a la subsunción jurídica de los hechos, rigiendo la máxima **iura novit curia**, pero la regla que impone a la acusación contener la calificación legal del hecho imputado, ciertamente orienta a la actividad defensiva; y, a pesar de que se permita, en general, que la sentencia se aparte del significado jurídico preciso que pretende la acusación, la regla no tolera, sin lesión del principio que es su punto de partida, una interpretación irrazonable en contra del imputado.

La mayoría de los códigos contienen en una regla expresa al “**iura notiv curia**,” acudiendo a soluciones disimiles y absurdas. Si del debate emerge un hecho diverso al

¹² Trejo Duque, Julio Anibal. *Aproximación al derecho procesal penal y análisis breve del actual proceso penal*. 2a. ed.; pág.140.

enunciado en la acusación, el tribunal remite el proceso al Ministerio Público o al juez nuevamente. El Código Procesal Penal guatemalteco, intenta solucionar el problema al menos formalmente, con la reapertura del debate, ampliación de la acusación y posibilidad de resistir una nueva imputación, pero con grave menosprecio de la imparcialidad del juzgador. Luego hay distintas soluciones ante el requerimiento del tribunal de juicio hecho al acusador, algunos códigos exigen la conformidad de este último, otros lo establecen como obligatoria la ampliación.

f) **Casos particulares:** “Otro caso de análisis a resolver con los mismos principios son las llamadas relaciones subsidiarias, expresas o tácitas, y las infracciones progresivas, denominados como concursos aparentes o concurso de leyes.”¹³

Hay que tener en claro que a pesar de la vigencia de la regla, la sentencia, para no provocar indefensión, no puede exceder el marco de las circunstancias fácticas efectivamente descritas por la acusación, eventualmente, el auto de apertura a juicio, para ser corroboradas durante el debate; y, más allá de ello, advertir que en estos casos, regularmente, jugará un papel esencial el principio “*ne bis in idem*,” de manera que si la acusación fracasa u obtiene cierto resultado no será posible perseguir penalmente con posterioridad, introduciendo las circunstancias faltantes en la primera persecución. Es por ello que el mejor remedio es acudir a la acusación alternativa o subsidiaria, debidamente expresada, de modo que quede claro el núcleo principal y sus alternativas, conteniendo en cada caso todos los elementos necesarios para sostenerla, lo cual se encuentra regulado en el artículo 333 del Código Procesal Penal.

¹³ Trejo Duque, Julio Anibal Ob. Cit. Pág. 143



La imputación dolosa y culposa, no son fungibles y en consecuencia no admiten la aplicación de la regla.

“Por último para comprender el correcto funcionamiento de la regla que enuncia la correlación entre la acusación y la sentencia, se torna necesario aclarar que el tribunal puede, en la sentencia y de oficio, introducir circunstancias que eliminen o aminoren la imputación, esto es, que beneficien al imputado.”¹⁴ Es posible así, que la sentencia incorpore, de oficio, si resultara del debate, una causa de justificación o una de inculpabilidad, o una excusa absolutoria e incluso, alguna que aminore la culpabilidad, en general, la disminución de la capacidad de comprender el hecho y dirigir sus acciones o, prevenir que una justificante, transforme la reacción por el hecho. Incluso es posible para la sentencia disminuir del tipo básico al privilegiado, o del agravado al básico o privilegiado o, en la infracciones progresivas, de la mayor a la menor, afirmando de oficio la circunstancia que aminora la reacción penal, pero ello únicamente cuando la figura más grave contiene íntegramente a la menos grave o se le agrega a ella sólo la circunstancia que aminora la reacción penal, según lo establecido por nuestro Código Procesal Penal en el Artículo 388. En cambio, cuando pese a proteger un interés jurídico, las figuras son secantes el paso de una a otra, introduciendo de oficio la circunstancia que conduce a ella, lesiona el derecho de defensa, pues, si se observa bien, la condena por la infracción más leve, agregando circunstancias al hecho acusado que no han sido objeto de defensa y prueba, encubre la necesidad de una absolución.

¹⁴ Trejo Duque, Julio Anibal Ob. Cit. Pág. 147.

1.11 Probar y controlar la prueba

Tradicionalmente se incluye en el principio de contradicción, el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario. Estas funciones se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la defensa: igualdad de posiciones, o igualdad de armas.

El principio trata de igualar la posición del imputado a la del Ministerio Público a lo largo de todo el procedimiento, pero ciertamente la instrucción preliminar, está regulada en todo caso con cierta preeminencia por los órganos encargados de la persecución, quienes son los que tienen la carga de reconstruir históricamente el hecho imputado, debiendo en ello convencer al tribunal acerca de todos los elementos de la imputación. Concluida la etapa preparatoria, aparece en toda su magnitud el ideal de otorgar posibilidades parejas al acusado respecto de su acusador, aunque según nuestro procedimiento éste se encuentre en la posibilidad de igualar sus armas jurídicas desde las diligencias policiales de conformidad con lo establecido en el Artículo 8 de la Constitución Política de la República de Guatemala. El procedimiento es, idealmente, el momento en el cual el acusador y el acusado se enfrentan en presencia de un equilibrio manifiesto, tanto es así que las facultades de uno son el reflejo de las del otro. En los recursos la situación también es de completa igualdad; incluso rige, casi sin limitaciones, el principio dispositivo.



En los delitos de acción privada, el proceso de igualdad de partes es más profundo, tanto es así, que no existe el período de instrucción, tradicional en los delitos de acción pública y, prácticamente, todo el procedimiento se resume en el juicio o procedimiento principal, de corte acusatorio.

En este punto es esencial tener en cuenta la posición de los órganos del estado, encargados de la persecución, hay que tener presente que el Ministerio Público, no es verdaderamente una parte del procedimiento penal, en el sentido que no hace valer en él un interés subjetivo, propio o ajeno, en la actuación de la ley penal, sino por el contrario, un órgano público cuyo interés se resume, como el de los órganos jurisdiccionales, en la correcta actuación de la ley penal, pues tanto ampara al ciudadano, como le imputa un hecho punible y demanda una consecuencia jurídica. El Ministerio Público no está situado frente al imputado para inquirir y requerir sólo en contra de él, sino, todo lo contrario, de allí que tenía la facultad de requerir el sobreseimiento o la absolución, si el resultado del procedimiento así lo indica y pueda recurrir también a favor del imputado aplicando la objetividad establecida en el Artículo 108 del Código Procesal Penal.

Otro de los elementos que tiende a equipar las posiciones entre acusador y acusado, es la defensa técnica como presupuesto de validez del procedimiento. De allí que resulte necesario que un defensor asista al imputado, cuando él no posee conocimientos jurídicos suficientes o, aún con ellos, no puede ponerlos en práctica con idoneidad. El defensor no es tan sólo un asistente técnico del imputado, sino, antes bien, en verdadero sujeto del proceso penal, que, por lo general, ejerce facultades



autónomas, sin depender de la voluntad del imputado, y cuya actividad responde siempre a un interés parcial, la defensa del imputado.

Sumado a ello para que el perseguido penalmente tenga las mismas posibilidades de influir sobre la reconstrucción histórica de la imputación que su acusador formula, se le deben reconocer, a él y a su defensor, según el tratadista Par Usen, José Mynor, en su obra **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**, al menos, las siguientes facultades:

- **Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia:** Circunstancia que se verifica plenamente en el debate, que se cumple en forma ininterrumpida y con presencia de todos los sujetos procesales inmediación, y en él son incorporados los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia. Así también las leyes procesales guatemaltecas, prevén distintos mecanismos para asegurar la participación del acusado en los actos importantes que transcurran en la investigación preliminar y que pudieren tener algún tipo de relevancia en la sentencia, tal el caso de las pruebas irreproducibles y de los anticipos de prueba de conformidad con lo establecido en el Artículo 317 del Código Procesal Penal.
- **Producción de prueba de descargo:** La que se verifica además de las posibilidades normadas en la investigación de la etapa preparatoria en el momento de ofrecer prueba para el debate, facultad que genera como consecuencia el deber del tribunal de ordenar su recepción durante la audiencia,



salvo cuando resultare evidentemente impertinente o superabundante, así como lo establece el citado Código en el Artículo 348.

- Valoración de la prueba: Significa la posibilidad de indicar al tribunal el sentido que debe tener su decisión, tanto en la reconstrucción fáctica del comportamiento atribuido, como en la valoración jurídica.

Existen además otras reglas o disposiciones formales tendientes a facilitar la defensa, que prevén la intervención, asistencia y representación del imputado aparejando a ellas la ineficacia absoluta del acto si se contravienen; por otra parte, se debe advertir que la averiguación de un hecho, desde su inclusión como procedimiento secreto para el imputado y su defensor, ha evolucionado constantemente, admitiendo la actividad defensiva, aún cuando todavía con algunas limitaciones.

Otras derivaciones del derecho de defensa, son la imposibilidad de la “**reformatio in pejus,**” que afecta al debido proceso y lesiona el derecho de defensa del acusado; y la inadmisibilidad del juicio contra ausentes o la contumacia, ya que en el proceso penal no basta con sólo conceder una posibilidad cierta de defenderse, sin controlar de hecho que quien se defiende pueda, realmente, ejercer su defensa; al contrario, necesita verificar, de cuerpo presente, que el imputado sea idóneo para intervenir en el procedimiento, constatar su capacidad, y esté en condiciones para ejercer las facultades, que, al efecto le concede la ley procesal penal guatemalteca. Puede incluirse también la incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, vinculado con la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo.



“La Constitución Política de la República de Guatemala está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido, desde el punto de vista de la constitución formal a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.”¹⁵ Una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la constitución formal y la constitución real en la aplicación procesal penal de la misma.

“Para lograr la defensa procesal de la constitución puede escindirse de dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas: la primera podemos denominarla de manera convencional como protección de la constitución, y la segunda garantías constitucionales.”¹⁶

El primer sector, relativo a la protección de la constitución se integrará por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental,

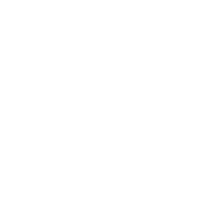
¹⁵ Maldonado Aguirre, Alejandro. **El control constitucional**. Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Pág. 15.

¹⁶ **Ibid.** Pág. 16.



tanto por lo que respecta a sus atribuciones, como también y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados, es decir, con estos instrumentos se pretende lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad procesal.

La segunda categoría está formada por las llamadas garantías constitucionales pero entendidas no en el concepto tradicional que identifica dichas garantías con los derechos de la persona humana y que en Guatemala se consagran constitucionalmente, sino como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder, a pesar de los instrumentos protectores mencionados, los cuales pueden ser insuficientes en determinadas hipótesis para lograr el respeto y cumplimiento de las disposiciones constitucionales.





CAPÍTULO II

2. Principios constitucionales del derecho de defensa

Haciendo un examen de los principios constitucionales que rigen el proceso penal nos permitiría mirar en toda su extensión y profundidad sus procedimientos, que son, por cierto los que más hondamente afectan los bienes e intereses del individuo: la libertad del ser humano y las atribuciones del poder público. “Al referirnos a los principios constitucionales del proceso, aludimos a un conjunto de derechos públicos subjetivos, expresos o implícitos a los justiciables por los principios fundamentales que nos señala la Constitución Política de la República de Guatemala, para asegurar las condiciones necesarias y suficientes para el logro de una solución justa y eficaz a los litigios en donde están en juego muchos valores importantes para el ser humano, tal cual es la vida, la libertad, etc”¹⁷.

Los principios constitucionales dominan, encausan y explican el proceso del cual se han derivado la ciencia y la experiencia, a razón de las decisiones político – filosóficas que originan el sistema procesal.

En ese sentido el proceso penal no sólo es el instrumento necesario a través del cual el Derecho Penal se aplica, debe también observarse como un medio de intromisión estatal en la esfera de la privacidad individual, aspecto que puede llevarnos al peligro

¹⁷Pinto Acevedo, Mynor. *La jurisdicción constitucional en Guatemala*. Publicación De La Corte De Constitucionalidad, (S.F.). Pág. 36.



de menoscabo de los derechos humanos, por lo cual una justicia recta debe salvaguardar estos derechos durante el devenir del proceso, donde el acusado debe ser tratado como un inocente hasta que recaiga sentencia condenatoria en su contra, por cuanto el principio constitucional de presunción de inocencia así lo establece. Se trata de probar la culpabilidad o inocencia de una persona, pues si el trato de ésta fuera el de culpable el proceso sería innecesario.

“El proceso penal, lejos de ser simplemente un conjunto de técnicas apropiadas para permitir la aplicación del Derecho Penal material, posee un sentido político y en un sistema democrático, el proceso penal pretenderá aplicar igualmente el Derecho Penal pero estará dotado de unas garantías básicas de protección de los derechos básicos de todo procesado.”¹⁸

En consecuencia, el proceso penal es una de las instituciones jurídicas más sensibles a la protección de los derechos fundamentales. Existiendo el riesgo de que creyendo que el imputado es, ya de algún modo, culpable, se pierda a la idea de que es un ciudadano bajo la presunción constitucional de inocencia, y de hecho se considera éste un principio básico del proceso penal; pero hay otros muchos derechos fundamentales, como el de la legalidad, la imparcialidad, el derecho a un abogado o la nulidad de la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental. Se suele hablar de los principios políticos y técnicos del proceso, como categorías diferentes.

¹⁸ Ruiz Castillo De Juárez, Crista. *Teoría general del proceso*. 9ª Pág. 89.



Los principios políticos son aquellos que establecen o dominan la orientación del enjuiciamiento y determinan las soluciones procesales más importantes e influyentes; los técnicos son reglas para la organización práctica del proceso: ellos repercuten en los primeros.

Los principios cambian de acuerdo a cómo se modifican los sistemas políticos. Los principios que rigieron en el procedimiento inquisitorial no son el mismo que rige en el procedimiento democrático. El tiempo pasa y los principios cambiaron y el procedimiento también y éstos no son simplemente conceptos teóricos o doctrinarios, sino fundamentalmente consideraciones político jurídicas que gobiernan el proceso penal dentro de una política penal estatal y global que tiene por función controlar el ejercicio del poder punitivo del Estado, a fin de que el imputado enfrente la selección del sistema penal con garantías y derechos en un plano de igualdad jurídica y respeto a su dignidad como persona humana.

Poseen una importancia también política, ya que por definición los principios constituyen las bases fundamentales, marcos y criterios orientadores, indispensables para construir el ordenamiento que Guatemala anhela. Constituyen la base en que deben sustentarse los legisladores y gobernantes para establecer, aisladas y en conjunto las formulas procedimentales a que debe sujetarse el derecho penal, y lo mismo debe acontecer con el juez, el cual está en la obligación de anteponerlo a la ley ordinaria a la hora de aplicar normas a los casos concretos.



Los principios constitucionales propiamente dichos son: el debido proceso, el derecho de defensa, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a un juez legal o natural, la presunción de inocencia, el **indubio pro reo**, el **ne bis in idem**, la instancia plural, la motivación de resoluciones judiciales, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el principio de publicidad, el principio a no ser obligado a declarar contra sí mismo, el principio de oralidad e inmediación, la igualdad procesal y el principio de exclusividad que se traducen y regulan en nuestro ordenamiento jurídico como a continuación se describen:

2.1. Legalidad

Regula el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala que “no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración;” así mismo en el Artículo 1 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República se establece acerca “(de la legalidad) Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas por la ley”, lo cual se integra a lo regulado por nuestra Constitución y a lo establecido en el Artículo 1 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República estableciendo que “No hay pena sin ley. **(Nullum poena sine lege)**. No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad” así pues el Artículo 2 del citado Código regula “No hay proceso sin ley. **(Nullum proceso sine lege)**. No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o



querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal”.

Este principio se encuentra protegido por las garantías procesales reguladas en el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República:

- La garantía criminal: (**nullum crime sine lege**) regulada en el Artículo 2,
- La garantía penal: (**nullum poena sine lege**) establecida en el Artículo 1;
- La garantía jurisdiccional: regulada en los Artículos 2, 4 y 7,
- La garantía procesal: regulada en los Artículos 3 y 6; y
- La garantía de ejecución: regulada en el Artículo 7.

El principio de legalidad es un principio constitucional a través del cual se establece un límite al **ius puniendi** del Estado ya que con esto las personas pueden tener la seguridad que el Estado únicamente podrá intervenir por la vía penal cuando se le impute como autor de la comisión de un hecho señalado como delito o falta por una ley previamente promulgada; así mismo sólo podrán imponerse medidas coercitivas o que restrinjan sus derechos que se encuentren establecidas previa y expresamente en la ley penal nacional, a su vez estas serán impuestas por una autoridad judicial utilizando como medio una sentencia dictada en un proceso llevado con todas las garantías establecidas.



2.2. Debido proceso

Se contempla en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 12 que “nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal...” haciendo referencia al debido proceso que además se encuentra contemplado en el Artículo 4 de nuestro Código Procesal Penal que refiere a este principio regulando “...un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.”

El debido proceso es puesto en marcha en el momento mismo de la manifestación de la acción penal a través de 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, artículo 71 Código Procesal Penal, siendo esto lo que conocemos como actos introductorios, administrando justicia pronta pero respetando, claro está, al sindicado, el ejercicio pleno de sus derechos, garantías y recursos para que con esto se mantenga un estado de derecho.

El Código Procesal Penal guatemalteco le otorga una protección a este principio regulando las garantías procesales siguientes:

- La garantía de imperatividad del proceso: contemplada en el Artículo 3,
- La garantía de juicio previo: regulada en el Artículo 4;



- La garantía de protección a los fines del proceso: en su Artículo 5,
- La garantía de posterioridad del proceso: regulada en el Artículo 6.

La importancia de este principio procede de su carácter como instrumento para la protección de otros principios y garantías que únicamente pueden ser restaurados a través del debido proceso, siendo éste una garantía en la jurisdicción aplicada en un Estado de Derecho, utilizando la definición de Arturo Hoyos, diremos que “este derecho fundamental asegura a las partes en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas la oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto a las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”¹⁹.

2.3. Transparencia

Principio de especial importancia para el actuar de la administración de justicia y que se resguarda en el proceso en base a las garantías procesales reguladas en el Código

Procesal Penal, y son:

¹⁹ Escuela de verano del poder judicial, **Seminario especializado de derecho procesal penal: principios procesales y debido proceso**, pág. 7.



- La garantía de obligatoriedad: que se regula en el Artículo 12,
- La garantía de gratuidad: contemplada en el Artículo 12;
- La garantía de publicidad del proceso: en el Artículo 12, y
- La garantía de Indisponibilidad: incluida en el Artículo 13.

El deber del Estado de Guatemala es “garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona” como lo regula la Constitución Política de la República en el Artículo 2, es importante que el desempeño del órgano jurisdiccional esté dotado de transparencia para que prevalezca la justicia, es así como en el mismo cuerpo legal pero en su Artículo 203 regula que “la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República, corresponde a los tribunales la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado...”, así mismo regula que “la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca, claro que en forma gratuita y respetando la publicidad en el proceso, la cual se encuentra regulada en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El principio de transparencia básicamente establece que dentro de un debido proceso debe existir un medio por el cual el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales debe comprometerse a juzgar únicamente en base a leyes preexistentes al acto que se imputa, siendo este un tribunal preestablecido garantizando la independencia, gratuidad,



publicidad, obligatoriedad del actuar del juez en el proceso penal como un mecanismo instituido para evitar la manipulación del poder judicial del Estado.

2.4. Presunción de inocencia

Regula el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada...”, por lo tanto la sentencia es la única resolución dentro del proceso penal que puede cambiar la situación de inocencia del imputado en base a la determinación de la responsabilidad y culpabilidad de ésta en la comisión de un hecho delictivo; a su vez es regulado en el Artículo 14 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República el: “Tratamiento como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o medida de seguridad y corrección”.

Es así como la presunción de inocencia resulta ser un derecho fundamental para el sindicado, que lo acompaña desde el momento en que a éste se le atribuye la comisión de un hecho delictivo y corresponde el inicio de la persecución penal por parte Ministerio Público, para que mediante una investigación, que establezca la verdad y la aportación de medios de prueba idóneos pueda desvirtuar la situación jurídica de presunción de inocencia del imputado, pero sin que esta situación de lugar a dudas; ya que lo que se busca es establecer la participación del imputado en el delito y es el juez quién debe determinar la vigilancia y garantizar el trato de inocente durante todas las fases del



proceso, hasta que el Estado a través de la administración de justicia en Guatemala, exteriorizando su voluntad en una sentencia penal firme por la que se declare la culpabilidad firme y le sea impuesta una pena al imputado, éste mantendrá su status de inocencia durante la substanciación de cada una de las etapas del proceso penal.

Este principio, acompaña a la persona sindicada de la comisión de un hecho delictivo durante todo el proceso y es resguardada en el Código Procesal Penal con las garantías siguientes:

- La garantía de tratamiento como inocente: Artículo 14,
- La garantía de interpretación restrictiva de la ley: en el Artículo 14;
- La garantía de excepcionalidad y proporcionalidad de las medidas de coerción: contemplada en el Artículo 14, y
- La garantía de que la duda favorece al imputado (**induvio pro reo**): contemplada en igual forma el Artículo 14.

2.5. Juicio previo

Principio íntimamente ligado al debido proceso y que se encuentra protegido por la garantía procesal siguiente:

- La garantía de juicio previo: contemplada en el Artículo 4 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.



Además de contemplar el debido proceso, el Artículo 12 de nuestra Carta Magna incluye el principio de juicio previo al establecer que antes que el juez o tribunal pueda decretar una medida de seguridad y corrección o una pena, así como restringir los derechos o dictar una sentencia en contra del sindicato, éste debe: “haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”, a su vez el Artículo 4 del Código Procesal Penal, plasma esta figura jurídica en forma independiente regulando como: “Juicio Previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución...”

Extractando el pensamiento de Alberto Binder, quién argumenta que el: “Juicio previo es una fórmula sintética en la que está contenida una *limitación objetiva* al poder penal del Estado, (la forma concreta que prevé la Constitución) y una *limitación objetiva* al ejercicio de ese poder (el juez como órgano jurisdiccional), también es una fórmula en otro sentido; expresa el punto de máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías de defensa, inocencia, inviolabilidad del ámbito íntimo, intermediación, publicidad...”²⁰. Es así, que este principio le otorga a los particulares la seguridad de no poder ser sometidos a una pena o medida de seguridad y corrección por la comisión de un delito o falta sin que previamente exista una sentencia de condena dictada de conformidad a un proceso llevado ante una autoridad judicial competente, preestablecida donde se haya respetado un debido proceso.

²⁰ Binder, Alberto, *Ob. Cit*; pág. 115.



2.6. Defensa

El Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula que “ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta”, a su vez el Artículo 16 del mismo cuerpo legal establece que dentro del proceso penal, “ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley” y no podrá dictarse un auto de prisión “sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él”, como lo regula el Artículo 13 del mismo cuerpo legal.

La importancia en la aplicación de este principio radica en ser un derecho fundamental desde el primer momento del proceso con la implementación de la presunción de inocencia dentro de un debido proceso, incluyendo a su vez otras protecciones que se desarrollarán más adelante.

“La defensa de la persona y sus derechos son inviolables” establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 12 y el Artículo 20 del Código Procesal Penal, Jorge Mario Castillo González en sus comentarios a la Constitución menciona “constitucionalmente el derecho de defensa es inviolable. Su violación produce la nulidad absoluta. La condena o la privación debe ser precedida del deber de



advertir e invitar a la persona a que se defienda²¹, esto además se regula en el Artículo 11 Bis del Código Procesal Penal que establece que "...toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa...".

Este es un principio que se encuentra desarrollado en el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República pero se regula especialmente en la garantía siguiente:

- La garantía de defensa: establecida en el Artículo 20.

Si bien es cierto este principio se encuentra íntimamente ligado al debido proceso, es importante su estudio independiente, atendiendo a su especial importancia por ser la forma en la que el sindicado encara al Ministerio Público dentro de su actividad investigativa dentro del proceso penal y que debe ser ejercido de conformidad a las facultades que la Constitución Política de la República de Guatemala y la ley otorgan; una manifestación clara de este derecho la encontramos en la declaración del sindicado en la cual debe encontrarse asistido por una defensa técnica o con el ejercicio de la defensa material.

2.7. Igualdad

De acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 4: "En Guatemala, todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos",

²¹ Castillo González, Jorge Mario, *Constitución Política De República De Guatemala, Comentada*, Pág. 23.



garantizando de esta forma la igualdad en el proceso así como la observancia de todas las garantías y derechos que la constitución y las leyes establecen; siendo el encargado de esta función, el juez, ya que debe aplicar estas garantías y derechos sin atender a circunstancias como el sexo, status social, nivel intelectual, credo, raza o condición.

Dicho principio que se encuentra resguardado por la garantía siguiente:

- La garantía de igualdad en el proceso: regulada en el Artículo 21 del Código Procesal Penal guatemalteco.

Es así como de Pina Vara, citado por Trejo Duque argumenta que “es el trato igual en circunstancias, que significa la prohibición de toda decisión o norma legal de carácter discriminatorio por parte de los órganos estatales. La igualdad ante la ley, se ha dicho, es un caso de razonabilidad de las leyes que representa una garantía constitucional y una valoración vigente en todos los países constituidos sobre la ideología demoliberal. La expresión **igualdad ante la ley** debe ser entendida en sentido de igualdad ante el derecho”²².

La igualdad debe establecerse desde el momento mismo del inicio del proceso garantizando especialmente que el Ministerio Público y el sindicado se encuentren en las mismas condiciones, permitiendo a este último la posibilidad de ejercer sus derechos en

²² Trejo Duque, Julio Anibal, **Aproximación al derecho procesal penal y análisis breve del actual proceso penal**, Pág. 78.

la tramitación del proceso, teniendo conocimiento de los elementos probatorios que existen en contra de él.

2.8 Celeridad

Los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Guatemala establecen que las acciones procesales deben practicarse inmediatamente, lo cual se refuerza con lo contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece el máximo de tiempo en que una persona detenida puede ser presentada a la autoridad judicial y ésta indagarlo y resolver su situación jurídica, tal como está preceptuado en el Artículo 6; de igual manera en el Artículo 7 “Notificación de la causa de detención. Toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito...” Artículo 8 “Derechos del detenido. Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles...” ambos del mismo cuerpo legal.

Los procedimientos establecidos en el Decreto 51-92 impulsan el cumplimiento rápido de las actuaciones procesales, agilizan el trabajo y buscan el ahorro de tiempo y esfuerzo, y partiendo que según el Artículo 268 inciso 3º del Código Procesal Penal establece que la prisión provisional por regla general no puede exceder de un año, nos encontramos con que el nuevo proceso penal está diseñado para durar en la mayoría de casos menos de ese plazo.



2.9 Indubio pro reo

Este principio pertenece al campo de la valoración de la prueba la cual en el sistema de nuestra ley, es de la incumbencia exclusiva del tribunal de mérito por que se asienta en la idea de que el órgano encargado de de realizar la valoración necesariamente debe ser el que ha estado en contacto inmediato con los elementos probatorios. Es consecuencia del principio de inocencia, ya que en caso de duda y por tanto en sentencia, de existir dudas acerca de la comisión de un ilícito por parte del imputado, se deberá decidir a favor de éste, ya que el propósito esencial de todo proceso penal moderno es garantizar que no se condene a inocentes. El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.”

2.10 Publicidad

El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula que “...El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata..” La publicidad se manifiesta fundamentalmente en el debate y es la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presenciar el desarrollo del juicio. La publicidad cumple un doble objetivo de control y de difusión. Por un lado, permite que los ciudadanos puedan controlar la actuación de la administración de



justicia viendo como proceden, no sólo los jueces, sino también otros pilares del sistema, como son los fiscales, abogados e incluso las fuerzas de seguridad. De esta manera, le será mucha más difícil a un juez dictar una resolución manifiestamente injusta. Asimismo, los abogados o los fiscales verán seriamente comprometido su prestigio profesional ante una actuación negligente o deficiente.

La publicidad tiene un componente negativo, como es la afectación al honor y a la intimidad de la persona sometida a proceso. Es por esa razón que, durante el procedimiento preparatorio, la investigación es reservada a extraños al procedimiento. Sólo en el momento en el cual se concluye que existen indicios serios de culpabilidad, las garantías que da la publicidad cobran preeminencia sobre los perjuicios que ella ocasiona sobre las otras garantías.

De conformidad con el artículo 356 del Código Procesal Penal, por regla general es la publicidad.





CAPÍTULO III

3. La monopolización de la investigación en el procedimiento preparatorio, una violación al derecho de defensa en el proceso penal guatemalteco

3.1 Participación activa de la defensa en el proceso penal

Es menester por tanto en este nuevo papel que entro a desempeñar la prueba, saber cómo es su actual tratamiento en cada una de las etapas del procedimiento, y los principios fundantes desarrollados a partir de su configuración, la naturaleza jurídica que adquirió y como debe ser utilizada para que una respectiva acción penal tenga verdadero éxito y no se quede en una inadmisión o rechazo de ella por no saber su determinado uso.

En base a esta estructuración quedara plenamente determinados cuales son los principios esenciales con los que se rige el nuevo proceso, señalando igualmente cuales son los efectos que pueden tener al configurarse en los diferentes medios probatorios.

Cuando se habla de un Estado de derecho, nos referimos a un Estado sometido al total imperio de la ley, la cual, dentro del ámbito nacional, tiene como norma suprema a la Constitución Política de la República. Según esta misma, como lo indica Guatemala se constituye como un Estado de derecho. De este modo todo nuestro ordenamiento jurídico está sujeto a los principios que de la carta magna dimanen y debe respetar los



derechos fundamentales que en ella se consagran y que encuentran su aplicación y desarrollo en las demás normas.

Todas estas directrices como es natural se enmarcan en todos los escenarios procesales en los que intervienen la sociedad colombiana, de este modo nuestro sistema judicial se caracteriza por dar especial aplicación a todos estos los principios constitucionales. Es de resaltar que, de todas las ramas del derecho, es en el derecho penal donde mayor relevancia adquiere el respeto de todas las garantías constitucionales señaladas en la carta, porque es aquí donde se encuentran en juego todos los derechos fundamentales, ya que el objeto de este es la protección del interés público y la defensa de los derechos individuales y colectivos, castigando las conductas que lo lesionen gravemente o los pongan en peligro.

En la estructura del nuevo procedimiento se incluyen tres etapas básicas distintas: la de investigación, la intermedia y la de juicio. Así mismo, en el proceso se integran cuatro audiencias básicas: la de formulación de la imputación, la de formulación de la acusación, la apertura a juicio y la de juicio oral. Durante el procedimiento de indagación, comprendido entre el momento en que la autoridad conoce de la presunta comisión de un hecho delictivo (**notitia criminis**), y el procedimiento de investigación, comprendido entre la formulación de la imputación y la formulación de la acusación, se presenta un despliegue de diligencias dirigidas por el fiscal y ejecutadas por la policía judicial tendientes a buscar elementos materiales de prueba. La formulación de la acusación, que da inicio a la etapa final del juicio se presenta cuando, considerando los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida,

se puede afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta se cometió y que el imputado es el autor o partícipe.

3.2 Principios fundantes

Es en los aspectos reseñados anteriormente donde radica la importancia de analizar el manejo de la prueba a la luz de los principios constitucionales aplicables al proceso penal.

a. **Principio de Contradicción:** En primer lugar estudiaremos el principio de contradicción, en virtud del cual las partes tienen derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Lo que se entiende por controversia de la prueba es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. En efecto, los elementos materiales que se pretendan hacer valer en el proceso, durante la etapa de juicio deben someterse a un debate en el que las partes puedan ejercer su derecho de contradecirlas, en aquellos casos en los que puedan afectar sus intereses.



b. **Principio de Concentración:** El principio de concentración hace referencia a la posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral. En consecuencia, según lo dispuesto por el Código de Procesal Penal durante la actuación procesal la practica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, que consagra el derecho que tiene el procesado a tener un juicio público, oral, contradictorio y concentrado, buscando obtener el adecuado ejercicio del derecho de defensa a lo largo del proceso.

El principio de concentración tiene como fin evitar dilaciones injustificadas del proceso, haciéndolo más expedito y ágil, con el objeto de alcanzar un alto grado de continuidad, permitiéndole al juzgador, a la hora de tomar una decisión, tener una idea global de la argumentación presentada durante el debate probatorio. Con respecto a este principio encontramos los actos de prueba, que hacen referencia las actividades de las partes encaminadas a obtener los elementos y el material probatorio durante la investigación, con carácter provisional y no definitivo, para su posterior discusión en el juicio.

Las pruebas propiamente dichas son aquellos elementos que son admitidos para generar la convicción judicial suficiente, sobre los recae el debate probatorio y, por tanto, solo a estas se aplica el principio de concentración, pues los actos de prueba no tienen vocación de permanencia dentro del proceso, lo que si sucede con las pruebas.

c. **Principio de Inmediación:** La necesidad de que el juez tenga una relación directa con los sujetos procesales y con los materiales elementos de convicción que ellos aportan, se concreta en el principio de inmediación de la prueba. Entre los



principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de la inmediación en virtud del cual el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin.

El principio de inmediación implica que debe haber una presencia e identidad física del juzgador, pues, debe ser el quien conozca personalmente el material probatorio recolectado, lo que no sucedía en el régimen procesal penal anterior, en el cual otros funcionarios judiciales podían llevar a cabo las respectivas diligencias transmitiéndole luego al juez, mediante un acta, lo en ellas observado. El juez, que es en últimas quien toma la decisión, debe formarse su propia visión acerca de los hechos materia del proceso y obtener la convicción necesaria para un pronunciamiento justo.

d. **Principio de publicidad:** El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala consagra el derecho que tiene toda persona a un debido proceso público, esto con el de garantizar la transparencia en la administración de justicia, pues el conocimiento que tenga la comunidad de las actuaciones que se surtan en el proceso sirve para controlar los abusos del poder que se lleguen a presentar y para exigir a las partes una mayor lealtad. En consecuencia, el debate probatorio debe ser abierto y permitir la participación de la sociedad siempre y cuando esta no interfiera en el normal desarrollo del proceso y no afecte la seguridad nacional. El principio de publicidad permite que el juez considere las pruebas allegadas al proceso de una



manera neutral, objetiva e imparcial, de manera que su valoración no se vea inclinada hacia uno u otro lado obedeciendo a intereses ajenos al bien común.

Una vez analizados los principios fundantes que determinan la legalidad de la prueba dentro del proceso penal, entraremos por determinar la aplicación de las pruebas en cada una de las etapas del procedimiento, mencionadas anteriormente.

3.3 Participación del defensor en la investigación

Se ha determinado por la doctrina que la acusación se presenta cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se puede afirmar que la conducta delictiva existió. En el escrito de acusación deberá hacerse el descubrimiento de las pruebas, por medio la presentación de un documento relacionado con los hechos que no requieren prueba, las pruebas anticipadas que la Fiscalía pretenda aducir al juicio oral, siempre y cuando su practica no pueda repetirse en el, la indicación completa de testigos y peritos que se presentaran al juicio oral, el señalamiento de los documentos objetos u otros elementos que quieran aducirse y los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.

Como un tema basilar relacionado con las pruebas, debe indicarse que la aplicación de principio de oportunidad y los preacuerdos y negociaciones entre imputados o acusados, la Fiscalía no proceden por caprichos del funcionario o conveniencias que no estén basadas en un mínimo probatorio seriamente orientado a la responsabilidad



del imputado, pues siempre deberá respetarse la presunción inocencia del imputado.

Con la presentación del escrito de acusación comienza el juzgamiento.

a) Audiencia preparatoria y elementos de convicción: En esta audiencia pueden hacerse observaciones sobre el descubrimiento de los elementos probatorios, el juez dispondrá que la defensa descubra sus elementos probatorios, que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de elementos probatorios que harán valer en el juicio oral y publico; el juez podrá excluir las pruebas impertinentes, inútiles, superfluas o ilegales. En ningún caso el juez podrá decretar pruebas de oficio.

El juez concederá la palabra al acusado, y luego a la Fiscalía que presentara su teoría jurídica del caso y lo propio puede hacer la defensa, con base en los elementos materiales probatorios e informes recaudados durante la investigación. Es el momento del juicio que se titula como declaración inicial o alegatos de apertura, de corte mas descriptivo y lleno de aspiraciones de las partes que dependerán de los resultados probatorios del Juicio Oral.

Sucesivamente se procede a la práctica de pruebas, que consiste en la presentación, en el caso particular de los testigos, primero serán examinados individual y separadamente los de la acusación, y después los de la defensa, pero cada parte determinara el orden si presentare varios. El juez advertirá a cada testigo os derechos y privilegios que tiene de acuerdo a la ley.



En relación con los testigos, el Código de Procesal Penal prevé que, excepcionalmente, el Juez podrá intervenir en los interrogatorios y contrainterrogatorios para conseguir que la declarante responda la pregunta que le han formulado o le hagan de manera clara. Una vez terminados los interrogatorios por las partes, el juez y el Ministerio Público podrán formular preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

Esta fórmula unida a la de que el juez no puede decretar pruebas de oficio, esta consideración es aceptada con el principio acusatorio, por que por un lado se conserva la regla de que son las partes las que individualizan los hechos por probar y establecen que pruebas deben ser usadas, pero por otra parte, como se entiende que el juez llega sin ninguna información al juicio, las partes son las que deben suministrarla por medio las pruebas, y como también el debe llegar a una convicción mas allá de duda razonable para emitir sentencia condenatoria, entonces resulta equilibrado que pueda hacer interrogatorios complementarios, es decir formular preguntas después de que la acusación y la defensa hayan agotado su oportunidad.

La imparcialidad del juez como esencia de esa función jurisdicente en un estado de derecho ha sido prevista en los instrumentos internacionales como derecho fundamental del ciudadano, cuando el juez decreta pruebas de oficio indudablemente señala una tendencia, por que siempre favorecerá con su conducta el interés básico de cualquiera de los sujetos procesales enfrentados y, aunque en abstracto solo le asiste un interés objetivo, en el caso concreto y en la practica, indefectiblemente, se traducirá en un interés subjetivo.



De esta manera, con apoyo en la previsión constitucional transcrita, la prueba se diseña como una actividad transitiva de las partes al juez y no como una actitud reflexiva del funcionario, la prueba tiene por fin llevar al conocimiento del juez, mas allá de duda razonable, los hechos y circunstancia material del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado como coautor o partícipe. Así entonces, de acuerdo con esta concepción, probar significa convencer al juez por medio de un acto completamente externo a él, en relación con la certeza de la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad del acusado.

Sin embargo, debe advertirse que sobre el particular existe una posición contraria, por cuya interpretación se señala que como el fin del proceso penal es la actuación correcta de la ley penal y la búsqueda de la verdad material, además de que la pena estatal es de interés público, a esos objetivos no podría renunciar el juez, siempre y cuando este provisto de este interés objetivo y no de otro de carácter personal, aun al precio de comportarse como un interesado mas en la decisión del caso, y, en consecuencia, decretar pruebas de oficio para evitar la impunidad o el error judicial.

b) A la luz del Artículo 183 del Código Procesal Penal: La problemática de la prueba constituye un aspecto esencial, es un pilar fundamental dentro del campo procesal general y más aún del procesal penal, toda vez que ella será la que determine la resolución justa o injusta de la causa que tome el tribunal competente; de ahí surge la necesidad de que sea válida y efectiva, generada conforme a ley y a las garantías del debido proceso. Pero lamentablemente, así como es de importante la prueba, es también el elemento procesal más susceptible de ser alterado, pues su manipulación



puede darse en varios momentos: a la hora de formarla o recogerla, al presentarla e incorporarla y en la valoración para decisión judicial.

La prueba en materia penal es sinónimo de garantía, naturaleza que le convierte en imperativa. De ahí tenemos que dentro de este campo para que algo sea considerado como una prueba valedera de cargo o de descargo sobre la culpabilidad o no del acusado, se requiere de conformidad al Código Procesal Penal (Artículo 309), que sea pedida, ordenada, practicada e incorporada en el juicio solamente y ante los Tribunales Penales, salvo las consideradas como pruebas urgentes o anticipos probatorios de prueba; además se condiciona su validez al hecho de que no sean obtenidas a través de medios como tortura, maltratos, coacciones, amenazas, engaños, inducción a la comisión del delito u otros medios corporales o psíquicos que vulneren la voluntad del sujeto y que violan también los derechos humanos reconocidos por nuestra legislación y por instrumentos internacionales.

Por consiguiente toda prueba que quebrante estas garantías, así como las constitucionales, no tendrá validez alguna para fundamentar la acusación o para producir la convicción de los tribunales en la sentencia, por más que el único medio para conseguirlas sea la violación de un derecho, hecho que se encuentra contemplado en ley adjetiva penal en el Artículo 181.

Además, la prueba debe tener relación con el objeto del proceso, es decir, ser pertinente, que busca descubrir la perpetración del delito y la responsabilidad del



acusado, en lo penal buscamos la valoración de un hecho concreto que ya ocurrió pero con la limitación de respetar las garantías constitucionales y los derechos humanos de las partes que intervienen en el proceso como ya mencionamos.

La prueba ilícita es aquella que en sentido absoluto o relativo, es contraria a la forma establecida en la norma o va contra principios y garantías protegidos por el derecho positivo, que recoge además la protección contenida en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Muchos tratadistas como la costarricense Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo hablan que: “una denominación más precisa de ella, no se refiere a prueba ilícita, sino a prueba obtenida por medios ilícitos”²³, cuestión que también es considerada por nuestra legislación; mientras que otros doctrinarios como Daniel González Álvarez dicen que: “son limitaciones a los medios de prueba o limitaciones probatorias por tratarse de normas relativas a la admisibilidad o inadmisibilidad de pruebas.”²⁴

La prueba ilícita tiene íntima relación con el concepto de medio de prueba prohibido o ilícito, que es aquel que proporciona elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho o la responsabilidad de un sujeto, pero que el ordenamiento jurídico lo prohíbe utilizar, por ser contrario a sus principios y garantías; es decir son pruebas obtenidas o utilizadas en contra de lo que señala la ley y su consecuencia directa es la inadmisibilidad, sin importar de la clase de prueba. El caracterizarle a un prueba como ilícita u obtenida por medios ilícitos, va a variar de acuerdo a la

²³ Sáenz Elizondo, María Antonieta. *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica.*- La Prueba Ilícita En El Proceso Penal. Pág. 21.

²⁴ *Ibid*; Pág. 24.



legislación de cada país, en el nuestro hemos dicho ya que se le considera a la obtenida con violación a la ley y a la constitución, instrumentos normativos donde se consagran el debido proceso y la protección misma a las garantías del ciudadano, sobre todo en lo que involucra derechos humanos.

Esta prueba ilícita puede ser detectada y examinada en dos momentos procesales:

- En la etapa intermedia, durante la audiencia preliminar. Este es el momento en el que mejor desempeño tiene el juez como garantizador del debido proceso, aquí se fijan las evidencias principales preprocesales o procesales que van a convertirse en pruebas en el juicio, y es por ello que puede detectar si hay alguna prueba ilícita.
- El momento de dictar sentencia por parte del Tribunal Penal, luego de que se han presentado todas las pruebas de cargo y descargo, le corresponde al Tribunal analizarlas para ver cuáles le sirven para fundar su sentencia.

3.4 Efectos de la prueba ilícita

El principal efecto en la legislación guatemalteca de toda prueba que se obtenga con violación de las garantías individuales reconocidas, es ilegal, por lo que no tendrá validez alguna, es nula e inadmisible, sea prueba para fundamentar la acusación o para llevar a convicción al Tribunal Penal.



Esta tacha de ilegalidad de las pruebas no implica solamente a los actos inmediatos con los que se viola la garantía constitucional sino también a sus consecuencias, así Ricardo Vaca Andrade nos pone un ejemplo que vale mencionarlo en este momento, “pues es sobre una confesión del imputado receptada mediante tortura, confesión en la que menciona el lugar específico donde se encuentran determinados objetos que son parte del delito y que son incautados por las autoridades; pruebas que el momento de ser analizadas tendrán que ser desechadas por ilegales, ya que en cuanto a la confesión, ésta se logró a través de medios inadecuados y prohibidos y la incautación al ser consecuencia de la información inadmisibile también será nula”²⁵. Esta tesis de causalidad de los elementos de prueba ilícitos, ha sido recogida por una buena parte de la doctrina y jurisprudencia internacionales, la jurisprudencia norteamericana la ha denominado como “tesis del fruto del árbol envenenado”, mientras que otros como J. Maier, J.I. Cafferata, De Marino, etc. la han llamado “regla de exclusión o la doctrina de la fuente independiente”, según la cual no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado o acusado en el proceso penal.

Ahora, con el ejemplo citado podemos darnos cuenta que hay y habrá un sin número de casos que van a quedar en la impunidad por el hecho de no existir prueba valedera que lo fundamente, pero lamentablemente este es el precio que la sociedad misma y el sistema jurídico imperante de un Estado social de derecho deben pagarlo a cambio de la tutela de derechos humanos considerados como fundamentales a nivel mundial, a tal punto que han sido recogidos no sólo por la Carta Magna sino también por

²⁵ Vaca Andrade Ricardo. **Manual de derecho procesal penal**. Tomo 2. Pág. 94.



instrumentos internacionales. Sin embargo en sociedades como la colombiana, según el tratadista Jorge Arenas Salazar predomina jurisprudencialmente la tesis de; “que los actos consecuencia de las pruebas ilícitas (en el ejemplo mencionado la incautación de objetos) son objetivos, neutros al valor de licitud o ilicitud de las pruebas, y quienes sustentan esta aseveración, la justifican en que debe considerarse siempre superior el interés de la colectividad, que no se debe dejar sin castigo una conducta delictiva por causa de un formalismo o tecnicismo procesal, aunque implique sacrificar los intereses del particular en el caso concreto”²⁶. Ellos a mi forma de ver lo que estarían haciendo es lo que la misma doctrina lo ha llamado como la “supresión mental hipotética”, esto es, eliminan lo ilícito y se quedan con lo lícito, cosa que en la práctica no lo podemos hacer.

Ya no es posible continuar viviendo en una sociedad donde la base de cualquier declaración sea el maltrato físico o psicológico del sospechoso para conseguir que se declare culpable, lo sea o no en realidad; estos métodos inhumanos fueron utilizados y lo son todavía en muchos países, pero la lucha permanente es para eliminarlos definitivamente porque así como en ocasiones servían para obtener la verdad, la mayoría de veces era un medio de escape al sufrimiento que se les estaba ocasionando y lejos que hacer justicia, se seguía cayendo en la impunidad de los verdaderos responsables.

²⁶ *Ibidem*. Pág. 92.



3.4 Orden de presentación de la prueba

Las pruebas dentro del proceso penal deben ser producidas y presentadas en la etapa del juicio y ante los tribunales penales, para que ahí tanto las partes como los jueces puedan conocerlas, analizarlas, valorarlas y cuestionarlas, salvo lo que se refiere a pruebas urgentes o anticipos jurisdiccionales de prueba. Este es el momento en el que entran a regir con mayor magnitud los principios de oralidad, contradicción, inmediación, publicidad y concentración principalmente.

El Código Procesal Penal en los Artículos 375 al 381 establece que la prueba puede ser material (reconocimientos, instrumentos del delito, pericial, reconstrucción del hecho), testimonial (del ofendido, propio y del acusado) y documental (documentos públicos y privados); “y en el momento mismo del desarrollo de la audiencia de juicio, el fiscal, el acusador particular, si lo hubiere y el defensor del acusado en su exposición inicial pedirán la práctica de las diversas pruebas al tribunal, pruebas para las cuales la legislación misma no ha establecido un orden específico pero que según la doctrina²⁷ se aconseja:

- Peritos
- Testigos

²⁷ García Falconi, José. **Manual de práctica procesal penal**, Pág. 42



- Documentos, objetos y otros medios
- Inspecciones personales y reconstrucción de la escena

Siguiendo las disposiciones para la sustanciación de esta audiencia de juicio, podemos establecer un orden de presentación de las pruebas en el siguiente sentido:

- Testimonio del ofendido
- Testimonio de los peritos solicitados por el fiscal
- Testimonio de los peritos solicitados por el acusador particular
- Testimonio de testigos pedidos por el fiscal
- Testimonio de los testigos pedidos por el acusador particular
- Lectura de testimonios anticipados
- Testimonio del acusado
- Reconocimiento voluntario de objetos y vestigios por parte del acusado



- Testimonios de peritos pedidos por el defensor del acusado
- Testimonio de los testigos pedidos por el defensor del acusado
- Testigos solicitados en la audiencia.
- Otras pruebas.

En cuanto a la presentación de pruebas, podemos decir que por una parte este es el orden que necesariamente se debe respetar, y que se lo cumplirá de acuerdo con la lista de nombres que cada parte debe dar al tribunal antes de la audiencia; pero también tenemos que mencionar que otra parte de la presentación de pruebas no es rígida, esto es, en lo que se refiere a incorporar documentos u objetos, las partes pueden hacerlo en cualquier momento del juicio antes del debate, de acuerdo a lo que consideren oportuno, es decir pueden incorporarlos en su intervención inicial o cuando se esté interrogando a los peritos, testigos, ofendido o acusado, luego de preguntarles sobre dichos documentos u objetos o hacerles reconocer. De la misma forma la ley adjetiva penal reconoce el derecho del presidente del tribunal sin establecerle un momento para llamar a cualquier persona a que sea interrogada y ordenar que se exhiban ante el tribunal documentos u objetos que éste crea necesarios para esclarecer el hecho que se investiga.

3.5 Anticipos de prueba

El Artículo 317 del Código Procesal Penal, expresa que por regla general la prueba debe producirse en el juicio y ante tribunales penales, pero a su vez reconoce la existencia de las pruebas testimoniales urgentes que las recibe el juez de primera instancia penal; siendo el mismo cuerpo legal que manifiesta respecto al testimonio urgente que, para su recepción el juez tendrá que aplicar las disposiciones del testimonio propio. Pero además encontramos que, la ley adjetiva penal contempla también la realización de actos probatorios urgentes, que de igual forma lo debe realizar el juez de primera instancia penal. Frente a este último aspecto tenemos que algunos doctrinarios como el Dr. José García Falconí manifiestan que "...el único acto urgente es el anticipo jurisdiccional de prueba solo referente a la prueba testimonial y nada más..."²⁸. Entonces, estaríamos ante el dilema del sentido que le quiso dar la ley a la frase "actos probatorios urgentes", pero como en materia penal no es aplicable la interpretación extensiva, tendríamos que acogernos al tenor literal de la ley y consecuentemente llegar a la misma conclusión que García Falconí, pues es sumamente claro y que la prueba se la produce en el juicio, siendo la única excepción las pruebas testimoniales urgentes; por tanto los actos probatorios urgentes, tendrían necesariamente que referirse sólo a éstos testimonios y no dejar abierto el campo tan amplio de lo que involucra el término acto.

El anticipo jurisdiccional de prueba que tiene un carácter siempre excepcional porque lo propio y natural es que las probanzas se practiquen directamente en el juicio oral, se

²⁸ *Ibid*; pág. 68.



introduce en el sistema procesal como una modalidad para asegurar elementos probatorios que por algunas circunstancias especiales, no pueden repetirse, realizarse o ser recibidos durante el juicio, pero que sin embargo tienen el mismo valor de prueba que las presentadas en esa etapa. Generalmente estos anticipos de prueba se dan porque el testigo tenga que ausentarse del país y no sepa por cuanto tiempo o sea de forma indefinida, o porque exista el riesgo latente de que muera antes de que se realice la audiencia de juicio o caiga en incapacidad física o mental que impida receptor su testimonio con la misma nitidez que se requiere.

Por la trascendencia del acto y para no contrariar los principios mismos del juicio oral, sobre todo lo que se refiere a la contradicción, debe procurarse la participación de todas las partes en dicho acto para que éstas puedan presenciar, analizar, cuestionar o impugnar todo aquello que estimen pertinente; ya que en caso de que no se les convoque estaríamos produciendo una prueba nula.

Según la doctrina, esta prueba será válida en el juicio siempre y cuando la persona que declaró no pueda asistir a tal audiencia porque falleció en fecha posterior a la declaración y anterior a la audiencia de juicio, porque es imposible determinar su actual residencia o porque cayó en un estado de incapacidad física o mental que no le permite declarar nuevamente. Si no concurre alguna de éstas circunstancias, el testigo deberá dar su declaración en el juicio y ante el tribunal, quedando sin valor alguno el anticipo de prueba recibido; mientras que si es aceptado, el momento de la audiencia deberá darse lectura para ser incorporado como prueba misma.



3.6 Forma de presentar la prueba

El cambio del sistema procesal penal guatemalteco de inquisitivo a acusatorio, trajo como consecuencia no sólo nuevas funciones para los fiscales sino fundamentalmente la implementación de la inseparable oralidad, que se ve practicada sobre todo en lo que se refiere a la etapa del juicio y dentro de ello en la prueba.

Con el anterior sistema inquisitivo, la prueba era actuada a medida que el juez iba investigando, los testimonios y las diligencias en general se las practicaba no necesariamente por el juez sino en muchas ocasiones por su secretario u otros empleados y se las registraba por escrito incorporándose al proceso, proceso que luego de que el abogado de cada parte reproduzca en audiencia lo actuado e incorporado en éste, era leído por miembros de un tribunal, personas lejanas a cualquier contacto con la realidad procesal misma, para dar su resolución.

Los testimonios se reducían a preguntas escritas, en la mayoría de los casos con respuestas dirigidas de sí o no, y si se formulaba repreguntas por parte del abogado de la contraparte, estas generalmente eran en base a la imaginación, suponiendo lo que podría contestar el testigo, ya que no se le oía previamente. Las experticias o peritajes no quedaban atrás, en la mayoría de los casos la forma de contradecir un informe era presentando otro perito por la parte que se sentía perjudicada o simplemente pidiéndole al experto técnico científico una aclaración o ampliación respecto a determinado punto, punto que en ocasiones era mal entendido o se limitaban a repetir lo escrito en el informe inicial.



En cuanto al testimonio del imputado, ni qué hablar, en la mayoría de ocasiones era receptado sin la presencia de su abogado defensor y en base a la violación de sus derechos humanos, sobre todo valiéndose de amenazas o intimidaciones y malos tratos, dirigido todo esto con el propósito de que se declare culpable del delito que se le acusaba o de que firme una supuesta declaración que él había rendido y que en la realidad era previamente redactada.

Ahora con el sistema acusatorio, la prueba debe ser actuada en base a los principios constitucionales, respetándose las garantías del debido proceso, caso contrario, la actuación adolece de nulidad. La idea del nuevo sistema no es la de amparar al delincuente o impedir la investigación, como muchos lo pueden tomar, sino más bien promover una investigación justa, imparcial, sin condenar al sospechoso antes de averiguar la realidad de los hechos.

El fiscal busca evidencias que le ayuden a sustentar una tesis sobre el sospechoso y el hecho, para en primer lugar ver si es o no necesario que se inicie un proceso penal investigativo y luego para ver si acusa o no al imputado del cometimiento de un determinado acto considerado por la ley penal como delito. Aquí el fiscal investiga con el apoyo de la Policía y tiene la opción de acusar o abstenerse de hacerlo, dependiendo de los resultados de la investigación. Mientras tanto el juez es un garantizador de los derechos constitucionales y las normas del debido proceso, es un depurador del proceso que actúa previamente al juicio, sobre todo en la audiencia preliminar analizando todo lo que se ha actuado en la investigación fiscal, para ver si hay o no cuestiones de procedibilidad, procedimiento, competencia o prejudiciales que

afecten a la validez misma del proceso. El tribunal en tanto es quien resuelve en base a la verdad procesal, a lo actuado y probado en la audiencia de juicio, donde la evidencia del fiscal se convierte en prueba, analizando sobre todo si se comprobó o no suficientemente la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del acusado.

En el actual sistema procesal penal, juega ya un papel importantísimo la práctica de los principios procesales de oralidad, inmediación, contradicción, concentración, publicidad y celeridad. Principios que dada su íntima relación con la práctica de la prueba, hacen que sea inevitable su mención antes del desarrollo mismo del tema central.

3.7 Repercusiones jurídicas del monopolio de la investigación

“En realidad, esas modernas exigencias de igualdad y bienestar del mundo moderno han comportado una merma de la propia libertad e igualdad. Así, el autor analiza los efectos perversos que han experimentado los anhelos de progreso y racionalidad albergados por las últimas generaciones. La realización de la libertad humana, objetivo primordial de la modernidad como proyecto común, ha encontrado dificultades insospechadas, paradójicamente creadas por sus propias exigencias de igualdad, bienestar universal y prosperidad para todos”²⁹. Salvador Giner, en la obra citada, pone en evidencia la existencia, en el mundo actual, de determinismos no tan sólo naturales, sino también, y muy en especial, sociales.

²⁹ Giner, Salvador, *El destino de la libertad*, Pág. 41.



La igualdad está dotada de una estructura social, que permite la creación y recreación constante de diferencias. He aquí su paradoja. La igualdad estimula asociaciones, movimientos, agrupaciones de toda clase y, naturalmente, fomenta la creación de individuos distintos. Es decir, es una igualdad que genera desigualdades fluidas, congruentes con la democracia, sin facilitar el bloqueo de la sociedad por parte de jerarquías y corporaciones a las que sea fácil agruparse para la reproducción del privilegio y la usurpación del poder. A la mayoría le cuesta entender que libertad e igualdad sean procesos antagónicos.

Esa contradicción, expresada de la manera más simple, es la siguiente: el ejercicio de la libertad entraña casi siempre la apropiación de espacios, recursos, posiciones sociales codiciadas y bienes escasos. Ello, a su vez, no sólo genera diferencias, sino también desigualdades, las cuales, dada la naturaleza humana, tienden a consolidarse, es decir, sus beneficiarios tienden a consolidarlas por todos los medios a su alcance. Por su parte, la puesta en práctica de la igualdad política y económica conlleva la imposición de límites muy rigurosos a aquella conducta que conduzca a la creación de bienes diferenciadores y asimetrías sociales que la lesionen, es decir, obliga a restringir libertades. Ello debiera limarse en el camino hacia una sociedad más igualitaria, potenciando más la vocación de servicio que la de poder. En una palabra, la abundancia generada por la obsesión maximizadora y el crecimiento institucionalizado ha creado escasez: de espacios, de tiempo y de trabajo.

La modernidad ha introducido un aparente relativismo en el pensamiento y en la manera de concebir el mundo por parte de los individuos. El ser humano, diferencia de



las sociedades tradicionales o pre modernas, se caracteriza por poder elegir su propio proyecto de vida. Si bien es cierto que las diferentes formas de vida enriquecen las peculiaridades de la colectividad, en la práctica estas diferencias se disuelven rápidamente: el liberalismo económico homogeneiza las culturas. El denominado pensamiento único, divulgado a todo el mundo, gracias al poder de los medios de comunicación de masas. El hecho que el sistema nacional y, en general, cualquier otro, operen de una manera selectiva pareciera no ser criticable en sí mismo, ya que la justicia criminal, en cuanto su sistema estatal, dispone de recursos escasos para la persecución penal, siendo imposible en la práctica que pueda investigar y sancionar todos los delitos que conoce. Lo que sí resulta criticable es el hecho de que la selectividad se maneje sin transparencia, obedeciendo a criterios establecidos o a razones públicas preexistentes, es decir, al margen de mandatos legales y públicos que la encaucen y de presupuestos valorativos que la fundamenten. En definitiva, es criticable que la selectividad quede abandonada al criterio de los operadores del sistema, sin ninguna racionalidad y sin ningún presupuesto de valor que la fundamente.

Frente a esta situación, se suele fundamentar la introducción de salidas alternativas al proceso penal, argumentando que estas serían la solución que permitiría regular con transparencia la necesaria selectividad del sistema y focalizar la actuación de este en la criminalidad más relevante o dañina. La argumentación parte de la constatación de un hecho, la selectividad, para concluir en la necesidad de regular normativamente tal situación, lo que se hace, con la introducción de salidas alternativas al proceso.



Esta argumentación se dirige en la línea correcta y constituye un buen argumento a favor de la introducción de salidas de alternativas al proceso penal, aunque se cree que el fundamento puede ser complementado con una proposición adicional que permita darle un carácter universal a la argumentación y consistencia doctrinaria con los valores que inspiran al sistema. Así, como elemento adicional, es posible afirmar que la selectividad, lejos de ser criticable en un sistema de enjuiciamiento criminal moderno, resulta deseable y conveniente, en cuanto ella permite sacar casos fuera de su ámbito para encontrar soluciones o alternativas en otras áreas menos represivas y violentas con que cuentan los sistemas jurídicos. Por lo mismo, es posible señalar que la introducción de salidas alternativas al proceso, resulta indispensable para asegurar el carácter del sistema subsidiario del sistema penal y el principio de *última ratio*, que regula la intervención punitiva del Estado, así como su oportunidad.

La participación del Estado en la solución de un conflicto será de acuerdo a su gravedad; ello plantea que de acuerdo con la intensidad con la que se ha lesionado o ha puesto en peligro un bien jurídico, es lo que hay que tener en cuenta para dotar una mayor o menor gravedad a la imposición de la pena y la necesaria intervención del poder estatal.

Lo anterior nos indica, que sólo deben ser sancionados penalmente aquellas conductas que supongan un daño o un peligro para un determinado bien jurídico, al que el legislador hace merecedor de la especial y máxima protección, suponiendo su instrumento a través del derecho penal.



Ahora bien, al hablar de lesión a los bienes jurídicos, no se alude a la noción naturalista de la causa de un daño a determinado objeto de la acción, si no a un concepto de valoración, entendido como contradicción con los intereses que la norma jurídica penal protege, o a la posibilidad de que ello se presente como una amenaza o puesta en peligro de la tutelaridad de la ley.

En la actualidad, no parece ser objeto de discusión, el hecho de que una de las características centrales que permite definir y comprender el funcionamiento de los sistemas penales contemporáneos, es su carácter selectivo. Así, lo demuestran múltiples estudios criminológicos realizados en otros países. Un elemento presente en los diversos sistemas penales, es la existencia de ciertos mecanismos, formales e informales, de selección de los casos, en que se desechan algunos y otros llegan hasta sus instancias finales.

Al respecto, resulta común observar en la literatura comparada la manera en la que los autores, de distintas tradiciones académicas, condicionan el funcionamiento del sistema de justicia criminal a través de la figura de un embudo, en la que la parte ancha corresponde al total de delitos cometidos y la parte angosta al número final de casos que llegan a las instancias finales del proceso penal, con una inmensa cantidad de escalas intermedias en donde se van descartando casos por las más diversas razones. La selectividad, presente en los sistemas penales, se explica por la imposibilidad material que tienen los mismos, derivada de la existencia de recursos humanos y



materiales limitados, de investigar y sancionar todos los delitos que se cometen, incluso solo de los que llegan a su conocimiento.

Esto mismo lleva a que los distintos sistemas, ya sea a través de los instrumentos formalizados en la ley, en algunos casos, o a través de otros creados informalmente por los propios operadores del sistema, desarrollen diversos mecanismos que tienden a dar curso a esa selectividad necesaria para el funcionamiento del mismo, es decir a través del conocimiento cotidiano y no de la implementación de mecanismos reconocidos legalmente para ello.

En Guatemala, se utiliza el derecho, como un instrumento de protección de los bienes jurídicos. Es así, como se hace uso del derecho penal, que constituye todo un sistema de protección garantizador de la sociedad frente al ataque a determinados bienes jurídicos. La sociedad es titular de varios intereses y utiliza diversos sistemas para la protección de los mismos; cuando usa el derecho como instrumento de protección, estos intereses son los que pasan a ser bienes jurídicos.

El derecho penal, es un sistema de proyección a las garantías frente a los ataques de la sociedad, se considera el momento histórico de los bienes jurídicos a proteger, a través del tiempo en que se cometa un delito y también, en que modo se va hacer valer el derecho de la persona impulsada. El derecho penal en cada estado acaba siendo retrato del mismo, de sus valores e intereses temporales.



La mejor forma de plasmarlos como un sistema de valores e intereses, constitucionalmente, en una inmejorable referencia para encontrar el significado de los elementos necesarios para la interpretación de estos bienes protegidos, ya que dichas normas tienden a ser bien redactadas y entendibles.

La introducción de salidas alternativas en el proceso penal, está constituida por la idea de la necesidad que tiene el sistema penal, de dar satisfacción concreta de los intereses de la víctima. Hoy día, resulta casi un lugar común en la literatura especializada, plantear la afirmación crítica de que la víctima es la gran olvidada del sistema penal. Dicha cuestión se explica por razones históricas derivadas del surgimiento del derecho penal moderno, que es un derecho de carácter eminentemente público, y del consiguiente fenómeno, descrito muy lucidamente por autores como Maier o Christi, de la expropiación del conflicto penal, realizado por el mismo "Estado al asumir el monopolio en la persecución penal y transformar a esta en una actividad pública"³⁰.

No obstante, esta orientación tradicional, acerca del rol de la víctima que ha primado en la estructuración de los sistemas penales modernos, existe un movimiento importante desarrollado en las últimas décadas que, desde distintas perspectivas, ha puesto como foco principal de estudio y atención del sistema a la víctima del delito. Uno de los principales planteamientos de este movimiento es el de considerar la satisfacción de la víctima como uno de los fines primordiales del sistema penal y, además, reconocer a esta como actor central del mismo.

³⁰ Binder Barzizza, Alberto, *Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal*, Pág. 133.



El carácter marginal que tuvo este movimiento en una primera etapa, se ha transformado, en un sólido consenso entre los especialistas y quienes tienen a su cargo el diseño de las políticas en materia de justicia criminal, acerca de la necesidad que tiene el sistema, desde la perspectiva de los principios que los orientan, de establecer mecanismos sustantivos y procesales que ofrezcan la posibilidad de satisfacer en forma real y concreta a los intereses de la víctima en el transcurso del proceso.

Al momento de incorporarse al sistema de justicia penal, la satisfacción de la víctima dentro de sus finalidades, es posible concluir que la introducción de salidas alternativas al proceso penal resulta indispensable, toda vez que estas constituyen mecanismos que de manera efectiva permiten crear un ámbito de solución de conflictos en el que la reparación de la voluntad de las víctimas cumplen un rol decisivo, cumpliéndose además con las finalidades del proceso protegiendo además bienes jurídicos importantes para la población.

Por otra parte, la regulación de salidas alternativas al proceso penal, se puede justificar no sólo en atención a razones de principios, las que por sí solas serían suficientes para fundamentar la introducción de algunos mecanismos, sino que también desde una perspectiva de su utilidad, ya que constituyen una manera de fomentar la participación activa de la víctima en el proceso, participación que resulta indispensable para el éxito del mismo y mantener un estado de derecho.



En el funcionamiento concreto de un proceso penal, el rol de la víctima es trascendental y su ausencia, normalmente, derivará en el no inicio del caso o en su archivo en una etapa temprana por falta de antecedentes probatorios. Basta señalar como ejemplo, que estudios empíricos realizados en nuestro país como en diversos sistemas comparados, dan cuenta que el inicio del procedimiento penal depende, en un alto porcentaje, de la víctima o de una persona vinculada a ella, de manera que el sistema sin su colaboración, muestra una escasa o casi nula capacidad para conocer de la comisión de un delito e iniciar una investigación de manera autónoma. Así, indican estudios comparados acerca de la producción de las pruebas de cargo y la colaboración de la víctima en ello, indicando que en un porcentaje mayoritario la prueba es acompañada o producida gracias a la colaboración de la víctima, titular del bien jurídico tutelado.

Extrañamente, en los sistemas procesales penales de orientación más tradicional, el agraviado, como se le denomina por el Código Procesal Penal, no ha sido objeto de preocupación, siendo, por el contrario, sometidas en su desarrollo a lo que se denomina victimización secundaria, es decir, a un proceso que se traduce en una nueva victimización, ya no por el delito cometido (primera victimización), sino que por los múltiples perjuicios e inconvenientes que por regla general les causa su intervención en el proceso penal (segunda victimización), ante cualquiera de las autoridades de la persecución penal e incluso de sus abogados. En virtud de este proceso de victimización secundaria, la percepción de las víctimas acerca del sistema tiende a ser negativa y se manifiesta en una desconfianza respecto de su funcionamiento que se traduce en una escasa disposición a colaborar con el mismo,



por la escasa manifestación estatal en la protección de sus bienes. Este círculo vicioso culmina con una menor eficiencia del sistema, dado que no cuenta con la colaboración activa de su principal fuente de información, el agraviado.

Las razones expuestas, han llevado a que los sistemas de enjuiciamiento criminal moderno contemplen una serie de derechos y mecanismos a favor de las víctimas como forma de incentivar por su participación en el proceso, que, como hemos visto, resulta indispensable para su desarrollo. Dentro de estos derechos y mecanismos, la introducción de salidas alternativas que giran en torno a la reparación de la víctima se transforma en una herramienta de gran utilidad porque constituyen un incentivo para que la víctima se involucre en el proceso, debido a que él puede obtener algo.

La modernidad fomenta la autonomía del individuo para decidir cual será su propia hoja de vida. Pero al mismo tiempo esta libertad de construcción del denominado proyecto del ser, o en otras palabras, proyecto del guatemalteco medio, se ve fuertemente influida por los efectos normalizadores del capitalismo mercantilista.





CAPÍTULO IV

4. El derecho al contradictorio práctico

4.1. El origen del derecho contradictorio dentro del proceso penal guatemalteco

El ámbito de aplicación del Derecho Procesal Penal establecido, es la materia de éste y se determina como “al conjunto de normas y doctrinas que regulan el proceso penal en toda su sustanciación, convirtiéndose en el vehículo que ha de transportar y aplicar el Derecho Penal Sustantivo”³¹. Esto claro esta a través de un proceso previamente establecido como lo es el actual proceso penal que dentro de “la legislación Guatemalteca declara que con el proceso penal el Estado persigue cuatro objetivos fundamentales:

- La averiguación de un hecho señalado como delito y las circunstancias en las que sucedió;
- El establecimiento de la posible participación y grado de responsabilidad del sindicado y en su caso,
- La sanción del delincuente y,

31 De Matta Vela, J. F. Y De León Velasco, H. A; **Curso de derecho penal guatemalteco**, Pág. 10.



- Ejecución de la sentencia

Importa sin embargo, señalar que el fin del proceso penal no es esencialmente el descubrimiento de la verdad, más bien debe ser la búsqueda de la justicia. Ciertamente en la mayoría de los casos, hacer justicia, significa que se ha demostrado la verdad; pero, en una sociedad democrática, el legislador considera otros valores humanos que son más importantes que la certeza en sí³².

Es el proceso penal iniciado con la acción penal como la manifestación de 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. Esto es lo que conocemos como denuncia, querrela, conocimiento de oficio y prevención policial ó actos introductorios del procedimiento común, es el Ministerio Público, como órgano auxiliar en la administración de justicia, quién una vez remitidas las actuaciones y puesto en su conocimiento la comisión de un hecho que constituye delito o falta, debe impedir que produzca consecuencias ulteriores y promover su investigación para requerir el enjuiciamiento del imputado. Claro que también la Policía Nacional Civil, en su caso, deberá cumplir con esta obligación cuando no exista representante del Ministerio Público en el lugar donde se cometió el hecho punible, el Ministerio Público durante el procedimiento preparatorio, investigación, puede formular sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional, incluso aplicar una medida desjudicializadora antes que una acusación, siempre que la ley lo permita y se den las condiciones y los requisitos que ésta contempla.

³² Rosales Barrientos, Moisés Efraín, *El juicio oral en Guatemala*; Pág. 15.



Se establece entonces como objeto de investigación, la averiguación de la verdad pero con la aplicación de la justicia a forma de realización de un análisis de la importancia de la subsidiariedad del proceso penal guatemalteco; es entonces que “el tipo penal se ha creado con la finalidad de proteger un bien jurídico, sancionando su lesión o puesta en peligro. Sin embargo, el derecho penal ha de ser el último recurso, la ultima ratio, al que debe recurrir el Estado para proteger un bien jurídico. De esta manera se explica el carácter subsidiario del Derecho Penal. Es importante recordar que rara vez la ley penal puede resolver un problema social... por ello, antes de crear cualquier tipo penal, es necesario determinar si la penalización es una forma útil para proteger un bien jurídico... estas propuestas, además de adolecer en general de graves errores técnicos en cuanto a la definición de los delitos y la proporción de las penas, no suelen resolver ningún problema”³³ ya que se debe tomar en cuenta el resultado pues si existe anuencia entre las partes para desjudicializar y con ello evitar la continuidad de la persecución penal podrá procederse, por lo que el juez atendiendo a la celeridad y desjudicialización efectiva del proceso deberá hacer constar tal circunstancia emitiendo resolución al respecto, determinando la forma de resarcir al actor civil y si es procedente o no una medida de abstención.

“El Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación, que es la preparación de la acción”³⁴, corresponde con exclusividad la tarea de investigación penal al Ministerio Público, como ente auxiliar de la Administración Pública, con la finalidad de establecer si existen motivos o no para

³³ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco, la teoría del delito**, Pág. 20.

³⁴ Ministerio Público De La República De Guatemala, **Manual del fiscal**, Pág. 230



ejercer la acción penal en los delitos que se encomienda legalmente.

Debe tenerse en cuenta que según Valderrama Vega, Enrique, citado por Cesar Barrientos Pellicer: “La investigación criminal es el conjunto de diligencias, indagaciones y pesquisas, tendientes a establecer un hecho criminal, a identificar y localizar a los autores o partícipes y a llegar a los elementos de prueba de su presunta responsabilidad penal”³⁵. Actividad que desde luego el Ministerio Público a desarrollado y que ha sido duramente criticada por instituciones no gubernamentales nacionales e instituciones internacionales por encontrar algunas deficiencias en su desarrollo.

“La ausencia de Técnica y la deficiencia en la investigación criminal han constituido en Guatemala la causa más frecuente de fracaso del proceso penal para reflejar la realidad de los hechos y demostrar la participación de los responsables y, por lo tanto, uno de los motivos de impunidad...”³⁶, la investigación penal desde luego debe desarrollarse de una forma técnica y sistemática por el ente investigador, ya que la misma conlleva la realización de varias actividades que le permitirán establecer en definitiva si procede accionar penalmente o no en un caso concreto, en este orden de ideas desde luego la técnica debe ir inmersa en la investigación penal, desde el momento mismo de su análisis.

Algunos de los defectos de la investigación, podrían corregirse con la elaboración de un plan de investigación, para lo que debe quedar claro que “plan de investigación: es

³⁵ Barrientos Pellecer, César, **Derecho procesal penal guatemalteco**, Pág. 211

³⁶ **Ibid.**



un esquema de la investigación que se realiza antes de llevar a cabo la investigación propiamente dicha, con el fin de cerciorarse de que los métodos son adecuados y apropiados”³⁷.

“Existen muchas razones para elaborar un plan de investigación antes de realizar una investigación. Dicho plan sirve para organizar y aclarar las ideas y comunicárselas o otros. Así es mucho más fácil evaluar lo que se pretende hacer. También, facilita dar enfoque a los detalles que sean de una importancia crítica. El investigador mismo puede refinar y mejorar sus planes y someterlos al juicio de sus colegas y de otros expertos. Tal crítica positiva puede ayudar a evitar muchos errores y frustraciones. Además si la investigación se lleva a cabo, es posible evitar fallas de la memoria al tener un plan escrito con todos los pasos bien bosquejados”³⁸. Como toda actividad humana, la investigación penal, también debe planificarse, solo que por tratarse de una tarea de la cual depende la libertad de una persona y hasta la vida misma, debe de realizarse de forma técnica y sistemática por los Fiscales del Ministerio Público, pues le permitirá hacer un análisis del hecho que se investigara, de la figura delictiva en que provisionalmente se encuadra y con que medios podrá demostrar cada una de las circunstancias que se den en el hecho concreto.

“Para logra el éxito en una investigación debemos liberarnos de los métodos tradicionales e ineficaces que hemos utilizado, para trabajar ahora con una verdadera

³⁷ Scott, Patrick B., *Introducción a la investigación y evaluación educativa*, Pág. 146

³⁸ *Ibidem*, Pág. 15



“planeación por objetivos”³⁹. Es justamente lo que propongo, una Planificación de Investigación Penal a realizar en un caso concreto por parte de los Fiscales del Ministerio Público, de forma técnica y sistemática, y no como actualmente se realiza. “Se trata entonces de aplicar un plan generador de justicia material que parta de la planeación del trabajo para alcanzar metas aceptables y racionales, buscando objetivos concretos con cada decisión, con cada prueba que se practica, sin dejar al azar los avances o resultados. De esta manera, desde el momento mismo en que se lee la denuncia, el funcionario debe formarse una idea de lo que probablemente pasará en ese caso”⁴⁰. Solo así tendremos una investigación rápida, ordenada, orientada que permitiera a al Fiscal tener el absoluto dominio sobre la misma.

Finalmente la planificación de la investigación penal en Guatemala, no es discrecional, al contrario es parte de las funciones de los Fiscales del Ministerio Público, pues aunque la ley no lo regule expresamente, pero se deduce del contenido del Artículo 48 del la Ley Orgánica del Ministerio Público que regula que el Ministerio Público debe recoger de forma ordenada los elementos de convicción de los hechos punibles.

4.2 Definición de principio contradictorio

Desde un punto de vista formal, delito es toda acción u omisión prohibida u ordenada por el legislador bajo la amenaza de una pena. Desde un punto de vista material, lo importante es el contenido o sustancia del delito siendo indiferente cualquier

³⁹ Fiscalía General de Colombia, **Manual de unidades especiales**, pág. 19

⁴⁰ **Ibíd.**



consideración de naturaleza normativa. Desde un punto de vista jurídico, el delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

El proceso penal se basa en la conducta humana ya sea activa u omisiva, típica, antijurídica, culpable (que pueda realizarse un juicio de reproche) y punible, es este tipo de acciones las que permiten el desarrollo de una intimación por parte del órgano encargado de la investigación, Ministerio Público. La importancia de la intimación, radica en los principios de oportunidad, contradictorio y defensa, ya que el sistema acusatorio, utilizado en Guatemala, hace necesaria la división de facultades, una, la de juzgar y ejecutar lo juzgado y la otra de realizar una investigación que permita proteger el principio de presunción de inocencia y el debido proceso.

En este orden de ideas podemos definir el principio contradictorio, en el derecho procesal, como “un principio jurídico fundamental del proceso judicial moderno. Implica la necesidad de una dualidad de partes que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, de manera que el tribunal encargado de instruir el caso y dictar sentencia no ocupa ninguna postura en el litigio, limitándose a juzgar de manera imparcial acorde a las pretensiones y alegaciones de las partes.”⁴¹

⁴¹ Lopez Lopez; Enrique. **Derechos procesales fundamentales**. 2° Edición Ed. Carias. México. Pág. 189.



“Las partes tienen el derecho de aportar las pruebas conducentes a fin de justificar su teoría del caso, y la contraria el derecho de controvertirlas, por lo que el principio de contradicción tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia convencional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario⁴²”.

En el nuevo sistema se requiere que toda la información pase por el filtro del contradictorio, ya que con ello puede modificarse, pero en el caso de pasar el test de credibilidad, la información podrá ser de calidad. Una prueba otorgada de manera unilateral, carece de confiabilidad. Este principio rige plenamente durante el juicio oral y “... garantiza que la producción de las pruebas se hará bajo el control de todos los sujetos procesales, con la finalidad de que ellos tengan la facultad de intervenir en dicha producción, formulando preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y evaluaciones, tanto sobre la prueba propia como respecto de la de los otros. El control

⁴²Chaúan Sarrás, Sabas. **Manual del nuevo procedimiento penal**. Ed. Lexis, Nexis. P. 301



permitido por el principio contradictorio se extiende, asimismo, a las argumentaciones de las partes, debiendo garantizarse que ellas puedan, en todo momento escuchar de viva voz los argumentos de la contraria para apoyarlos o rebatirlos⁴³

4.3. El Ministerio Público y su función

Un elemento estructural de todo sistema de justicia penal es el principio de persecución penal estatal. La aparición de este principio material en el ámbito del continente europeo del siglo XIII, transformó profunda y completamente el procedimiento, y provocó la exclusión de uno de los protagonistas del caso, la víctima y la aparición de un nuevo personaje, el inquisidor. Siglos más tarde, el desarrollo del procedimiento penal del viejo continente, especialmente en el siglo XVIII, significó una tibia reforma que conservó el principio material de la persecución pública.

En todo este desarrollo, el Ministerio Público típico de nuestra tradición jurídica ha adquirido protagonismo no hace mucho tiempo. Lo que este desarrollo histórico indica, sin duda, es la influencia que tiene el principio de persecución penal estatal y las facultades atribuidas a los distintos actores del procedimiento en la configuración de los principios estructurales del enjuiciamiento penal.

En el sistema acusatorio, el órgano jurisdiccional se activa siempre ante la acusación de una persona, se acciona motivando al poder jurisdiccional para que actúe ante la puesta en peligro de bien jurídico legalmente protegido.

⁴³ Cafferata Nores, José; *Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas*. Pág135.

En el sistema inquisitivo, el propio órgano jurisdiccional toma la iniciativa para originar el proceso penal ante la puesta en peligro de un bien jurídico legalmente protegido, actúa de oficio y el proceso penal es excesivamente formal, riguroso y no público.

Mientras que en el sistema mixto, se conjuga tanto el sistema acusatorio como el inquisitivo. El proceso penal en este sistema tiene dos etapas:

- La instrucción (investigación) /sistema inquisitivo.
- El juicio oral o juzgamiento /sistema acusatorio.

Dentro del sistema acusatorio modernizado, el órgano jurisdiccional se activa ante la acusación de un ente ajeno a la administración judicial (Ministerio Público) al producirse un delito. El Ministerio Público está a cargo de la etapa de la investigación.

Si hubiera de mantenerse el esquema normal del proceso aparecería como parte acusada aquella persona a la que se imputa la comisión de un delito y como parte acusadora el ofendido o el perjudicado por el mismo. Este no tendría derecho subjetivo a la imposición de una pena pero sí quedaría legitimado para instar la aplicación por el tribunal del derecho penal. Con todo este esquema de acusador igual a ofendido por el delito y de acusado a quien se imputa la comisión del delito, se quebró para siempre, cuando se reconoció que la persecución de los delitos no puede abandonarse en manos de los particulares, sino es una función que debe asumir el Estado.



El Ministerio Público es por consiguiente, una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso, manteniendo el esquema básico de éste, y de ahí que se le convierta en parte acusadora que debe actuar conforme al principio de legalidad. El que el Ministerio Público realice su actuación en el proceso conforme a los principios de legalidad y de imparcialidad, no dice nada en contra de la consideración del mismo como una verdadera parte procesal y, por esencia, parcial. Dejando a un lado la **contradictio in terminis** que implica, ni siquiera por razones que hacen a la esencia de su función puede calificarse al Ministerio Público de parte imparcial.

No podría ser de otra manera, si se tienen presentes los propósitos que justificaron la creación de la función requirente. En tal sentido, los fines que persigue el Ministerio Público, no son los que corresponden a los verdaderos protagonistas de un conflicto social, pues éstos, naturalmente, se orientan en función de un interés personalísimo, en tanto que el órgano estatal tiene como encargo ineludible la realización de la voluntad de la ley, la materialización del **ius puniendi**, en los casos en que justa y legalmente proceda.

a. **La acción penal y su ejercicio:** El sistema penal ha transitado un largo y trabajoso camino desde los tiempos de la justicia por mano propia, la venganza privada, el restablecimiento del honor y el patrimonio del ofendido intentado por él mismo; pasando al estadio en que todo el poder se otorgó al Estado, quien se apoderó del **ius puniendi** y así se producía la expropiación del conflicto. En este esquema o configuración del sistema, poco se atribuyó, en los hechos, al Ministerio Público. Por contrapartida, se evidenció la existencia de un órgano jurisdiccional con plenos poderes



de instrucción, amén de ostentar amplias facultades de impulso de la causa e investigación aun en la etapa del juicio.

De tal modo, no subsistía un verdadero proceso judicial, ya que la separación de roles entre los órganos públicos de la acción y de la jurisdicción era más figurativa que auténtica. Día a día fueron ganando terreno en el mundo jurídico contemporáneo principios tendientes a acentuar la vigencia de un proceso realmente adversaria, con plena operatividad del principio de bilateralidad y una neta y clara separación entre órgano acusador y órgano juzgador. Es acertado, entonces, afirmar que la clara distinción y desdoblamiento entre acusación-acción y juicio-jurisdicción es la plataforma sobre la que se asienta la garantía insoslayable de la justicia del juicio. Puesto que en el marco del sistema acusatorio formal compete al Ministerio Público fiscal, en representación de la sociedad, el ejercicio de la acción penal y existe unanimidad con respecto a que resulta inadmisibile la aplicación de condena sin acusación, formulada en el marco de un proceso.

b. **Fase de instrucción del proceso penal:** El procedimiento común Según Binder: "Comienza por enfrentarse a un hecho social, a un conflicto, del que se sabe muy poco. Sin embargo, por alguna vía, las autoridades a quienes el Estado ha confiado la investigación de los delitos deben averiguar, en primer lugar si ese hecho conflictivo ha existido en realidad"⁴⁴. Por lo que el procedimiento común se divide en cinco etapas: la etapa preparatoria, la intermedia, la de juicio oral y público, la de impugnaciones y la de ejecución.

⁴⁴ Binder Barzziza, Alberto. *Ob. Cit.* Pág. 21.



Es la primera etapa del procedimiento común y tiene por objeto permitir que el Ministerio Público inicie la persecución penal, contemplando en ello la investigación de un hecho que ha sido señalado como delito, así mismo determine quién o quiénes son los posibles autores y su participación en la comisión del mismo, realizando todas las medidas necesarias para evitar que produzca consecuencias ulteriores asegurando los elementos de convicción que le servirán para fundamentar sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional.

El procedimiento común se inicia a través de denuncia o querrela interpuesta por un particular o bien a través de atestado policial, o diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal. Si se inicia el procedimiento común y después resulta que es otro el procedimiento que debe seguirse para juzgar los hechos (juicio de faltas, ordinario, de menores... etc.), el enjuiciamiento del delito continuará por el proceso penal que corresponda, sin que se anulen las actuaciones ni los resultados de las diligencias practicadas hasta el momento. Respecto a las partes que pueden intervenir en el proceso penal es de destacar que al inculpado desde su detención, o desde que tras la práctica de las actuaciones de investigación se le considere autor del delito, deberá estar asistido de un abogado, que podrá designar libremente o que le será nombrado de oficio. Igualmente, y desde la primera comparecencia, deberá designar un domicilio a efectos de notificaciones.

Couture establece al proceso como: "Una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver mediante un juicio ante una autoridad, en el caso del proceso penal, ante un órgano jurisdiccional competente, un conflicto sometido a su



decisión mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada”⁴⁵, por su parte Zinny define al proceso como: “Un conjunto de actos jurídicos que nacen como consecuencia del ejercicio de poderes y cumplimiento de derechos que realizan un conjunto de personas que persiguen un fin determinado mediante procedimientos preestablecidos”⁴⁶. Se define entonces a las actuaciones judiciales como manifestaciones de la función pública de juzgar se hallan dominadas por los principios que regulan la producción de los actos jurídicos de derecho público. Las actuaciones judiciales se clasifican dependiendo del acto que el órgano jurisdiccional realice, dentro de la diligencia que de conformidad con el procedimiento preestablecido en la ley, deba hacerse; es así como se clasifican de la siguiente manera:

- Actos de decisión
- Actos de comunicación
- Actos de documentación

El principio de legalidad formula que solamente la ley es fuente formal de derecho penal y el constitucionalismo moderno lo elevó al cuadro de derechos humanos, y en virtud de este principio nadie podrá ser penado por acciones u omisiones que no estén expresamente calificadas como faltas en una ley anterior a su perpetración, este principio es considerado

⁴⁵ Coutere, Eduardo. **Introducción al derecho procesal civil**, pág. 121.

⁴⁶ Zinny, Mario Antonio, **Fe de conocimiento**, pág. 150.



como uno de los pilares de cualquier Estado democrático y de derecho y se encuentra contemplado en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 17.

Asimismo este principio se encuentra contemplado en el Código Procesal Penal en su Artículo 1 donde se establece que “no hay pena sin ley” y de esta manera también regula que “no hay proceso sin ley”, esto en su Artículo 2. Es decir que no podrá imponerse alguna pena que en la ley no se haya fijado con anterioridad a la comisión del delito y tampoco podrá iniciarse un proceso en contra de alguna persona sindicada de la comisión de un delito o falta, si el hecho que se le atribuye no se encuentra previamente calificado como delito o falta en una ley anterior a la comisión del mismo; así como el proceso para determinar su responsabilidad o no en la comisión del ilícito, debe estar previamente establecido en la ley procesal, siendo totalmente prohibido cambiar, tergiversar o utilizar otra forma de proceso para ese fin.

Si se hace una revisión de los trabajos que abordan el desarrollo de las reformas procesales penales en los distintos países de América Latina, particularmente la introducción de alguna medida que pueda simplificar el proceso penal, se podrá notar cierta dispersión argumental en torno al tema incluso alguna debilidad teórica. En atención a lo anterior, es conveniente intentar el planteamiento de una sistematización de los argumentos que más recurrentemente se formulan en la materia y luego, reforzar los mismos en aquellos aspectos que nos parecen más débiles o con menos desarrollo.

Por tanto no debe generalizarse la idea, de dar una cuenta acabada o pasar revista exhaustiva de cada uno de los fundamentos posibles a plantear, sino simplemente



identificar y desarrollar en forma relativamente breve tres afirmaciones que se estima resumen los principios fundamentales que justifican la introducción de la celeridad de las actuaciones judiciales enfocada a los requisitos netamente formales, como un medio de garantizar la justicia del proceso penal guatemalteco que como fue desarrollado anteriormente se encuentra recargado de requisitos que alejan totalmente al proceso penal de sus objetivos primordiales, pudiendo adoptarse medidas para simplificar al mismo, sin alejarlo de su esencia.

Como advertencia preliminar es conveniente destacar dos cuestiones: En primer lugar, se podría estimar que estos fundamentos hacen referencia a ciertos elementos comunes y que, por tanto, su presentación por separado resulta artificiosa, y esto es cierto en alguna medida, con todo, se cree que los fundamentos del planteamiento que se realiza, de descargar de requisitos formales a las actuaciones judiciales, basándose en la aplicación de los principios modernos del derecho procesal penal; porque estos facilitan la comprensión de los distintos énfasis con los cuales se diseñan las mismas en un sistema procesal penal moderno y concreto y sobre todo en concordancia con la realidad actual.

En segundo lugar, en estrecha vinculación con lo anterior, es necesario señalar que, la existencia de estos fundamentos no significa que cada uno de ellos, por su amplia extensión y alcances, se integren completamente en la justificación de la celeridad de las actuaciones judiciales, como una garantía de aplicación del principio de economía procesal dentro del proceso penal, lo importante es, que dentro de su vasto ámbito de aplicación, es perfectamente posible, fundamentar la necesidad de realizar un



planteamiento, que se oriente primordialmente al cumplimiento y aplicación de los mismos, con el objetivo de otorgarle al sistema penal, la credibilidad que día tras día va perdiendo en vista que los procesos se retrasan muchas veces en ocasión a estas excesivas formalidades.

La comprensión de estos dos aspectos preliminares resulta clave para analizar la las etapas de las actuaciones judiciales fundamentándose en la aplicación de los principios modernos del derecho procesal penal, como garantía del cumplimiento de la celeridad en el proceso penal fundamento primordial del procedimiento abreviado.

Las afirmaciones que resumen los principales fundamentos de la antiformalidad de los actos judiciales dentro del proceso penal son las siguientes:

- El carácter selectivo del sistema penal, la necesidad de racionalizar la persecución penal pública frente a los escasos recursos disponibles y las características de última ratio y subsidiariedad del mismo, demuestran la conveniencia de buscar mecanismos de selección que permitan ofrecer alternativas diferentes a la persecución penal en un conjunto de casos definidos hoy día como penales.

En base al principio de mínima intervención del Estado, subsidiariedad, y exclusiva protección a los bienes jurídicos, el proceso penal guatemalteco debe atender al mejoramiento del sistema penal dotándolo de eficacia y eficiencia judicial



La fase de instrucción del procedimiento común se encuentra dominada por la actividad investigativa la cual se fundamenta principalmente en los Artículos:

- 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.
- 107, 108 y del 297 al 323 del Código Procesal Penal.

Las características que la determinan se pueden establecer como:

- Determinar la existencia del hecho, con las circunstancias de importancia para la ley penal. El fiscal tendrá que investigar la existencia del hecho, el lugar, tiempo, etc.
- Establecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos también pueden ser relevantes para la tipificación, o la apreciación de las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes.
- Comprobar que personas intervinieron y de qué forma lo hicieron. Asimismo Investigará las circunstancias personales de cada uno, que sirvan para valorar su responsabilidad.

- Verificar el daño causado por el delito, aún cuando no se haya ejercido la acción civil.

4.4 Regulación legal de los actos conclusivos de la etapa preparatoria

Dentro del procedimiento común encontramos que la etapa del procedimiento preparatorio según lo establece el Código Procesal Penal en el Artículo 323, debe durar el mínimo de tiempo posible ya que no debe esperarse que concluya el plazo establecido para su duración ya que sí se cuentan con todos los elementos de convicción que sirvan para fundamentar una pretensión del Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional se podrá procurar la conclusión de ésta.

Los plazos para que concluya el procedimiento preparatorio los encontramos establecidos en los Artículos 323 y 324 bis del Código en mención por lo que podemos concluir que sí una persona se encuentra privada de su libertad deberá concluir lo antes posible, de no ser así, éste no podrá exceder de tres meses; sí una persona se encuentra gozando de una medida sustitutiva de igual forma deberá concluir lo antes posible, de no ser así, éste no podrá exceder de seis meses, plazos que se contarán a partir de la fecha en que fue dictado el auto de procesamiento.

En el caso que el fiscal del Ministerio Público no realice algún requerimiento para la conclusión del procedimiento preparatorio el juez de primera instancia ejercerá el control judicial regulado en el artículo 324 bis del Código Procesal Penal, que consiste en el emplazamiento que el juez bajo su responsabilidad dictará, concediéndole tres



días para que este formule su requerimiento en cuanto al caso, si éste no realiza su requerimiento se notificará al fiscal general de la república o fiscal de distrito o de sección que corresponda para que se proceda con las medidas disciplinarias correspondientes, ordenando a su vez la formulación de la solicitud que el caso amerite, notificando además al consejo del Ministerio Público para que proceda conforme a la ley.

En el caso último, si aún así el fiscal a cargo de la investigación en el plazo de ocho días no formula su pretensión el juez ordenará la clausura provisional del procedimiento con las responsabilidades del caso hasta que el Ministerio Público reactive el caso en base a los procedimientos establecidos en la ley.

Los Actos conclusivos de la etapa de instrucción o preparatoria pueden ser:

- Acusación: Artículos 324 y 332 del Código Procesal Penal.
- Sobreseimiento: Artículos 325, 328, 332 y 482 del Código Procesal Penal.
- Clausura provisional. Artículos 325, 328 y 332 del Código Procesal Penal.
- Procedimiento abreviado: Artículo 464 del Código Procesal Penal.
- Desestimación. Artículo 310 del Código Procesal Penal.



- Archivo. Cuando se declare rebelde. Artículo 327 del Código Procesal Penal.
- Criterio de oportunidad. Artículo 25 del Código Procesal Penal.
- Suspensión condicional de la persecución penal. Artículo 27 del Código Procesal Penal.

4.5 Etapas del la fase de instrucción en la investigación

La investigación realizada por el fiscal debe seguir un esquema lógico:

- Análisis de la información: reconocimiento de los hechos, planteo de la hipótesis preliminar, descubrimiento de la información y formulación del núcleo del caso;
- Construcción de la hipótesis definitiva: construcción de hipótesis posibles, selección de la hipótesis mejor sustentada;
- Comprobación de la hipótesis: Refutación, verificación de la tipicidad, confirmación de la hipótesis.

Las diligencias más comunes en el marco de la investigación son:

- Inspección de la escena del crimen;



- Incautación y secuestro de evidencias;
- Orden de investigación a la policía;
- Practica de pericias;
- Recolección de testimonios;
- Careos (Artículo 250 y siguientes del Código Procesal Penal);
- Identificación de cadáveres;
- Reconocimiento (Artículos 194, 246 y 247 Código Procesal Penal);
- Reconstrucción de hechos (Artículo 380 Código Procesal Penal).

El sistema acusatorio que rige en el Código Procesal Penal, le otorga al fiscal la obligación de investigar y al juez de primera instancia la obligación de ser contralor de la misma. La intervención del juez de primera instancia durante la investigación se concreta en seis puntos principales, sin perjuicio de otras actividades del juez durante el procedimiento preparatorio, como resoluciones de cuestiones incidentales.

- El control sobre la decisión del ejercicio de la acción penal, como por ejemplo la autorización para la aplicación de un criterio de oportunidad, la autorización para la suspensión de la persecución penal, etc.
- La decisión sobre la aplicación de alguna medida de coerción en contra del imputado, la decisión en cuanto a resolver la situación del imputado, por ejemplo dictar el auto de la prisión preventiva o podrá ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad o prescindir de ella, caso en el cual liberará al sindicado.
- La autorización de diligencias limitativas de derechos constitucionales tales como el allanamiento en dependencia cerrada o el secuestro de cosas.
- La práctica de la prueba anticipada.
- El control sobre la admisión por parte del fiscal de diligencias propuestas por las partes. Artículo 315 del Código Procesal Penal.
- El control de la duración de la fase preparatoria.

4.6. Conclusión de la fase de instrucción

El procedimiento preparatorio concluirá de una de las siguientes formas:

- a) **Acusación:** ésta supone el convencimiento firme por parte del fiscal que conoce del caso, de que el imputado es autor de un hecho punible. Dicho convencimiento surge de los medios de investigación reunidos durante el procedimiento preparatorio que se realizó para comprobar que se ha cometido un hecho delictivo e individualizado a sus partícipes. Junto con la acusación se hará una de las siguientes solicitudes: La petición de apertura a juicio conforme el procedimiento común, o la petición de apertura a juicio conforme al procedimiento especial para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección o la petición de resolución a través del procedimiento abreviado;
- b) **Sobreseimiento:** El sobreseimiento pone fin al proceso e imposibilita una nueva persecución contra la persona a favor de quién se dicte el auto por ese mismo hecho, es decir, tiene los mismos efectos de la sentencia absolutoria. (Artículo 228 del Código Procesal Penal)
- c) **Clausura Provisional:** esta suspende la etapa preparatoria hasta el momento en que se puedan incorporar nuevas pruebas que hagan viable la presentación de la acusación o el requerimiento del sobreseimiento. (Artículo 331 del Código Procesal Penal);
- d) **Archivo:** Cuando habiéndose agotado la investigación no se hubiese individualizado al reo o cuando se haya declarado su rebeldía se procederá al archivo conforme al Artículo 327 del Código Procesal Penal.

También se puede solicitar, si procede como actos conclusivos del procedimiento preparatorio, las medidas desjudicializadoras de Criterio de Oportunidad y la Suspensión Condicional de la Persecución Penal, conforme a las reglas para estos casos.

4.7 El Instituto de la Defensa Pública Penal

El Instituto de la Defensa Pública Penal, es una entidad pública autónoma y gratuita que ejerce una función técnica de carácter social, con el propósito de garantizar el derecho de defensa, asegurando la plena aplicación de las garantías del debido proceso, a través de una intervención oportuna en todas sus etapas.

- **Funciones dentro del proceso:** El servicio público de defensa penal tiene competencia para:
 - Intervenir en la representación de las personas de escasos recursos económicos sometidas a proceso penal, a partir de cualquier sindicación que las señale como posibles autores de un hecho punible o de participar en él, incluso, ante las autoridades de la persecución penal.
 - Asistir a cualquier persona de escasos recursos que solicite asesorías jurídicas cuando esa considere que pudiera estar sindicada en un procedimiento penal.

- Intervenir, a través de los de los defensores de oficio, cuando la persona no tuviere o, no nombrare defensor de confianza, en las formas que establece la ley.

4.8 Participación del defensor y los retos a vencer en la etapa preparatoria del proceso penal

El abogado defensor tiene por mandato el brindar el servicio público de defensa de derechos garantizados por la Constitución Política de la República, constituyéndose en agente de cambio y garante del debido proceso en el ámbito de la justicia, y por tanto velar por el respeto y ejercicio de los derechos humanos y limitar el poder punitivo del estado, ya que seguimos viviendo en un estado policial que evidencia de que el proceso penal sigue siendo un arma eficaz e idónea para el abuso de poder, el irrespeto de los plazos procesales, la utilización de prueba ilegítima, todos ellos están estrechamente ligados con el ejercicio de la defensa técnica, puesto que corresponde al defensor exigir que estos institutos de apliquen en las condiciones garantistas previstas por la Constitución Política de la República y la ley procesal penal, defensa técnica que necesariamente debe presentar tres características: oportuna, permanente y eficaz

La defensa técnica se basa en el hecho de que el defensor comparece al proceso para tutelar los intereses particulares del imputado y que por ende, tal presencia se debe traducir en un verdadero ejercicio de gestiones, intervenciones, alegatos, etcétera los cuales conllevan a la plena implementación de una estrategia de defensa, basada en el

pleno conocimiento de la teoría del delito como método de análisis de la conducta humana penalmente relevante, siendo una herramienta indispensable para la resolución de casos en forma científica y objetiva.

Los dos extremos sobre los que descansa la teoría del delito, son sin duda la antijuricidad y la culpabilidad, en sentido estricto: imputación personal. Se entiende como: “Juicio de desvalor expresivo de la nocividad jurídico penal de un hecho, reproche del hecho, en cuanto el mismo supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal no justificada por un interés jurídico superior, causa de justificación. Desvalor intersubjetivo y ex ante de una conducta, por su peligrosidad hacia el bien protegido y desvalor objetivo ex post del resultado. El juicio de desvalor, en que consiste la antijuricidad, no implica todavía, esto es por sí mismo, la infracción de una norma primaria, imperativa, por parte de su destinatario concreto. En efecto, en cuanto imperativo dirigido a un sujeto, a todos y cada uno de los sujetos a los que quiere motivar, la norma primaria solo puede ser infringida personalmente por dicho sujeto. El delito ha de ser un hecho penalmente antijurídico, típico y sin causas de justificación, personalmente prohibido a su autor, personalmente imputable; entendiendo por imputación personal que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una infracción personal de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable”⁴⁷.

En definitiva, delito como hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable. Tan sólo en ese supuesto cabe hablar de tal concepto. El principio de imputación

⁴⁷ Ibid, pág. 123.

personal impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida. Es lo que sucede en el caso de los inimputables.

Este principio de imputación puede apoyarse:

- En la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable,
- En el principio de igualdad real de todos los ciudadanos, como garantía de que si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no sea lícito castigarles como si no poseyeran esa inferioridad. Lo que amplía el abanico de supuestos al error además de a la inimputabilidad,

Y centrándonos ya en el aspecto personalmente imputable, conlleva:

- La infracción personal de una norma primaria: En la medida en que el derecho penal está constituido por un conjunto de normas dirigidas a motivar al ciudadano en contra del delito; lo intenta en primera instancia a través de las prohibiciones o mandatos en qué consisten las normas primarias, las cuales tratan de prevenir la producción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico penales previstas en los tipos penales y no justificadas. Pero la norma sólo puede intentar legítimamente evitar tales hechos dirigiéndose a la mente de



cada uno de sus destinatarios, lo que conocemos en nuestro derecho penal guatemalteco como prevención general, para que evite realizarlos cuando él pueda hacerlo. Si sus condiciones personales y/o o situacionales son normales, el autor del injusto penal podrá haberlo evitado por lo que infringirá la norma primaria, es acá donde la prevención especial o específica tiene lugar. Pero no será así en caso contrario, ello sucede cuando el sujeto no puede advertir personalmente la peligrosidad objetiva del hecho o es incapaz de evitarlo, y cuando no puede saber su objetiva antijuricidad error de tipo y de prohibición.

- Su atribución a un sujeto penalmente responsable: La responsabilidad penal del autor exige que la capacidad de cumplimiento de la norma primaria exista en un grado tal que pueda considerarse normal. El autor es penalmente responsable cuando realiza el hecho en condiciones psíquicas de normalidad motivacional suficientes para que proceda la imposición de una pena. Falta, en cambio cuando el infractor de la prohibición no puede ser motivado por la norma en tales términos”⁴⁸.

Para que sea lícito imputar un hecho prohibido a su autor como sujeto susceptible de ser penado, es preciso que éste haya podido recibir la llamada de la prohibición en unas condiciones mentales normales, ausencia de causas de inimputabilidad, etc. No son pues penalmente responsables los enfermos mentales, los menores de edad penal, los que actúan con miedo insuperable, etc. y ello abre el camino a la propuesta del trabajo investigativo.

⁴⁸ Taylor, Ob; Cit., pág. 45.



Al considerar el tipo doloso, ubicando el dolo que supone el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, **dolus malus** entendido como complemento del dolo natural finalista, o intención de realizar el tipo, como un elemento subjetivo del tipo penal y al margen del conocimiento de su antijuricidad, en el estadio de la imputación personal, ésta queda completada, aunque el error de prohibición invencible puede eliminar ese dolo. Entre las doctrinas formuladas para explicar la naturaleza del dolo se debate si, para que aquél exista, basta el conocimiento, teoría de la representación, o se precisa conocimiento y voluntad, teoría de la voluntad. “El dolo como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito”⁴⁹.

En definitiva en el dolo además del elemento volitivo que se concreta en la voluntad de ejecutar el hecho, concurre un elemento intelectual, anterior a aquél, constituido por la representación mental o el conocimiento del propio hecho; y es en dicha representación en donde puede jugar el error. Como mantiene Mir Puig, el dolo es la voluntad consciente resultante de sumar el conocimiento de la conducta típica a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano, y que dicho dolo implica querer en el sentido, por lo menos, de aceptar. El dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo y ese resultado debe quererarse o como mínimo aceptarse en el dolo eventual pues, en caso contrario, estaríamos frente a la culpa consciente.

⁴⁹ Jakobs, Günter, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Pág. 278.



4.9 La motivabilidad de la norma penal en la apreciación del desvalor

Al tratar anteriormente el aspecto personalmente imputable, se ha evidenciado que ello comportaba:

- La infracción personal de una norma primaria. Pero la norma sólo puede intentar legítimamente evitar tales hechos dirigiéndose a la mente de cada uno de sus destinatarios para que evite realizarlos cuando él pueda hacerlo. Si sus condiciones personales y/o situacionales son normales, el autor del injusto penal podrá haberlo evitado, por lo que infringirá la norma primaria. Pero no será así en caso contrario, ello sucede cuando el sujeto no puede advertir personalmente la peligrosidad objetiva del hecho o es incapaz de evitarlo, y cuando no puede saber su objetiva antijuricidad error de tipo y de prohibición invencible en tipos dolosos, que eliminaba el dolo.
- Su atribución a un sujeto penalmente responsable, no inculpable; y a su vez esto último requería una normalidad motivacional en el sujeto, por lo cual quedaban descartados al efecto los enfermos mentales, los menores de edad penal, los que actúan con miedo insuperable, etc.

La imputación personal se basa en que el sujeto es motivable mediante normas prohibitivas. El inculpable no es motivable con la misma intensidad. Por eso su acto sigue siendo antijurídico, pero no se impone la pena. En el inculpable concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen, por debajo del límite de lo



normal, las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para atender la llamada normativa. Por ello y en aras a la ya mencionada exigencia de igualdad real de todos los ciudadanos, deben tratarse de desigual forma a estos sujetos que reciben también desigualmente la llamada de la norma, por lo que puede establecerse la ecuación: a distinta motivabilidad, distinto trato legal. Nadie duda en negar la condición de imputable a determinados sujetos, locos, niños, etc. Pero el problema real no es conocer quien es inimputable para el derecho, sino lo contrario, quién es imputable y por qué.

La respuesta más simple y en el fondo más exacta, es la de que para el derecho es imputable básicamente quien no sea un enfermo mental, un niño o un sujeto sin instrucción y esto es lo más exacto porque los elementos positivos de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad en sentido estricto, o sea, aquellos que permitirían constatar su existencia por sí misma y no por exclusión de las causas de inimputabilidad, se dan las más de las veces por supuestos. Esos elementos son el pleno y libre albedrío, sin condicionantes importantes y ¿por qué no socioculturales?, tal y como son acá en cada una de las regiones de nuestro país, para lograr la capacidad de decidir libremente entre lo lícito y el injusto penal, además de poder conocer éstos; capacidad en suma de darle desvalor al hecho y en base a ello abstenerse de ejecutarlo, aunque la prevención general negativa se logre, por lo general, en base al miedo al castigo asociado, sería inadecuado no contemplar este aspecto más dignificador.



Los condicionamientos socioculturales, dominantes o marginales, también influyen en primer lugar, con el desvalor que el sujeto activo de un injusto penal, aprecie en su representación mental exigida por el dolo aún estando en plenas condiciones de salud psíquica, pues no olvidemos que la norma primaria va dirigida a él, de forma que él pueda cumplirla; si sus condiciones personales y/o situacionales, de todo tipo, son normales, el autor del injusto penal podrá haberlo evitado por lo que infringirá la norma primaria. Pero no será así en caso contrario. La ausencia de desvalor personal puede generar los mismos efectos que la incomprensión del ilícito por error de prohibición o la imposibilidad de adecuar su conducta a esa comprensión, en base a hábitos adquiridos y considerados normales por el sujeto aún en el caso de que tal comprensión fuese correcta. Recordemos también, al efecto, el Artículo 23 del Código Penal en relación a las primeras eximentes con los dos aspectos citados, si bien debe recordarse que esas eximentes son actualmente tan sólo de etiología psíquico biológicas.

Y también esos condicionamientos socioculturales influyen de igual manera con el desvalor que la sociedad aprecie en una conducta dada. Lo que siendo objeto de estudio por parte la sociología de la censura, conecta con el impulso que la política criminal genere para la tipificación o no de dichas conductas. En relación con el desvalor personal que el sujeto activo de un injusto penal, aprecie en su representación mental, se entiende que cuando la ausencia de éste se deba a creencias distintas, de raíz étnica, etc., o a discrepancias objetivas respecto a la norma por causas fundadas en el ejercicio de derechos constitucionales, objetores en base a libertad ideológica, etc., estas situaciones cabrían dentro del error de prohibición, sin necesidad de abrazar atenuantes, etc. vía estado de necesidad por conflicto de intereses, que evidentemente

favorecerían más al reo en caso de que existiendo una muy fuerte y fundada creencia o discrepancia, se generase un peligro mínimo.

La concepción normativa de la imputación personal hace que en definitiva ésta dependa de tres presupuestos: libertad consciente de elección o determinación, imputabilidad o sujeto penalmente responsable, conocimiento de la antijuricidad, y por último exigibilidad de una conducta adecuada a la norma. Si estos presupuestos se cumplen, el sujeto es objeto de un juicio de reproche, por no haber adaptado su comportamiento a lo que el derecho y la sociedad podían esperar de él. Ese reproche, salvo excepciones legales, supondrá la imposición de una pena.

Ello no es obstáculo para sostener que, en la medida en que el hombre real no coincide necesariamente con el ideal o normal, las situaciones que puedan ser establecidas o vividas como anormales por el segundo pueden a su vez resultar normales al primero y viceversa. Así la falta de apego a la vida en general, incluyendo la propia, puede generar conductas, que sin ser percibidas como heroicas por ese sujeto, sí lo sean para los restantes, y, a su vez, el espíritu pendenciero de un hombre real, puede colocarle en situaciones anormales para él, que requerirían un gran autocontrol ante un comentario determinado, por ejemplo, para no desplegar su fuerza, a las que no llegaría quién no tuviese aquella nota en su carácter.

Por otro lado, para llegar a la afirmación del conocimiento del derecho, el sistema penal toma también como pauta el llamado conocimiento del hombre medio rasando en ese nivel a todos, a pesar de que el reo diste mucho de ese hombre medio ideal. El sistema



como ya dije no es el correcto, pues habría que demostrar el conocimiento de ese hombre en concreto. Pero se mantiene que ello parece o es indemostrable. ¿Por qué? Bien que se desciende al hombre concreto, aunque quizás en ámbitos de otros conocimientos, en supuestos de imprudencias profesionales; también se desciende al hombre concreto a los efectos de conocer su capacidad para realizar la conducta debida en las omisiones; etc., supuestos en que debe conocerse y analizarse al sujeto en cuestión. La excusa debe, pues, rechazarse y por ello, como mínimo, el progreso del derecho penal en esta materia hay que buscarlo en la apertura del ámbito de eficacia legal del error y en la real valoración de la personalidad del autor. Ello encajaría con el proceso individual de socialización.

Existe también un sector doctrinal, que en absoluto considera los tales condicionamientos socioculturales ni aspecto subjetivista alguno. Así, Jakobs mantiene, entre otras, estas posiciones funcionalistas: "La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto a lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Son muchos los que piensan que este programa de una teoría normativa del derecho penal se expone a tres objeciones: 1, se dice que falta un punto de partida crítico hacia el sistema social; 2, se dice que falta lo ontológico o la estructura lógico material y 3, se dice que falta el sujeto. Las tres objeciones se formulan con razón; y ciertamente se hacen patentes. En consecuencia, lo subjetivo solo tiene relevancia secundaria, pues se unificará con la socialización. Una objeción muy común es que el funcionalismo se quita la máscara, mostrando su verdadera faz: se dice que pretende estabilizar la sociedad, sin aludir para nada al sujeto libre; se dice



que pretende estabilizar normas, sin determinar si son normas que hacen posible la libertad o leyes que aterrorizan, y así es. El derecho penal reacciona frente a una perturbación social; ésta no puede, precisamente al ser una perturbación social, disolverse de modo adecuado en los conceptos de un sujeto aislado con sus facultades. Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sujeto. La persona es el sujeto mediado por lo social. Pero al no ser la mediación social única, por las desiguales ubicaciones de los sujetos en la estructura, no cabe la exigencia de personas similares en socialización y por tanto cercanas al patrón medio, sino que subjetivismos distintos con socializaciones diferentes dan personas con escalas de valores varias; seres reales dispersos respecto al patrón medio”⁵⁰.

Lo importante es el cumplimiento de la norma, para reafirmarla como necesidad social. Por lo tanto, con determinación de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una actitud; aquélla cuyo rol o compromiso consiste en respetar el derecho objetivo.

⁵⁰ Jakobs, Günter, **Ob; Cit.**, Pág.78.



CONCLUSIONES

1. El derecho de defensa, es el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente a lo largo de todo el proceso penal, a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, pretendiendo equilibrar y compatibilizar la persecución penal.
2. El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración, encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación, con la finalidad de establecer si existen motivos o no para ejercerla, legitimado para instar al órgano jurisdiccional la aplicación del derecho penal.
3. La importancia del contradictorio en la averiguación de la verdad, radica principalmente en la objetividad en la investigación para que esta sea encaminada a preservar el Estado de derecho sin violentar el debido proceso y ser el garante de los derechos que la Constitución Política de la República de Guatemala establece.
4. La defensa técnica radica en, hace valer el derecho contradictorio en la hipótesis investigativa para crear un contrapeso en al función acusadora; actualmente encaminada a una función unilateral de persecución para probar la culpabilidad de las personas sometidas a proceso penal, teniendo como objetivo lograr la condena del imputado.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario el reconocimiento constitucional del derecho de defensa como derecho fundamental y no como una mera suposición doctrinaria, exige que haya una especial y privilegiada protección; significa entonces, que debe de ser reconocido en la práctica por el legislador.
2. El Ministerio Público como ente encargado de la persecución penal, debe de realizar su investigación con un esquema lógico, con el fin de lograr establecer la verdad retórica de los hechos, sin obviar la objetividad, en aplicación al derecho contradictorio, y no incidir únicamente afirmando la culpabilidad.
3. Es necesaria la implementación de nuevos métodos y técnicas que velen por la constante aplicación del derecho contradictorio por parte del Ministerio Público en la etapa preparatoria, lo que implica que también tendrá que formular requerimientos, solicitudes y practicar pruebas a favor del imputado.
4. Es necesario que la defensa del imputado haga valer el derecho contradictorio por medio de la intervención constante y oportuna en la etapa de investigación, para que esta no sea únicamente encaminada a comprobar la culpabilidad del imputado.



BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO Escobar, Julio Eduardo. **Derecho procesal penal**. tomo I, **Guatemala**: Ed. Estudiantil Fénix, 2004.
- BARRIENTOS Pellecer, Cesar. **Derecho procesal penal guatemalteco**. tomo I, 2ª ed.; **Guatemala**: Ed. Magna Terra, 1997.
- BINDER Barzizza, Alberto. **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires: **Argentina**: (s.e.), 1993.
- BURGOS, Amilcar. **El fortalecimiento de las instituciones sociales**. (s.l.i.): Revista Asies, No. 5, 1989.
- CABEZAS, Horacio. **Metodología de la investigación**. **Guatemala**: Ed. Piedra Santa, 1994.
- CASTILLO González, Jorge Mario. **Constitución Política de República de Guatemala, comentada**. **Guatemala**: (s.e), 2004.
- CHACÓN de Maldonado, Josefina. **Introducción al estudio del derecho**. 2a. ed. **Guatemala**: Ed. Idea – U. F. M., 1992.
- DE MATA Vela J.F. y DE LEON Velazco H.A. **Curso de Derecho Penal Guatemalteco**. 5ª ed. **Guatemala**: Ed. Centroamericana, 1955.
- OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales S.R.L.**, **Buenos Aires, Argentina**: (s.e.), 1981.
- REAL Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., Heliasta 1990.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, **Argentina**: Ed. Heliasta 1979.
- ESCUELA de Verano del Poder Judicial. **Seminario especializado de derecho procesal penal: principios procesales y debido proceso**. tomo I, **Guatemala**: (s.e), (s.f.).



FIGUEROA Sarti, Raúl. **Código Procesal Penal, concordado y anotado con la jurisprudencia constitucional.** Guatemala: 9a. edición, F. & G. Ed.; 2004.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del estado.** Universidad Autónoma de México, México: (s.e.), 1981.

LOPEZ López; Enrique. **Derechos procesales Fundamentales.** 2ª Ed. México: (s.e), (s.f.)

LÓPEZ Aguilar, Santiago. **Introducción al estudio del derecho.** Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Ed. Universitaria, 1987.

MALDONADO Aguirre, Alejandro. **El control constitucional.** Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala: (s.e.), (s.f.).

MINISTERIO Público de la República de Guatemala. **Manual del fiscal.** Programa de naciones unidas para el desarrollo; Guatemala: (s.e.), 2001.

PACHECO, Máximo. **Introducción al derecho. República de Chile:** Ed. Jurídica, 1976.

PAR usen, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco.** tomo I, Guatemala: Ed. Guatemala, 1997.

PINTO Acevedo, Mynor. **La jurisdicción constitucional en Guatemala.** Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala: (s.e.), (s.f.).

RUIZ Castillo De Juárez, Crista. **Teoría general del proceso.** 9a. ed.; Guatemala: (s.e.) 2003.

SAENZ Juárez, Luis Felipe. **Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala.** Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala: (s.e.), (s.f.).

SIERRA González, José Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco.** Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala: (s.e.), (s.f.).

SORIANO, Ramón. **Compendio de teoría general del derecho.** Barcelona. España: Ed. Ariel, S. A. 1993.



TREJO Duque, Julio Aníbal. **Aproximación al derecho procesal penal y análisis breve del actual proceso penal.** 2a. ed. Guatemala: (s.e.), 1988.

Legislación:

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

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

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

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