

WpαòÛÙϑœäöòáϑεáöεÿšÛáöòáöwœvòt œšœ
œœöwšvœöáöòáöϑεöœÿármü öœœÿááÛöœšòù
òùöwòšœöòáöùvwöwÛáöòáÛÛvöüœöü
t œöùvü œöóáöòùòópuáÿòεš



**EL CONTRADICTORIO COMO BASE
DEL DERECHO PROBATORIO Y GARANTÍA
CONSTITUCIONAL PARA REVERTIR
LOS HECHOS IMPUTADOS**

LICENCIADA

MILITZA VIRGINIA RODRÍGUEZ GARCÍA

öwœvòt œšœöòùüáöòáœfí

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**EL CONTRADICTORIO COMO BASE DEL DERECHO PROBATORIO Y GARANTÍA
CONSTITUCIONAL PARA REVERTIR LOS HECHOS IMPUTADOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

MILITZA VIRGINIA RODRÍGUEZ GARCÍA

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

MAESTRA EN DERECHO PENAL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, enero de 2016



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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
DIRECTOR: Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Mtro. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. José Gustavo Girón Palles
SECRETARIO: MSc. Alejandro Gutiérrez Dávila
VOCAL: MSc. Sonia Doradea Guerra

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala 10 de abril de 2015

Mto. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

SECRETARÍA

15 ABR. 2015

RECIBIDO

Hora: _____ Minutos: _____
OFICIAL _____

Apreciable señor Director:

A través de la presente me permito dirigirme a usted refiriéndome al nombramiento como TUTOR del trabajo de tesis de la profesional MILITZA VIRGINIA RODRIGUEZ GARCIA, titulado "EL CONTRADICTORIO COMO BASE DEL DERECHO PROBATORIO Y GARANTÍA CONSTITUCIONAL PARA REVERTIR LOS HECHOS IMPUTADOS".

Después de hacer la revisión correspondiente del trabajo que me fuera encomendado, su marco teórico, las conclusiones y recomendaciones arribadas, considero que el trabajo cumple con los requisitos exigidos por la Universidad en cuanto a la metodología y técnicas de investigación. A lo largo del trabajo comprueba la hipótesis planteada al inicio de la investigación, utilizando bibliografía pertinente y actualizada, además realiza un trabajo de campo mediante entrevista a profesionales de la materia.

Además la abogada Rodríguez García, da un aporte significativo a la bibliografía nacional y en especial a las ciencias jurídicas y sociales. En tal virtud la investigación que en esta oportunidad se aprueba genera conclusiones pertinentes.

Por lo anterior, DOY OPINION FAVORABLE, APROBANDO el trabajo en mención.
Sin más que agregar; Atentamente

Dr. Oscar Sagastume Álvarez
Asesor del trabajo de tesis

Guatemala, 6 de noviembre de 2015

Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:


Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

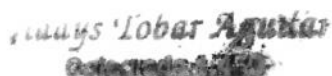
**EL CONTRADICTORO COMO BASE DEL DERECHO PROBATORIO Y
GARANTÍA CONSTITUCIONAL PARA REVERTIR LOS HECHOS
IMPUTADOS**

Esta tesis fue presentada por el Licda. Militza Virginia Rodríguez García , de la Maestría en Derecho Penal, de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, diecinueve de noviembre de dos mil quince.-----

En vista de que la Licda. Militza Virginia Rodríguez García, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 20-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL CONTRADICTORIO COMO BASE DEL DERECHO PROBATORIO Y GARANTÍA CONSTITUCIONAL PARA REVERTIR LOS HECHOS IMPUTADOS”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





ÍNDICE

Pág.

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | i |
|-------------------|---|

CAPÍTULO I

| | |
|--|----------|
| 1. EL DERECHO PROBATORIO | 1 |
| 1.1. Aspectos generales..... | 1 |
| 1.2. Conceptualización | 2 |
| 1.3. La prueba, concepto y aspectos generales..... | 6 |
| 1.4 Conceptos y diferencias entre principios y garantías del derecho. | 9 |
| 1.5 Principios fundamentales del derecho probatorio judicial..... | 1G |
| 1.5.1.Principio de la unidad de la prueba | 1Í |
| 1.5.2. Principio de igualdad | 16 |
| 1.5.3.Principio de la libertad de los medios de prueba | 17 |
| 1.5.4. Principio de la licitud de la prueba..... | 19 |
| 1.5.5. Principio de inmediación | 24 |
| 1.5.6. Principio de la necesidad de la prueba..... | 25 |
| 1.5.7. Principio de la comunidad de la prueba o adquisición procesal | 27 |
| 1.5.8. Principio de contradicción | 28 |
| 1.5.9. Principio del empleo de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba y su indicación o señalamiento | 31 |



CAPÍTULO II

| | |
|--|-----------------|
| 2. LOS SISTEMAS PROCESALES EN MATERIA PENAL | 35 |
| 2.1. Generalidades | 35 |
| 2.2. Antecedentes históricos..... | 38 |
| 2.2.1 La autodefensa o autotutela | 39 |
| 2.2.2. Autocomposición | 39 |
| 2.2.3. Heterocomposición..... | 40 |
| 2.3. Los sistemas procesales penales | 4G |
| 2.3.1. Sistema inquisitivo..... | 4G |
| 2.3.2. Sistema acusatorio..... | 47 |
| 2.3.3. Sistema mixto..... | 53 |
| 2.4. Sistemas de valoración de las pruebas | 55 |
| 2.4.1. Sistema de la prueba legal o tasada | 55 |
| 2.4.2. Sistema de la libre valoración | 5Î |
| 2.4.2.1. Sana crítica razonada | 55 7 |
| 2.4.2.2. Sana crítica razonada | 58 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|-----------|
| 3. EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO..... | 61 |
| 3.1. Antecedentes..... | 61 |
| 3.2. Principios fundamentales del proceso penal guatemalteco | 64 |
| 3.2.1. Principio de legalidad | 69 |
| 3.2.2. Principio del debido proceso | 70 |
| 3.2.3. Principio de inviolabilidad de la defensa en juicio, contradicción | 72 |
| 3.2.4. Principio de inmediación | 74 |
| 3.2.5. Principio probatorio o de libertad probatoria..... | 76 |
| 3.3. Los procedimientos procesales | 77 |
| 3.4. Las fases del procedimiento común | 78 |



| | |
|---|----|
| 3.4.1. Fase de instrucción o investigación..... | |
| 3.4.2. Fase intermedia..... | 81 |
| 3.4.3 Fase de juicio oral | 83 |
| 3.4.4. Fase de impugnaciones | 85 |
| 3.4.5. Fase de ejecución | 86 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|------------|
| 5. LA PRUEBA ANTICIPADA COMO DILIGENCIA DE LA ETAPA PREPARATORIA EN CASOS DE URGENCIA Y SU VINCULACIÓN CON LA IMPUTACIÓN DE LOS HECHOS Y EL CONTRADICTORIO | 89 |
| 5.1. La prueba anticipada | 89 |
| 5.1.1. Anticipo de prueba en la etapa preparatoria o de investigación..... | 93 |
| 5.1.2. Anticipo de prueba en la etapa de juicio oral..... | 95 |
| 5.2. La imputación de los hechos y el principio de contradicción | 99 |
| 5.2.1. Concepto de imputación fiscal | 100 |
| 5.2.2. Momentos procesales de la imputación fiscal | 101 |
| 5.2.3. Anticipo de prueba sin imputación fiscal | 104 |
| 5.3. Valor probatorio de los actos diligenciados mediante el anticipo de prueba..... | 105 |
| 5.4. Incorporación de los actos diligenciados mediante el anticipo de prueba al debate oral y público | 107 |
| 5.5. Implicancias de llevar a cabo actos de anticipo de prueba en que no participe el sindicato | 111 |
| 5.6. Consideraciones respecto de las opiniones recabadas mediante el trabajo de campo | 114 |
| 5.7. Consideraciones respecto a la comprobación de la hipótesis de investigación. | 119 |
| CONCLUSIONES..... | 121 |
| BIBLIOGRAFIA | 123 |



| | |
|--|------------|
| ANEXOS | 131 |
| A. Modelo de encuesta utilizada..... | 13H |
| B. Gráficas de resultados de opinión | 13I |



INTRODUCCIÓN

El tema El Contradictorio Como Base del Derecho Probatorio y Garantía Constitucional Para Revertir Los Hechos Imputados se seleccionó debido a la importancia jurídica y legal que debe imperar en el marco garantista del proceso penal, del cual deben estar revestidas todas las actuaciones e institutos del derecho de probar, el cual se encuentra estrechamente vinculado y contenido en el Derecho Procesal Penal.

La facultad de demostrar los extremos tendientes a destruir la imputación o disminuir sus consecuencias, es una manifestación imprescindible dentro de este marco garantista, que posibilita la facultad de oponerse a la persecución penal, siendo ello la característica que en mayor medida representa el contradictorio.

El ejercicio del derecho de probar y controlar los medios probatorios no solamente cuenta con la potestad de rendir los medios de prueba que se encuentren encaminados a desvirtuar la acusación o a demostrar aquellas circunstancias que conduzcan a una estimación más favorable del hecho imputado, sino materializa las garantías, principios y derecho de defensa y contradictorio. En este sentido, debe garantizarse a sí mismo, que los medios de prueba que se utilicen sean: legalmente permitidos, que no hayan sido obtenidos de forma ilícita y que se hayan incorporado al proceso de conformidad con el procedimiento establecido en la ley; más allá de lo anterior, que sean efectivamente controvertidos en juicio, para que el juzgador, juzgadora o juzgadores, puedan tener una apreciación en conjunto, que les permita mediante de la utilización de la sana crítica razonada, llegar a una conclusión que se apegue, en mayor medida, a la forma en que fueron acaecidos los hechos.

Durante el procedimiento preparatorio, el sindicado y su defensor tienen derecho a conocer las actuaciones cumplidas durante la investigación, conocer la imputación fiscal, y pueden, en este sentido, proponer los medios de investigación pertinentes destinados a desvirtuar la hipótesis criminal en cualquier momento de esta etapa procesal, así como asistir a los actos que se practiquen, en los cuales, por lo menos el



defensor debe estar presente en las diligencias que se lleven a cabo en calidad de anticipo de prueba.

El acusado, por medio de su defensor tienen derecho a ofrecer y rendir la prueba de descargo y, de esa manera, fiscalizar la de la acusación, para lo cual pueden interrogar y contra interrogar a los testigos y peritos, ya sea directamente o por medio de sus consultores técnicos. Facultades que quedan restringidas cuando se produce la prueba anticipada, en casos considerados de urgencia y en los cuales se ignora quién ha de ser el imputado.

Para ello, se partió de la interrogante de investigación siguiente: ¿De qué forma se puede garantizar el principio de contradictorio, para ejercer el derecho de defensa del imputado, a efecto de contar con una amplia posibilidad de contradecir a los otros sujetos procesales y desvirtuar sus medios probatorios, cuando en diligencia de Anticipo de Prueba se ignora quién ha de ser el imputado?; teniendo como finalidades: a) Detallar en qué consiste el Derecho probatorio y el desarrollo histórico del mismo; b) Desarrollar los paradigmas, conceptos y doctrina de los diferentes sistemas procesales en materia penal; c) Vincular el sistema procesal penal en que se inserta el proceso penal guatemalteco, sus principios y garantías con los principios y garantías del Derecho Probatorio; y d) Analizar el instituto del Anticipo de prueba que se encuentra normado en la legislación procesal guatemalteca, especialmente el caso de urgencia, en que se ignora quién ha de ser el imputado, y vincularlo con el derecho a conocer los hechos imputados, el principio de contradictorio y derecho de defensa.

La hipótesis formulada, se logró comprobar : “aunque la diligencia de anticipo de prueba se encuentra revestida por las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, **en los casos en que se lleve a cabo sin que se conozca quien ha de ser el imputado, no se cumple a plenitud el principio de contradictorio**”. Lo anterior, toda vez, que dadas las circunstancias especiales de los casos analizados, en que, de manera urgente, se práctica el anticipo de prueba en la fase preparatoria, sin que se sepa aún



quien será el sindicado, por carecer de una versión distinta a la presentada por la fiscalía.

El abordaje investigativo se desarrolla en cuatro capítulos: en el Capítulo I, se presenta una compilación monográfica sobre el Derecho Probatorio; en el Capítulo II, se hace referencia a los sistemas procesales penales a través de la historia; el Capítulo III, expone de manera concreta el sistema procesal penal guatemalteco; y en el Capítulo IV, finalmente se realiza el abordaje de la prueba anticipada como diligencia de la etapa preparatoria en casos de urgencia y su vinculación con la imputación de los hechos y el contradictorio.

Los métodos de investigación utilizados fueron: el del materialismo histórico, que aportó la visión integral del desarrollo de los sistemas procesales, el método jurídico, que permitió el enfoque desde el marco garantista legal; el de análisis (deducción e inducción) y síntesis, que permitieron la valoración de la información compilada, la estructura y redacción de la presente. La aplicación de los métodos antes citados fue complementada con las técnicas investigativas de: recolección de información: documental, encuesta (muestra aleatoria) y tabulación estadística.



CAPÍTULO I

EL DERECHO PROBATORIO

1.1 Aspectos generales

El Derecho, entendido como el entramado jurídico que han desarrollado las sociedades para regular una pacífica convivencia, consta de dos esferas; por un lado, la esfera o potestad creadora del Derecho a ser manifestado en Ley (Derecho sustantivo o material subjetivo), que se encuentra delegada en la soberanía ciudadana y en la representación estatal que al efecto se designa en los legisladores. Por el otro, la potestad de juzgamiento de los hechos que han sido ejecutados pese a lo prohibido por la voluntad ciudadana o estatal convertida en Ley (Derecho sustantivo material objetivo) por medio de de la jurisdicción que el Estado como máxima representación de la soberanía ciudadana delega en los jueces (Derecho adjetivo o procesal). En esta esfera, existe una mayor relación con hacia el Derecho Probatorio.

Como el Derecho Procesal o Adjetivo, un sistema de normas, regido por principios, garantías y postulados doctrinales que tienen como fin regular y administrar justicia ante los conflictos generados con motivo del posible incumplimiento de las normas de derecho material, basa su apreciación en los alegatos y elementos de interés (indicios probatorios) presentados por las partes en apremio; es decir, centra su objeto al averiguamiento (etapa de investigación) y verificación (etapa de juicio) de los elementos probatorios que resultan de las aportaciones de las partes. Llamado también Derecho Probatorio.

Los elementos probatorios son necesarios, por lo tanto, en todo sistema procesal, ya que el fin de este, como mencionamos, es el de averiguar y verificar cómo se sucedieron los hechos para llegar a una conclusión (sentencia) que permita la



administración de justicia para las partes y lograr de esa manera el mantenimiento del orden social.

1.2 Conceptualización

El Derecho Probatorio es muchas veces identificado con el Derecho Procesal, y es correcto, pues el primero es la sustancia del segundo. Lo que no puede suponerse, es que ambos sean sinónimos.

El Derecho Probatorio tiene también vida fuera de un proceso judicial, cualquiera que sea la rama del derecho para la cual se utilice (penal, civil, laboral, administrativo, constitucional). Es decir, su concepción existe también extraprocesalmente (ciencias o saberes diferentes al campo y ramas del derecho).

Probar los hechos como acción garante de lo que se proclama es una actividad natural de la persona, que a decir del tratadista Parra Quijano, “aparece unida a todas las actividades de tipo social. Puede afirmarse que es una necesidad que surge desde que el hombre vive en sociedad”.¹

Devis Echandía nos aporta la definición de Derecho Probatorio esbozada por Antonio Rocha, diciendo: «En sentido estricto, por derecho probatorio se entiende, una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, pero que comprende en general "la verificación social de hechos", es decir, la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extra procesal.»²

¹Cfr. Parte introductoria en, Parra Quijano, Jairo.: *Manual de derecho probatorio*. 15° edición ampliada y actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, Colombia, 2006.

²H. Devis Echandía,: *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina Víctor P. De Zavalla - Editor, 1970. Pág. 15. Nota 28. Citando a Rocha: *Derecho probatorio*. Editorial de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario. Bogotá, Colombia, 1962-1963. Pág. 2; Y: *De la prueba en derecho*. Editorial Lerner. Bogotá, Colombia, 1967. Págs. 13-19.



Silva Melero, citada también por Devis Echandía, considera que la prueba procesal es más que un aspecto de la prueba general que, en el mundo de los valores, se nos ofrece de un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico general; otras, afectando al dominio de la lógica, al de la investigación en sus diferentes ciencias, y adquiriendo particular relieve en las investigaciones sociales y humanas”.³

Fenech, por su parte, habla de la compatibilidad de la prueba procesal “con la prueba universal, extraprocesal y metajurídica, ya que la prueba, como se ha dicho acertadamente por cierto sector de la doctrina alemana, no es sólo un concepto jurídico, sino que trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida”.⁴

Con respecto a su función o uso extraprocesal, nos hace referencia Devis Echandía, al igual que Parra Quijano, expresando el primero: “A diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos, que atañen sólo a determinada rama del derecho, como la procesal, la civil o la penal, la noción de prueba no solo dice relación con todos los sectores del derecho, sino que trasciende el campo general de éste, para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive, a la vida práctica o cotidiana.”⁵ Y el segundo: “La prueba, entonces tiene una función social, una función humana - individual (la necesidad del adulto de probar algo para sobresalir; del niño para que lo tengan en cuenta, etc.) y una función jurídica (hacer posible saber cómo sucedieron los hechos, para aplicarlas normas).”⁶

Como nos refieren estos autores, la prueba es parte de la necesidad humana de respaldar sus acciones y dichos. Así, por ejemplo, se puede mencionar, a los historiadores, arqueólogos y paleontólogos, que necesitan de vestigios (hitos, estructuras, fósiles) para probar sus teorías y descubrimientos, de la misma manera que los comerciantes necesitan mostrar (en su caso) los documentos que respaldan la

³ *Ibíd.* Pág. 11.

⁴ *Loc. Cit.*

⁵ *Ibíd.* Pág. 9.

⁶ J. Parra Quijano, *Óp.Cit.* Introducción, s/n Pág.



propiedad de los objetos sobre los cuales comercian (títulos de propiedad, para el caso de bienes registrables, por ejemplo); las personas, necesitan cotidianamente probar su identidad, para efectos laborales, estudiantiles, o legales, sin que por esto último, se esté vinculado a un proceso judicial. Supóngase el caso de una requisa en un autobús de transporte colectivo, por la alarma policial respecto de la fuga de reclusos, en la cual cada pasajero tendrá que identificarse, utilizando para ello, el documento que acredite sus datos y características personales.

Otro de los casos puede ser la necesaria identificación de los laborantes en una empresa, en la cual, por el número de personal colaborador, se hace necesario el portar un gafete identificativo; en la actualidad, en muchos establecimientos públicos o privados, se utilizan sistemas de registro horario, los cuales cuentan con campos de identificación biométricos. También las transacciones mercantiles en bancos o comercios que utilizan sistema de pago electrónico requieren de pruebas de quien retira de una cuenta o realiza un pago mediante el uso de documento electrónico, para asegurar que la persona que realiza la transacción sea la titular de los derechos en ejercicio. En el caso estudiantil, para poder realizar acciones de inscripción, reinscripción, asignaciones de cursos y otras, los estudiantes deben acreditar su identidad, así mismo, documentar estudios aprobados en el caso de que los estudios a realizar sean la continuación de un nivel o carrera.

Pero, sin duda, donde es posible notar el uso y necesidad del campo del Derecho Probatorio es en el mundo del proceso, donde la prueba es fundamental, ya que está destinada a producirle certeza al juez, y por lo tanto no se puede prescindir de ella sin atentar contra los derechos de las personas.⁷

El Derecho Probatorio supone el aseguramiento y confiabilidad sobre los hechos y circunstancias en una relación humana, y en lo procesal, la fijación de los supuestos

⁷ J. Parra Quijano, *Óp. Cit.* Introducción, s/n Pág.



sobre los que se realizará una declaración o constitución de derecho, con la resolución emanada mediante una sentencia judicial.

Como nos dice Manuel Borja: “Se ha pretendido que las ciencias, como conocimiento confiable, se basten a sí mismas y dentro de sus estructuras conceptuales autónomas brinden las soluciones a los problemas que surgen en su aplicabilidad y aprehensión gnoseológica, pero el conocimiento cualquiera que sea su perspectiva de consideración, requiere seguridad y fijeza, pues para muchos fines, debe tornarse en convicción, en creencias, porque quizás las indagaciones cognoscitivas del intelecto han sido guiadas, antes que por la objetividad de los hechos, por relaciones no siempre precisas, lo que sugiere la necesidad de seguridad.”⁸

“(...) esta postulación hace que el saber científico vuelva al saber filosófico, para prestar una base sólida a todas sus elaboraciones conceptuales, en las que sus captaciones y leyes se desdoblan en confrontación, que es el sentido más amplio de la prueba, de la cual es una forma básica el silogismo. Sin prueba no hay verdad científica.”⁹

El Derecho Probatorio, en el ámbito puramente judicial, nos refiere Goephe, “contempla dos aspectos para fines procesales y específicamente sobre la prueba: a) el de la forma o procedimiento, que incluye su admisibilidad, su oportunidad, sus requisitos y su práctica; b) el de fondo, que proporciona los principios para la valoración de los distintos medios aportados al proceso y que constituye una verdadera ciencia de la prueba, independientemente de las reglas de procedimiento.”¹⁰

⁸ M.A. Borja Niño, *La prueba en el derecho colombiano*. Tomo I. Sistemas & Computadores Ltda. Bucaramanga, Colombia, 1999. Pág. 2. Citando a Dellepiane, Antonio. *Nueva teoría general de la prueba*. Sexta edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1961. Pág. 1. Y; Ziman, Jhon. *La credibilidad en la ciencia*. Alianza editorial. Traductor: Eulalia Pérez Sedeño. Pág. 13.

⁹ *Loc. Cit.*

¹⁰ H. Devis Echandía, *Óp. Cit.* Pág. 15. Citando a Goephe: *Critica del testimonio*. Editorial Reus. Madrid, España, 1962. Págs. 33 y 34. En Nota 27.



Por tanto, concluimos que el Derecho Probatorio al igual que el Derecho Procesal tienen por objeto “la prueba”. Sin embargo, la prueba para el proceso judicial o legal se restringe en cuanto a las formas y necesidades específicas de la materia que la utilice, en tanto que la prueba en un aspecto general se constituye entonces en el continente del contenido de aquel

1.3 La prueba, concepto y aspectos generales

Como se ha señalado, la prueba tiene una connotación general hacia todos los saberes y ciencias, pero en las ciencias jurídicas, su concepto y utilización revisten una mayor ilustración e identificación, especialmente en las procedimentales.

Bentham dedicó gran parte de su tiempo al estudio y análisis de este instituto del Derecho, lo cual, sin duda, dedicaba a la ilustración de los jueces, a quienes consideraba debían ser personas con las cualidades y discernimiento más altas y agudos. Al preguntarse sobre ¿Qué cosa es prueba? nos refiere Dumont (compilador de los escritos de Bentham) que pensaba lo siguiente: “En el sentido más lato que puede darse a esta palabra, se entiende por prueba un hecho que se da por supuesto como verdadero, y que se considera como debiendo servir de motivo de credibilidad acerca de la existencia o no existencia de otro hecho.”¹¹

Bentham también partía de la lógica de la prueba común a todos los hechos de la vida, lo que deducimos de la anterior definición, y que al efecto proponía: “se sigue que las cuestiones de prueba tienen mucha más extensión que la que aparece, presentándose en las circunstancias de la vida donde menos se piensa en seguir un procedimiento

¹¹ J. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*. Tomo I. Compilación por Esteban Dumont, traducción de Don José Gómez de Castro. Imprenta de Don Tomas Jordán. Madrid, España: 1835. Pág. 23. Disponible en: http://books.google.com.gt/books?id=TRFMkzCl_SQC&pg=PA22&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false consulta realizada el 22 de octubre de 2014, 13:40 hrs.



lógico, y por decirlo así, judicial. El manejo de los negocios domésticos gira del todo sobre pruebas, y nuestras frívolas diversiones suponen aplicaciones las más sutiles.

Además, nos presentaba a la prueba, como parte de un orden lógico de pensamiento basado en el silogismo aristotélico; es decir, la prueba como conclusión, con respecto a dos premisas comparativas, describiendo en sus notas, que “toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: el uno que puede llamarse el hecho principal, que es el que se trata de probar que existe o no existe; y el otro, el hecho probatorio, que es el que se emplea para probar el sí o el no del hecho principal. De consiguiente toda decisión que se funda en una prueba, procede por vía de conclusión: supuesto tal hecho, concluyo que existe tal otro.”¹³

Borja también nos refiere el concepto de prueba como una acción comparativa, “La noción de prueba, obra como confrontación de enunciados, ideales o fácticos, frente a otros enunciados, para llevar a un resultado de seguridad en el conocimiento adquirido; es, dentro del saber, el eje social de su validez, pues con ella sus relaciones adquieren coherencia y objetividad. Es el punto donde, en el derecho, la sociedad controla la efectividad y eficacia de los instrumentos jurídicos ideales, representativos de relaciones, que ha utilizado para su autorregulación.”¹⁴

Por su parte, Devis Echandía, haciendo acopio de lo expuesto por Dellepiane, relaciona a la prueba como método reconstructivo, explicándonos que, “En todas las ciencias reconstructivas se trata, según observa Dellepiane, “de ir de los rastros dejados por las cosas, hechos o seres, a estos mismos seres, hechos o cosas”. Por eso, el método común que emplean puede llamarse reconstructivo, aun cuando por la diversidad de sus actividades necesitan recursos propios que los diferencian en concreto, porque “cada problema especial no se resuelve bien sino por un método

¹² *Loc. Cit.* Pag. 06

¹³ *Ibid.* Pág. 23.

¹⁴ M. Borja Niño. : *Óp. Cit.* Pág. 4.



construido especialmente para él, adaptado a la naturaleza de sus datos y de sus dificultades” (sic).¹⁵

En cuanto a presentar una concepción del término prueba, en el campo del derecho procesal, ilustramos los siguientes:

De acuerdo con Bentham, la Prueba es: “*un medio*” de que nos servimos para establecer la verdad de un hecho; medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto.” Realiza una diferenciación entre el concepto de prueba como medio y el medio en sí: “Los medios probatorios son bien diferentes unos de otros, para no dejar de formar especies o modificaciones que pueden recibir designaciones particulares.”¹⁶

Para Carnelutti: “La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento”; nos dice también, que la prueba, “es una de las claves, no tanto para la teoría del proceso, cuanto para la del juicio, que es lógica pura” y que “El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba.”¹⁷

A decir de Carnelutti, lo importante es probar, ya sea para corroborar la versión de cargo o para desmentirla. Es decir, el juez, debe atender al esclarecimiento de los hechos, con imparcialidad y objetividad, para lograr una verdad jurídica.

Rocco considera que la institución de la prueba es “el conjunto de normas jurídicas procesales que regulan la prueba y los medios de prueba”.¹⁸

¹⁵ H. Devis Echandía.: *Óp. Cit.* Pág. 12. Citando a Dellepiane: *Nueva teoría general de la prueba*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1961. Págs. 33, 54 Y 182. Nota 12.

¹⁶ J. Bentham. : *Óp. Cit.* Pág. 29.

¹⁷ H. Devis Echandía, Hernando.: *Óp. Cit.* Pág. 13. Citando a Carnelutti: *La prueba civil*. Editorial Arayú. Buenos Aires, Argentina, 1955. Pág. 18. En nota 18.

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 15. Citando a Rocco: *Trattato di diritto processuale civile*. Tomo II. Editorial Utet. Torino, Italia, 1957. Pág. 181. En nota 26.



Para Vishikski más sencillamente, es “el conjunto de normas o reglas que regulan modo de reunión, presentación, utilización y calificación de las pruebas”.¹⁹

Un concepto más general, y enfocado a realizar una diferencia de la prueba en el ámbito procesal respecto al Derecho Probatorio, nos aporta Devis Echandía, al establecer, que se entiende “por pruebas judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.”²⁰

En el ámbito del Derecho Probatorio, hay que hacer varias diferencias de conceptos relacionados al de prueba, en su sentido estricto, podemos concluir con el concepto desarrollado por la maestra Moscoso Maldonado, quien expone como concepto de prueba, lo siguiente: “son los elementos de que se ha servido el juzgador para llegar a una conclusión (sentencia, absolutoria o condenatoria) respecto de un pragma conflictivo que se ha sometido a la razón de su competencia, y que, han servido de base a la fundamentación de la misma; diferente de los indicios y medios probatorios, que aunque han tenido uso en el proceso penal, no han servido para la convicción del juzgador sobre la forma en que acaecieron los hechos controvertidos”.²¹

1.4 Conceptos y diferencias entre principios y garantías del derecho

Usualmente, se hace referencia a estos conceptos, que por demás son quizá los vocablos mayormente utilizados al momento de describir las bases o soporte de la estructura del Derecho. Sin embargo, en pocas oportunidades se repara en el análisis de su significado o diferencias.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 15. Citando a Vishikski: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*. Editorial Nuevo Derecho. Buenos Aires, Argentina, 1951. Pág. 252. En nota 25.

²⁰ *Ibíd.* Pág. 15.

²¹ C.M Moscoso Maldonado, *Rol del psicólogo forense en el proceso penal guatemalteco*. Presentación docente. Capacitación para personal del Ministerio Público, UNICAP-SPC MP, Guatemala, 2012.



Por ello, haremos una pequeña descripción de estos conceptos, para fortalecer la comprensión de los mismos, toda vez que durante el desarrollo de la temática se estará haciendo alusión a los mismos.

La palabra principio o principios en el ámbito del derecho, nos traslada hacia la concepción filosófica de la ética, es decir, todo aquello referente al buen vivir, la moral, la virtud, lo correcto, el ideal de la convivencia humana. Así, al hablar de principios, se está haciendo referencia a esos valores o máximas universales que orientan o deben orientar las acciones humanas.

Para Hernán Valencia Restrepo, “El fin de los fines de los principios es cuádruple: humanizar, hacer justo, actualizar y racionalizar el derecho”, además apunta: “Quien conoce los principios generales, domina todo el derecho. El que los ignora, nada sabe de él”.²²

El autor en referencia menciona que los principios son valores fundamentales o básicos contruidos socialmente, de los que se desarrolla la normativa jurídica.

En cuanto a las garantías del derecho, normalmente, se relaciona con los máximos postulados jurídicos contenidos en las constituciones de los Estados, mismos que como hemos descrito, surgen a su vez de los principios del derecho y están íntimamente ligados a las normas ordinarias que se desarrollan de la normativa constitucional.

Siendo así, su individualidad a veces queda sin distingo. No obstante, al desarrollar separadamente y puntualmente sus conceptos encontramos sus diferencias.

²² H. Valencia Restrepo. *La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 36, No. 106, Págs. 69-124. Medellín, Colombia, 2007. Pág. 69. Disponible en <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2367495.pdf> consulta realizada el 28 de julio 2015, 17:40 hrs.



Al igual que los principios, las garantías aspiran a un ideal de convivencia humana basada en el respeto. Por ello se dice que todo principio plasmado en ley, se convierte en garantía.

Las garantías, según nos indica Cesar Romero, son “(...) un medio jurídico-institucional que la propia ley señala para hacer posible la vigencia de los derechos y libertades reconocidos y otorgados.”²³ Y para Rafael Bielsa, una garantía “es un medio para poner en movimiento a la autoridad para que restablezca el derecho subjetivo cuando este ha sido vulnerado.”²⁴

Es decir, las garantías son aquellas prerrogativas que aseguran el respeto por el cumplimiento de la normativa jurídica.

En orden sucesivo, los principios constituyen las aspiraciones máximas del Derecho, las garantías se convierten en esa aspiración legislada que, a su vez, asegura el cumplimiento de las normas generales del derecho.

Según describe Jorge Machicado, “Una garantía no es un derecho subjetivo, ya que éste es una facultad o poder reconocido a una persona por la ley vigente y que le permite realizar o no ciertos actos.”²⁵

Concluimos señalando la importancia del conocimiento y manejo de éstos términos y su función en el entramado del derecho.

²³ J.Machicado, *¿Que es una Garantía?* Artículo disponible en: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia-4536.html#sthash.EWfWaG8G.dpuf> consulta realizada el 28 de julio de 2015: 17:15 hrs.

²⁴ *Loc. Cit.*

²⁵ *Ibíd*



1.5 Principios fundamentales del derecho probatorio judicial

Señalamos nuevamente, que el objeto del Derecho Probatorio es la prueba. Esta es común a todos los ámbitos del Derecho. Muchos de los estudiosos del Derecho, han tratado de dilucidar si es posible encontrar puntos en común o una teoría general de la prueba judicial.

Para los tratadistas Devis Echandía, Silva Melero, Planiol y Ripert,²⁶ “nada se opone a una teoría general de la prueba, siempre que en ella se distingan aquellos puntos que por política legislativa, ya que no por razones de naturaleza o función, están o pueden estar regulados de diferente manera en uno u otro proceso. Existe, pues, una unidad general de la institución de la prueba judicial.”²⁷

De esa cuenta, varios estudiosos han tratado de diferenciar principios generales y fundamentales para el Derecho Probatorio, de los principios generales y fundamentales del Derecho Procesal y, en este último, los principios rectores pertinentes a cada una de las ramas del Derecho. En este apartado, haremos referencia a varios de los principios del Derecho Probatorio descritos por destacados doctrinarios, con la aclaración de que estos no tienen una nominación igualitaria por cada uno de ellos. Por ello de manera general, trataremos de referirnos a los principios comunes identificados. Es importante señalar también que bajo alguna de las denominaciones, se encuentran incluidos varios principios, nominados de manera diferente por otros tratadistas.

Incluimos, a modo de referencia, una pequeña tabla con los principios que desarrollan tres tratadistas, para luego hacer una breve referencia a cada uno, enfocándonos en el principio de contradicción, por ser este el tema principal de estudio.

²⁶ Cfr. Devis Echandía, Hernando.: *Óp. Cit.* Pág. 16.

²⁷ *Ibid.* Pág. 16.



Tabla No. 1

Principios del Derecho Probatorio Judicial

| No. | Autores: | | |
|-----|---|--|--------------------------------------|
| | Hernando Devis Echandía ²⁸ | Jairo Parra Quijano ²⁹ | Nattan Nisimblat ³⁰ |
| 1 | Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos | Principio de la necesidad de la prueba | Principio de necesidad |
| 2 | Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba | | |
| 3 | Principio de la unidad de la prueba | Principio de la unidad de la prueba | |
| 4 | Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición | Principio de la comunidad de la prueba o adquisición procesal | Principio de comunidad |
| 5 | Principio del interés público de la función de la prueba | | |
| 6 | Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba | Principio de la veracidad | |
| 7 | Principio de la contradicción de la prueba | Principio de la contradicción de la prueba | Principio de contradicción |
| 8 | Principio de igualdad de oportunidades para la prueba | Principio de la igualdad | |
| 9 | Principio de la publicidad de la prueba | Principio de la publicidad o "socialización de la persuasión judicial" | Principio de publicidad |
| 10 | Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba | Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba | |
| 11 | Principio de la legitimación para la prueba | Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba | |
| 12 | Principio de la preclusión de la prueba | | |
| 13 | Principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba | Principio de la inmediación | Principio de inmediación |
| 14 | Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba | | |
| 15 | Principio de la originalidad de la prueba | | Principio de originalidad o mismidad |
| 16 | Principio de la concentración de la prueba | | Principio de concentración |
| 17 | Principio de la libertad de la prueba | Principio de la libertad de los medios de prueba | Principio de libertad |

²⁸ H. Devis Echandía, Hernando. *Óp. Cit.* Págs. 16-23.

²⁹ J. Parra Quijano, Jairo *Óp. cit.* Págs. 18-26.

³⁰ N. Nisimblat, *Derecho Probatorio. Principios y medios de prueba en particular*. Posgrados Universidad Católica de Colombia. Disponible en: http://nisimblat.net/images/LIBRO_DERECHO_PROBATORIO_-5.pdf consulta realizada el 22 de enero 2014 19:45 hrs.



| No. | Autores: | | |
|-----|--|--|---|
| | Hernando Devis Echandía | Jairo Parra Quijano | Nattan Nisimblat |
| 18 | Principio de la pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba | | |
| 19 | Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana | Principio de la licitud de la prueba | |
| 20 | Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba | | |
| 21 | Principio de la inmaculación de la prueba | Principio de la licitud de la prueba | Principio de inmaculación |
| 22 | Principio de la evaluación o apreciación de la prueba | Principio de la libre apreciación; y Principio del empleo de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba y su indicación o señalamiento | |
| 23 | Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad | Principio de la autorresponsabilidad | Principio de autorresponsabilidad, carga o incumbencia probatoria |
| 24 | Principio de la oralidad en la práctica de la prueba | | |
| 25 | Principio inquisitivo en la obtención de la prueba | | |
| 26 | Principio de la no disponibilidad e irrenunciabilidad de la prueba | | |
| 27 | Principio de la gratuidad de la prueba | | |
| 28 | | Principio de la separación del investigador y del juzgador | |
| 29 | | Principio del derecho a la prueba | |
| 30 | | Principio de igualdad | |
| 31 | | | Principio dispositivo, de deliberación o principio de parte |
| 32 | | | Principio de la Duda: in dubio |



15.1. Principio de la unidad de la prueba

Se refiere a la forma de analizar y apreciar los medios probatorios, cuyo análisis y finalmente su apreciación debe realizarse en conjunto.

Este principio probatorio le es común a todas las ramas del Derecho procesal, así nos lo ilustra Parra Quijano, auxiliándose de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la cual se hace referencia a este principio, conforme lo siguiente: “En verdad, que, como con acierto lo sostiene la doctrina universal, la prueba procesal no está formada, generalmente, por un solo elemento, sino que, por lo común, cada litigante suele utilizar diferentes medios probatorios, de naturaleza heterogénea. Y también es cierto que no es corriente que los elementos de prueba usados por un litigante ofrezcan un resultado uniforme; a lo que cabría agregar que lo mismo sucede con el resultado que presente la prueba de la contraparte, ordinariamente antitético con el de aquélla.”³¹ Se señala también que “De esta observación elemental han partido legisladores y juris-peritos para atribuir y reconocer a los jueces de instancia, la facultad para hacer la apreciación conjunta de los diversos y heterogéneos elementos probatorios que obran en autos. De no ser así, a los falladores se les imposibilitaría para formar la premisa menor del silogismo judicial que constituye la sentencia, o sea la determinación de la situación fáctica concreta que debe subsumirse en la hipótesis contemplada por la norma legal.”³²

Con la anterior anotación, podemos recordar, como ya quedó anotado, que tanto el Derecho como la prueba, parten de un orden lógico de pensamiento basado en el silogismo Aristotélico, es decir, la prueba como conclusión, con respecto a dos premisas comparativas.

³¹ J. Parra Quijano: *Óp. cit.* Pág. 9, haciendo referencia a la Sentencia de 14 de junio de 1982, de la Corte Suprema De Justicia de Colombia. Magistrado ponente Dr. Humberto Murcia Ballén.

³² *Ibíd.* Pág. 9.



La apreciación conjunta de la prueba consiste por tanto, en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador, analizando y conjugando los diversos elementos probatorios mediante los cuales llega a un convencimiento homogéneo sobre los hechos.

1.5.2. Principio de igualdad

Este principio, aunque útil en todas las ramas de Derecho y de obligada observancia, tiene diferentes matices en cada una de ellas, de acuerdo con las facultades y potestades de las partes en el proceso de que se trate. Podemos mencionar, por ejemplo, el Proceso Civil, en el cual el que actúa debe probar y el demandado redarguir de nulidad o refutar lo señalado por la otra parte; en materia laboral, hay una inversión en la carga de la prueba, donde el demandado es el obligado a probar y en materia penal, en que rige el principio de inocencia frente al cual, el Estado debe facilitar la petición y diligenciamiento de los medios de prueba que estime necesarios la parte sindicada, y además, permitir el conocimiento de lo investigado por el ente persecutor.

Este principio, como lo señala el ya citado autor, Parra Quijano, “tiende a lograr un equilibrio en el proceso, las partes tienen que tener igualdad de oportunidades para pedir y obtener que les practiquen pruebas y para contradecir las del contrario, pero y por sobre todo un equilibrio en el conocimiento de los hechos, que interesan en general a la investigación.”³³

Como podemos apreciar, este principio se encuentra mayormente ligado con el principio de contradicción, y como expresan Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre, también con la investigación penal, ya que las averiguaciones deben comunicarse a los sujetos procesales de manera inmediata. Si no se hace esa comunicación en el tiempo indicado se rompe la igualdad; ya que “[...] mientras (el Estado) que ejerce a plenitud su poder investigativo, el imputado no participa en la

³³ *Ibíd.* Pág. 9.



aducción de los medios probatorios que posteriormente se pueden ir en su control [...]”³⁴

1.5.3. Principio de la libertad de los medios de prueba

Este principio, también de aplicación general en materia probatoria, tiene mayor relevancia en materia penal, donde la mayoría de legislaciones y teorías lo ubican. A pesar de ello, tiene aplicación concreta, en todas las ramas del Derecho, ya que no puede limitarse ni restringirse más que a los procedimientos legales, la forma de probar.

En el Derecho Penal, por ser este el instrumento del Estado más restrictivo en cuanto a los bienes humanos, como el de la libertad, se observa que este principio no solo es un instrumento procesal, sino también es una oportunidad de “tutelar los derechos individuales constitucionalmente garantizados, frente al peligro de sus posibles violaciones”³⁵.

Señalamos que es en materia penal en que se hace de mayor manifiesto este principio, ya que, por ejemplo en materia civil, el proceso generalmente señala de forma nominativa los medios probatorios, (aunque no se limita su forma o uso para casos concretos) y aunque en materia penal se hace referencia a estos, queda la norma ampliativa que indica o hace referencia a la libertad probatoria. En Guatemala, lo encontramos en el Artículo 182, del Código Procesal Penal, en que se establece: “Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.”

³⁴ M. Bernal Cuéllar, E. Montealegre Lynett,: *El proceso penal*. Universidad Externado de Colombia, 1995, pág. 44. Citado por Parra Quijano, Jairo.: *Óp. cit.* Pág. 9

³⁵ J. Parra Quijano, : *Óp. cit.* Pág. 15.



Para Nattan Nisimblat, “El principio de libertad, en oposición al tarifario legal, permite al juez formar su convencimiento con el recurso de cualquier medio de prueba, siempre que no se oponga a la naturaleza del proceso, que no esté prohibido por la ley o la Constitución y que sea idóneo para demostrar el hecho alegado.”³⁶

En referencia a la naturaleza del juicio o proceso, nos sigue manifestando el autor citado, que, en términos generales, existen dos tipos de procesos, según lo que en ellos se pretenda demostrar, el constructivo y el reconstructivo.

“El primero es común en la averiguación penal, pues con él se busca encontrar tanto lo que pasó como lo que aún está sucediendo, en virtud de la necesidad, tanto de sancionar, como de evitar la continuidad del delito. El segundo es propio de los conflictos civiles, laborales y contenciosos, donde lo que se busca no es prevenir, sino reconstruir unos hechos que fundamentan las pretensiones de las partes. En tal virtud, lo que es libre en un proceso no lo será para otro, tal y como ocurre, por ejemplo, con ciertos medios probatorios que, siendo admisibles en el proceso penal, no lo son en el proceso civil, tales como el allanamiento con fines de registro, la interceptación de comunicaciones y la interceptación de correspondencia.”³⁷

Con respecto a las limitaciones legales que puede enfrentar el principio de libertad de la prueba o de la libertad de medios de prueba, nos refiere Parra Quijano, que debe enfatizarse en afirmar que de ninguna manera se pueden violar los derechos individuales constitucionalmente garantizados. Como ejemplo, nos refiere lo siguiente: “el narcoanálisis podría dentro de la libertad de medios de prueba ser utilizado, pero la taxatividad surgida del respeto a los derechos fundamentales impide que se utilice como medio de prueba”³⁸

³⁶ N. Nisimblat.: *Óp. cit.* Pág. 146.

³⁷ *Ibid.* Pág. 146.

³⁸ J. Parra Quijano,: *Óp. cit.* Pág. 15.



La libertad probatoria, por tanto, nos puede hacer concluir en que los hechos y circunstancias del proceso pueden ser demostrados con cualquier medio que tenga esa capacidad, y no solo utilizando de manera concreta un medio específico de convicción.

Sin embargo, también podemos concluir en que existen elementos de juicio con mayor idoneidad probatoria que otros; por ejemplo, “las pruebas ideales para demostrar la tipicidad de un homicidio, obviamente serían la necropsia, el acta de levantamiento del cadáver y la partida de defunción, pero lo anterior no imposibilitaría probar la muerte por otro medio de convicción”.³⁹

El principio de la libertad probatoria, en materia penal, se enmarca además en la garantía al debido proceso, por lo que: “Las normas sobre las pruebas penales son normas de garantía, por lo cual toda su disciplina debería ser considerada como un instrumento de defensa para el imputado.”⁴⁰

1.5.4. Principio de la licitud de la prueba

Los principios probatorios al igual que los principios procesales y del Derecho, tienen una relación simbiótica, es decir, en cuanto a dependen unos de los otros.

Este principio de la licitud de la prueba es parte del conjunto de principios probatorios, y siguiendo lo anotado en el párrafo anterior, es de necesaria presencia para el desarrollo de los otros, pero su estricta consumación, se hace necesaria para la valoración de la prueba en sí. Es necesario, aunque su contenido y alcances de la valoración no se encuentren regulados de manera uniforme, ni en las definiciones doctrinales ni en las legislaciones; y de hecho su estricticidad dependa también del sistema acusatorio de que se trate. Este principio también es de observancia general, sin embargo, de mayor notoriedad para el proceso penal.

³⁹ *Ibíd.* Pág. 15.

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 15.



De acuerdo con los estudiosos del tema, y al no tenerse una concepción clara sobre lo que se pueda denominar prueba lícita, se puede referir al tema en su manera opuesta, es decir, acotando el concepto de prueba ilícita.

Para Parra Quijano, “La prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.⁴¹

Es decir, así como lo señala el principio de libertad probatoria, toda prueba es lícita, en tanto no lesione derechos fundamentales de las personas. En este sentido, se puede relacionar además, el respeto por los otros principios del derecho probatorio. Si alguno de los derechos fundamentales de las personas o alguno de los principios del derecho probatorio se ven comprometidos, entonces, el análisis deberá centrarse en los elementos indiciarios y su forma de obtención, para determinar su licitud o ilicitud.

Ada Pellegrini Grinover define lo siguiente: “Por prueba ilícita en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad”.⁴² Y señala: “Es por eso que la investigación y la lucha contra la criminalidad deben ser conducidas de cierta manera, de acuerdo con un rito determinado, con la observación de reglas preestablecidas. Si la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 23

⁴² A. Pellegrini Grinover,; *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*. No. 10, Año 7, septiembre de 1995. Pág. 23.



inatacable. El método a través del cual te indaga debe constituir, por sí solo, un vicio restringiendo el campo en que se ejerce la actuación del juez y de las partes”.⁴³

En consonancia con lo ya anotado, observamos que el Derecho Penal no puede, en aras de la impartición de justicia, vulnerar reglas éticas y morales para cumplir con su cometido.

Para Beling, “(...) las prohibiciones de prueba se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad, se puede afirmar que el sistema de la libre convicción opera y debe operar sobre pruebas aportadas en forma regular y sin violación de los derechos fundamentales de la persona.”⁴⁴

El Derecho Penal, no puede basar la apreciación probatoria, partiendo de elementos que infringen derechos fundamentales de las personas; es decir, no se puede buscar reparar un mal o esclarecer un hecho considerado dañino a la sociedad, causando agravios sociales.

Para Beccaria: “No hay libertad donde las leyes consientan alguna vez, que en determinados casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa”, “ni el grande ni el rico han de poder comprar los atentados contra el débil y contra el pobre: De otra suerte las riquezas, que bajo la tutela de las leyes con el premio de la industria, se convierten en sostén de la tiranía.”⁴⁵

La impartición de justicia, que es el máximo ideal del derecho penal, procesal y probatorio, debe basarse en el estricto respeto de los derechos de las personas. Esto conlleva la garantía de una valoración probatoria imparcial, solo alcanzable mediante procedimientos.

⁴³ *ibíd.* Pág. 22.

⁴⁴ Citado por Parra Quijano, *Óp. Cit.* Pág. 25.

⁴⁵ C. Beccaria,.: *De los delitos y de las penas.* Madrid, 1879. Traducción al castellano de César Cantil, pág. 148.



Pellegrini se manifiesta también sobre lo que considera una intrusión del Estado los Derechos fundamentales de las personas y el fin de la defensa social, para legalizar procedimientos probatorios, argumentando lo siguiente: “Los estados modernos no pueden argumentar que el fin de la "defensa social", justifica la búsqueda de la verdad a cualquier precio. La búsqueda de la verdad no puede ser una aspiración que lave su satisfacción a costa de la libertad y de los derechos de la persona. No hay nada más precioso que la libertad.”⁴⁶

Lo anterior hace referencia a métodos no convencionales de investigación y de obtención de pruebas, como las escuchas telefónicas, entregas vigiladas y otras, que han adoptado los Estados con el fin del orden y defensa social, a lo que también se manifiesta, Winfried Hassemer, sosteniendo, que: “El Estado necesita, también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, que no sólo sea fundamentada normativamente sino que también actúe de manera practico-simbólica. El Estado no puede utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal”.⁴⁷

Los procedimientos de investigación penal que involucran métodos especiales de investigación son de especial análisis por las distintas posiciones teóricas sobre su licitud o ilicitud; pero en ellos, también deben observarse las formas legales para su autorización, obtención e incorporación a los procesos judiciales.

En el mismo sentido, Ferrajoli se pronuncia con respecto de su criterio a la llamada prueba secreta o secretividad de su fuente, para valorar la licitud de estos procedimientos, señalando: “Debe ensayarse otro tipo de protección a los funcionarios y a los testigos, pero en nuestra América, a menudo violenta y con grandes masas de población ignorantes y pobres, ese secreto lejos de permitir una buena justicia, es otro

⁴⁶ A. Pellegrini Grinover: *Óp. Cit.* Pág. 22.

⁴⁷ W. Hassemer: *Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones.* Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, No. 14, Año 9. Pág. 7.



motivo generador de zozobra y de violencia. La prueba secreta, el misterio en el manejo, es lo que más daña al ser humano encartado. Obligar al ser humano a intuir qué pruebas se tienen en su contra, supone un desgaste, que genera resentimiento contra el órgano jurisdiccional. La justicia secreta en el aspecto probatorio va en contravía de las reglas de la ética. Del secreto de la justicia se pasa fácilmente a la violación de los derechos humanos, para conseguir la prueba. Aquella es una tentación muy grande para no aceptar la consecuencia. La justicia secreta no es el escenario natural de las pruebas. Se puede decir que la ansiedad del Estado por perseguir estas bandas, acomoda una dialéctica bien clara: amigo-enemigo, y se hace realidad el proceso que Beccaria calificaba como ofensivo, donde el juzgador más que de obtener información se ha de preocupar de encontrar, a cualquier precio, la prueba.”⁴⁸

La postura de este autor es sumamente estricta, con los métodos de investigación que restringen el conocimiento de lo investigado a la parte sospechosa de delito, como se deduce de su exposición.

Respecto a la licitud de la prueba, aunque no es el tema central de este análisis, no podemos dejar de mencionar lo referente a las pruebas que proceden de la prueba ilícita o efectos reflejos, por lo que mencionaremos de manera sencilla algunas generalidades de la Teoría de los frutos del árbol envenenado o *Fruit of the poisonous tree doctrine* por su referencia en idioma inglés.

Conforme a esta teoría, al restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida, también se afecta a aquellas otras pruebas que si bien, son en sí mismas legales, no obstante al estar basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, se llega a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas. Sin embargo, existen posiciones no tan rigurosas, en este sentido, que establecen la necesidad de sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la

⁴⁸ L. Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bondrés. Editorial Trotta. Madrid, España, 1995. Pág. 815.



aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas. Lo que se ha denominado: El principio de la proporcionalidad en la prueba ilícita.

Un ejemplo, de lo anterior, sería: “utilizar una grabación, tomada por medio del teléfono, donde consta la propuesta de pagar una suma de dinero por la muerte de una persona, puede ser utilizada para evitar la muerte de esa persona, y ser apreciada dentro de un proceso judicial, aunque hubiere sido tomada sin autorización de las autoridades.”⁴⁹

Otro ejemplo, referido por López Baja de Quiroga, es el siguiente: “Un detenido revela en un interrogatorio en el que se violan los derechos fundamentales, donde se encuentran el arma y el botín procedente del robo. El arma y el botín son hallados en el escondite revelado en el interrogatorio, en el interior del domicilio del acusado, durante una entrada y registro realizado con mandamiento judicial, en el arma se descubren las huellas dactilares del acusado y se acredita pericialmente que se trata del arma utilizada para cometer el delito, nos encontramos, pues, ante unas pruebas obtenidas lícitamente, pero que parten o tienen su origen o fundamento en una prueba que se obtuvo ilegalmente”.⁵⁰

1.5.5. Principio de inmediación

Este principio hace referencia a la presencia del juez y participación directa en el diligenciamiento del medio probatorio.

En materia penal, hay que señalar, que el diligenciamiento de los medios probatorios se realiza en dos etapas, la primera en la etapa investigativa, en la que generalmente se procuran y ejecuta toda la pesquisa investigativa, no obstante, esta puede darse aún en la etapa de juicio, cuando hechos novedosos sean conocidos. Esta primera etapa, tiene

⁴⁹ J. Parra Quijano: *Óp. Cit.* Pág. 41.

⁵⁰ J. López Baria de Quiroga, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida..* Madrid, España: Editorial Akal 1989. Pág. 115. Citado por Parra Quijano, *Óp. Cit.* Pág. 36.



tendencia inquisitiva por estar a cargo de las entidades fiscales, controlada en su caso por la jurisdicción de instancia. Y la segunda, la etapa de juicio o juzgamiento, que tiene tendencia acusatoria, en la que el juez, el día de la celebración de la audiencia de juzgamiento personalmente oirá al sindicado, víctima y órganos de prueba acerca de los hechos controvertidos.

Para Nattan Nisimblat, “El principio de inmediación obliga al juez a estar en permanente contacto con la prueba, a recaudarla personalmente, a presenciarla, a controlarla. La inmediación garantiza que el juez se familiarice con el medio, que se permee del hecho que antes le era desconocido, para así poder valorarlo.”⁵¹ En tanto que para Parra Quijano, “Si percepción es el proceso de llegar a conocer determinado objeto, es decir, que la percepción está regida por la atención, la inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio.”⁵²

1.5.6. Principio de la necesidad de la prueba

Para la demostración de los hechos, es necesaria su previa comprobación. Para la demostración de lo acontecido, en todas las ramas del proceso judicial, por tanto, será necesaria la prueba.

La comprobación de los hechos, en el proceso penal, se realiza mediante la valoración de los medios probatorios presentados al juez; se dice que “Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez.”⁵³

⁵¹ N. Nisimblat: *Óp. cit.* Pág. 141.

⁵² J. Parra Quijano: *Óp. cit.* Pág. 72.

⁵³ *Ibid.* Pág. 73.



Ferrajoli, al hacer referencia a los ritos jurídicos como medios de garantizar el Derecho judicial y proceso penal, realiza la siguiente descripción: “Las formas procesales de mayor relevancia son obviamente las que condicionan la validez de las pruebas al método legal de su formación. Estas impiden, entre otras cosas, que puedan tener relevancia la «ciencia privada del juez» a los fines de la convicción de culpabilidad, que deben producirse *secundum acta et probata*”.⁵⁴ Es decir, al juez le está prohibido realizar conclusiones basadas en su conocimiento y/o experiencia, sin que estos estén referidos de manera directa a medios diligenciados dentro del proceso y de acuerdo a sus reglas. Este principio tiene una especial relación con el principio del Derecho Penal sobre la presunción de inocencia y con el principio probatorio y procesal de la contradicción, el cual sería violado si la decisión se tornara con base en pruebas no aportadas al proceso, o en decisiones o conocimientos privados de quien juzga.

Para Nattan Nisimblat, el principio de necesidad es el resultado de la prohibición constitucional del fallo sin pruebas y también de la prohibición internacional de la decisión por sospecha, en oposición a la decisión por indicio.⁵⁵

Nisimblat, también nos refiere, que, de acuerdo con la legislación procesal, toda decisión debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Y que el principio de la necesidad probatoria encierra varias previsiones de contenido sustancial, obliga al intérprete y por lo tanto al operador judicial a distinguir los “momentos procesales de la prueba”, también conocidos como el *iter* o el sendero probatorio. Del cual se puede citar las siguientes reglas:

- a. No podrá valorarse la prueba que no fue pedida en tiempo, decretada legalmente y practicada en debida forma;
- b. No podrá practicarse la prueba que no fue legalmente decretada;
- c. No podrá decretarse la prueba que no fue oportunamente pedida o aportada o que, además, sea inconducente, impertinente o inútil; y

⁵⁴ L. Ferrajoli: *Óp. Cit.* Pág. 621.

⁵⁵ N. Nisimblat, Nattan.: *Óp. Cit.* Pág. 129.



- d. No podrá pedirse o aportarse la prueba en oportunidad distinta que la prevista la ley.⁵⁶

Las anteriores obedecen y son parte de las etapas del *iter* probatorio, siendo estas:

- a. Petición y aporte;
- b. Decreto (aprobación del juez sobre la petición o el aporte);
- c. Práctica; y
- d. Valoración.⁵⁷

Además identifica como requisitos intrínsecos de la prueba, los siguientes: Conducencia (idoneidad), Pertinencia y Utilidad. Lo cual complementa con la valoración en conjunto de la misma, señalando los siguientes elementos: a) Sana Crítica; b) La lógica, c) El sentido común, d) Las reglas o máximas de la experiencia, e) Un conocimiento básico de la ciencia y del arte.

1.5.7. Principio de la comunidad de la prueba o adquisición procesal

Para este principio, no importa quién aporte una prueba o por iniciativa de quién se practique, la prueba es literalmente expropiada para el proceso y se pierde cualquier disponibilidad que sobre ella se haya podido tener. No solamente el aspecto externo de la prueba es adquirido para el proceso, también lo es el resultado de la actividad probatoria de cada parte, y no se puede pretender que las pruebas se aprecien en lo favorable a la parte que la peticiónó o la aportó.

En aplicación de este principio no se puede desistir de la prueba practicada; no se puede estar tan sólo a lo favorable de la declaración de un testigo, ya que ésta afecta conjuntamente a las partes, tanto en lo favorable como en lo desfavorable. En otras palabras, este principio consiste en sustraer las pruebas de la disposición de las partes,

⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 129.

⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 129.



para ser adquiridas objetivamente para el proceso.⁵⁸ Este principio es de especial interés para el principio de objetividad que debe observarse en materia penal, especialmente por el órgano acusador, toda vez, que este tiene en una primera fase, el monopolio de la investigación, hasta su control jurisdiccional.

“El proceso se estructura como un colectivo de sujetos que acuden al debate en procura de la solución de un conflicto. Por ello, cuando la prueba se socializa, ya no pertenece a quien la aporta sino a toda la comunidad aún en el evento en que lo aportado no le favorezca a quien lo aportó.”⁵⁹

Este principio impide, “que una vez la prueba haya entrado válidamente al proceso pueda ser retirada por las partes, salvo que su eficacia o poder de convicción estén garantizados.”⁶⁰

1.5.8. Principio de contradicción

Este principio es de suma importancia en el Derecho Probatorio, puesto que para que se dé por comprobado un hecho, este debe antes, haber sido conocido y contrastado por la parte en contrario.

Su utilidad en el proceso penal está respaldada más allá de la etapa de juicio, toda vez que este principio ha de observarse en la producción y aportación de la prueba al proceso. De acuerdo con este principio, “la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, la prueba debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes”.⁶¹

⁵⁸ J. Parra Quijano: *Óp. Cit.* Pág. 75.

⁵⁹ N. Framarino Dei Malatesta: *Lógica de las pruebas en materia criminal*. 4ª ed. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1999. Citado por Nisimblat, Nattan.: *Óp. Cit.* Pág. 142.

⁶⁰ H. Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*. Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994. Pág. 17.

⁶¹ J. Parra Quijano: *Óp. cit.* Pág. 76, en referencia a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sentencia de 18 de julio de 1985. Magistrado Ponente, Dr. Horado Montoya Gil.



El principio de contradicción juega un papel importante en la historia y constitución del Derecho como ciencia, Michel Foucault, señala: “Esta gran conquista de la democracia griega, el derecho de dar testimonio, de oponer la verdad al poder, se logró al cabo de un largo proceso nacido e instaurado definitivamente en Atenas durante el siglo V. Este derecho de oponer una verdad sin poder, a un poder sin verdad dio lugar a una serie de grandes formas culturales que son características de La sociedad griega. En primer lugar, la elaboración de lo que podríamos llamar formas racionales de la prueba y la demostración: Cómo producir la verdad, en qué condiciones, qué formas han de observarse y qué reglas han de aplicarse. Estas formas son la Filosofía, los sistemas racionales, los sistemas científicos. En segundo lugar, y en relación con estas formas que hemos mencionado, se desarrolla un arte de persuadir, de convencer a las personas sobre la verdad de lo que se dice, de obtener la victoria para la verdad o, aún más, por la verdad. Nos referimos a la retórica Griega.”⁶²

El principio de contradicción, nace como forma de convencimiento al juez, quien tiene la tarea de decidir sobre la forma de solucionar un conflicto, Ferrajoli nos menciona: “La verdad deseada y perseguida por el proceso inquisitivo, concebida como absoluta o sustancial y, en consecuencia, única no puede ser de parte y no admite, por tanto, la legitimidad de puntos de vista contrastantes cuyo conflicto deba ser arbitrado por un juez imparcial. Así resulta que el sistema inquisitivo no sólo no exige sino que excluye, el control desde abajo y en particular el del imputado. Secreto, escritura y, sobre todo, ausencia de contradicción y de defensa son los corolarios de su epistemología eminentemente sustancialista, que remite exclusivamente a la capacidad y potestad investigadora del juez inquisidor para la obtención de la verdad. A la concepción monista de la verdad corresponde el carácter monista y monologante de la actividad procesal, cuyo único protagonista es el juez, que es al mismo tiempo acusador y exige, además, la colaboración del imputado...”, “Por el contrario, la verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error. La principal

⁶² M. Foucault: *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa. Barcelona, España, 1980. Pág. 64.



garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos...".⁶³

Como mencionamos, el principio de contradicción debe estar presente a lo largo de todo proceso, especialmente en materia penal. Para el tratadista Nisimblat, "El ejercicio del derecho a controvertir se materializa a lo largo del proceso y en todas sus etapas, para lo cual las partes tienen derechos y deberes frente a la prueba y frente a los demás sujetos procesales, en la medida en que respeta otros principios de igual jerarquía, como son el de publicidad, eventualidad, preclusión e igualdad."⁶⁴

Para este autor existen dos opciones ofrecidas a la parte contra quien se aduce una prueba para controvertirla, según la naturaleza de la prueba y según el momento procesal en que esta produzca, aduzca o asuma, siendo estas: "1. La contradicción concentrada y; 2. La contradicción difusa."⁶⁵

Respecto a la primera, refiere: "Por concentrado entendemos lo que se realiza en una misma audiencia o diligencia. El ejercicio concentrado de contradicción es, entonces, aquel que se realiza en el momento mismo en que la prueba se está produciendo, practicando, es decir, una contradicción directa, *in situ*, coetánea a la recepción o producción. Son ejemplos de contradicción concentrada la que se realiza al participar del interrogatorio al testigo, la participación en la inspección judicial, la intervención en la elaboración del dictamen pericial, presenciando la recolección de muestras, evidencias o información por parte del perito y el interrogatorio a este en el proceso oral y, en general, la asistencia personal a las audiencias y diligencias en las cuales se practican pruebas o se adoptan decisiones."⁶⁶

⁶³ L. Ferrajoli: *Óp. Cit.* Pág. 610.

⁶⁴ N. Nisimblat: *Óp. Cit.* Pág. 139.

⁶⁵ *Ibid.* Pág. 139.

⁶⁶ *Ibid.* Pág. 140.



Respecto a la segunda, nos detalla: “2. Es aquella que se realiza en las demás etapas del proceso judicial, desde la demanda y hasta en la formulación de los recursos extraordinarios de casación y revisión. Son ejemplos de este ejercicio la oposición que se hace en la contestación de la demanda al decreto de las pruebas solicitadas por el demandante, el recurso de reposición que se interpone contra el auto que decreta pruebas o el de apelación contra el que las niega, la tacha de falsedad material de documentos cuando estos son aportados en la demanda, en las audiencias o en las diligencias, la contradicción al dictamen pericial en todas sus formas, cuando este es presentado en proceso escrito, los alegatos formulados en la instancia o en el trámite del recurso de apelación, y en general, toda controversia que se realice frente a las pruebas, en oportunidad distinta a la práctica o la asunción.”⁶⁷

Como ejemplo nos refiere sobre el dictamen pericial el cual en los procesos orales se contradice de manera concentrada, en la medida en que el perito asiste personalmente al proceso y declara sobre sus conclusiones verbalmente.

Como principio ontológico, el principio de contradicción es comprendido del modo siguiente: “Es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto. También una cosa o fenómeno no puede ser explicado mediante dos proposiciones contrarias entre sí”.⁶⁸

1.5.9. Principio del empleo de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba y su indicación o señalamiento

Este principio lo hemos relacionado con anterioridad al principio de necesidad de la prueba, con el cual también señalamos la importancia de los ritos judiciales como forma de proporcionar garantía social a los procesos, de acuerdo al pensamiento de Ferrajoli.

⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 140.

⁶⁸ J. Parra Quijano: *Óp. cit.* Pág. 106.



En este sentido, se hizo referencia a la necesidad de emplear reglas que permitan establecer una valoración objetiva y de acuerdo a los elementos incorporados lícita y oportunamente al proceso, prohibiéndose el uso o conocimientos privados del juzgador que no se encuentren dentro del marco referido, es decir, podrá hacer uso de las reglas de la experiencia, siempre que estas sean como aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee y en relación al objeto del proceso.

De acuerdo con Friedrich Stein, quien tuvo el acierto de aislar para poder asir las reglas de la experiencia en el proceso, que comparte a través de su libro “El conocimiento privado del juez” describe a las llamadas reglas de la experiencia, o máximas de experiencia, de la siguiente forma:

“Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevo”.⁶⁹

Este principio tiene una función de garantismo social, pues con la valoración realizada y su consecuente motivación se informa no solo a las partes de la decisión judicial, sino a la sociedad, para que pueda tener un mejor control sobre su sistema judicial.

Por ello, las decisiones judiciales que no están motivadas, debieran conducir a su nulidad, por no existir un discurso adecuado sobre los hechos. En este sentido, Juan Igartúa, refiere: “Si no existe un discurso sobre los hechos, no podrá haber control popular. Ya que sobre ellos se puede ejercer un dominio más accesible e igualitario de ese control”.⁷⁰

⁶⁹ Stein, Friedrich.: *El conocimiento privado del juez*. España, 1973, Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona,. Citado por Parra Quijano, Jairo.: *Óp. cit.* Pág. 80.

⁷⁰ Igartúa Salaverría, Juan.: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1995.Pág. 186.



Este principio se relaciona con otro de los principios probatorios relativo o consistente en la libre apreciación de la prueba, que se refiere a la prohibición de circunstancias que hagan dudar sobre la imparcialidad del juzgador y el no involucramiento de ninguna otra persona en la apreciación de la prueba. Además, al de la unidad de la prueba y su apreciación en conjunto.

Respecto a la libre apreciación de la prueba, Gerhard Walter, en términos generales señala: “No podemos menos que pensar que cuando cualquier sistema procesal consagra el sistema de la libre convicción, está consagrando la obligación que tiene el juez de valorar pruebas sin sujeción a valoraciones prefijadas por el legislador, pero sólo a las que sean lícitas”; “la libre apreciación de las pruebas se refiere únicamente a la apreciación de medios de prueba lícitos”.⁷¹

⁷¹ Gerhard Walter.: *Libre apreciación de la prueba*. Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1985, pág. 316. Citado por Parra Quijano, *Óp. Cit.* Pág. 24.





CAPÍTULO II

2. LOS SISTEMAS PROCESALES EN MATERIA PENAL

2.1. Generalidades

Alcanzar la convivencia humana pacífica y encontrar el medio para conseguirla ha sido una de las constantes sociales a lo largo de la historia. Aún en las sociedades primitivas como lo explica Bronislaw Malinowski, “no faltaba el concepto de ley, por elemental que fuese, y la infracción a lo por ella prohibido acarrearaba un castigo.”⁷²

La pena o castigo para los hechos que se consideran intolerables en la vida en comunidad se convirtió en lo que actualmente conocemos como Derecho Penal y la forma o pasos para aplicarla en lo que denominamos Derecho Procesal Penal.

“En la actualidad, los hechos con relevancia penal son los conductuales, es decir, solamente pueden ser castigadas penalmente las personas, y entre éstas, sólo aquellas que teniendo una capacidad de comprensión desarrollada y entendimiento de la norma jurídica, la transgreden”⁷³.

Para establecer si el hecho que se sospecha delictivo lo es o no, las sociedades han creado estructuras que “regulan el camino que deben seguir los operadores del sistema penal (jueces, fiscales, abogados defensores) ante una *notitia criminis*.”⁷⁴

El proceso penal ha evolucionado desde el mismo inicio de la historia humana, de acuerdo a los paradigmas en que se ha desarrollado su construcción y la cultura del

⁷² B. Malinowski : *Crimen y Castigo en la Sociedad Salvaje*. España: Editorial Planeta-Agostini, 1985. Pág. 22.

⁷³ C.M. Moscoso Maldonado: *Rol del psicólogo forense en el proceso penal guatemalteco*. Presentación docente. Capacitación para personal del Ministerio Público, UNICAP-SPC MP, Guatemala, 2012.

⁷⁴ E. U. Zaffaroni: *Estructura básica del derecho penal*. Primera edición, Ediar. Buenos Aires, Argentina, 2009. Pág. 35.



grupo social. Sin embargo, como hemos mencionado con anterioridad, en este proceso se ve implícito el del Derecho Probatorio, ya que se convierte en su sustancia.

Un sistema procesal, es entonces un conjunto de normas, reglas y principios mediante los cuales se busca dar respuesta a la interrogante de si un hecho o *notitia criminis*, constituye o no el resultado de una conducta delictiva, lo que se consigue mediante la obtención, presentación y diligenciamiento de pruebas y/o medios probatorios.

Más propiamente, podemos utilizar lo señalado por Alvarado Velloso, quien nos menciona: “De la respuesta que el legislador dé a esta opción, dependerá el tipo de sistema que habrá de normar para que tanto los particulares como el propio Estado puedan solucionar adecuadamente sus conflictos de intereses.” El referido autor nos continúa manifestando: “para concretar esta opción se han generado en la historia de la humanidad sólo dos sistemas claramente antagónicos: el dispositivo o acusatorio y el inquisitivo o inquisitorio.”⁷⁵

Aunque se reconocen únicamente estos dos modelos de sistemas procesales, como modelos “puros”, de los que parten sistemas eclécticos o mixtos, para la autora Teresa Armenta, no es tan sencillo abordarlos.

Señala que: “como la tan manida atribución de carácter acusatorio o inquisitivo al sistema o a concretas instituciones procesales, rechazando utilidades maniqueas, tan ineficaces como ocasionalmente interesadas, sin renunciar y, simultáneamente, esclarecer o quizás simplemente recordar un aspecto frecuentemente omitido, cual es, que ningún sistema reúne las esencias de una concepción ortodoxa y que todos son objeto de frecuentes y fundadas diatribas, incluso en torno a una misma institución como es el caso de las soluciones negociadas.”⁷⁶

⁷⁵ *Ibid.* Pág. 35.

⁷⁶ T. Armenta Deu: “*Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?*”. Marcial Pons editores, Madrid, Barcelona, España y Buenos Aires, Argentina, 2012. Pág. 11. Versión digital, disponible en: <https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689137.pdf> consulta realizada el 15 de junio de 2014 10:40 hrs.



Para ella, “los diferentes países han ido desarrollando las necesarias adaptaciones transformativas configurando muchas modalidades, en las que si bien se perciben líneas maestras comunes no configuran perfiles realmente homogéneos, ni en Iberoamérica donde se habla más de fragmentación que de «americanización» o «adversativización», y menos aún en Europa, como ponen de relieve los ejemplos italiano y portugués.”⁷⁷

Lo que sí puede señalarse, nos indica, de forma común para ambos modelos o sistemas, es lo referente al significado básico de la oposición (contradicción), que permanece razonablemente cierto. Aunque esta oposición, se pueda dar en mayor o menor grado de acuerdo a las limitantes propias en cada sistema.

En este sentido, se puede mencionar de forma general, que “El modelo procesal adversativo surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo primordial es dictar un veredicto. El modelo procesal no-adversativo está estructurado como investigación oficial. En el primero los dos adversarios se hacen cargo de la acción judicial. En el segundo la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia.”⁷⁸

El interés de análisis sobre cada sistema procesal y las variaciones que procedan de unas u otras opciones, se cierne precisamente sobre la forma en que cada uno logra hacer efectivas las garantías mínimas del ciudadano frente a la administración de justicia penal. Especialmente en lo que corresponde a la publicidad del juicio oral, la contradicción en las alegaciones y en la práctica de la prueba, el derecho inviolable a la defensa, la imparcialidad del juez y la presunción de inocencia, cuyo respeto constreñiría notablemente las posibles divergencias entre sistemas. Un elenco de

⁷⁷ *Óp. Cit.* Pág. 14.

⁷⁸ R. Damaska, Mirjan: *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal.* Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1986. Pág. 13.



principios y derechos, en definitiva, cuya salvaguarda sería el mínimo común denominador para un «proceso justo».⁷⁹

Lo anterior, porque en las corrientes actuales de pensamiento y paradigmas doctrinales, debe admitirse un patrimonio común que se asiente en los respectivos códigos procesales penales, a partir de los convenios internacionales sobre derechos humanos y la proclamación universal de las garantías mínimas procesales esbozadas desde las constituciones de los Estados.

2.2. Antecedentes históricos

En las primeras comunidades humanas, la reacción ante daños o amenazas por miembros de los grupos sociales o causas naturales era instintiva e inmediata. En el estudio sobre los primeros métodos o procedimientos reguladores de las relaciones sociales es común encontrar los términos venganza privada y autocomposición.

Se dice que la venganza privada, fue el primero de los antecedentes de castigo comunitario por la ofensa recibida a un miembro de su tribu, Bernardino Alimena, comenta: “Si pensamos que el protoplasma irritado reacciona, si pensamos que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, nos vemos obligados a pensar que la primera forma y la primera justificación de aquella función que hoy llamamos justicia penal debe haber sido por necesidad de las cosas, la venganza.”⁸⁰

Para Quisbert, la solución de conflictos pasa por tres etapas: la autodefensa, la autocomposición y la heterocomposición.⁸¹

⁷⁹ T. Armenta Deu: *Óp. Cit.* Págs. 20 y 21.

⁸⁰ B. Alimena: *Principios de Derecho Penal*. Librería de Victoriano Suárez. Madrid, España.1915. Pág. 97.

⁸¹ E. Quisbert: *Introducción al Derecho Procesal Orgánico*. 2010. Documento disponible en: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/03/idpo.html> Consulta realizada: el 18 junio de 2014, 20:40 hrs.



2.2.1. La autodefensa o autotutela

Consiste en que una de las partes del conflicto (el ofendido) infiere el mismo daño a la otra parte. Ej., la ley del talión o venganza justa. El agraviado toma por su cuenta la solución del conflicto, y en la solución solo interviene una de las partes: el agraviado. Esta forma de solución de un conflicto se da en el cambio de la barbarie a la civilización. Hoy se creía desaparecida, pero aún existe entre las naciones: la retaliación.⁸²

2.2.2. Autocomposición.

Consiste en la solución del conflicto por la presencia de las dos partes, ofendida y ofensora. Modernamente se da en materia civil a través de tres formas extraprocesales de solución del conflicto: desistimiento, allanamiento y la transacción. En materia penal solo se da el allanamiento y el desistimiento, casi nunca la transacción.

La autocomposición o arreglo entre las partes, se puede o podía dar de manera directa y de forma indirecta, a través de la intervención de un tercero. “Cuando la autocomposición —directa o indirecta— no era posible, sólo quedaba al pretendiente, como única alternativa final, el proceso judicial ante una autoridad (el jefe de la tribu o del clan, el pretor, el señor feudal, el rey, el juez, etcétera).”⁸³

Autores como Guillermo Colín Sánchez y Juventino V. Castro, señalan que “la acción popular fracasó, por lo que la sociedad tuvo necesidad de un medio para defenderse y de aquí nace el procedimiento de oficio que comprende el primer germen del Ministerio Público de la antigua Roma, representando la más alta conciencia del derecho. Se considera que el procedimiento inquisitivo inaugura este paso decisivo en la historia del

⁸² *Loc. Cit.*

⁸³ A. Alvarado Velloso: *Óp. Cit.* Pág. 4.



procedimiento penal, la persecución de los delitos ya se puede apreciar como es en la actualidad; una misión del Estado, sin embargo no con las mismas características prácticas ya que esta persecución se da al juez convirtiéndose (además de juzgador)”⁸⁴

Esto daría paso a la tercera etapa que señala Quisbert.

2.2.3 Heterocomposición

Se refiere a la solución de conflictos entre personas, dirigidas o llevadas a cabo mediante la intervención de un tercero que pretende la mitigación del conflicto. En la Heterocomposición el tercero que pretende la solución del conflicto se ve consolidado el intervencionismo estatal. El Estado les quita a los particulares la capacidad de solución de sus conflictos. Este monopolio de la acción aparece en la Revolución Francesa alrededor del año 1789. Es una forma democrática de solucionar un conflicto entre particulares.⁸⁵

Quisbert, nos indica que para llegar a este monopolio, especialmente en materia penal y más limitadamente en materia civil se pasó por cuatro etapas: del mensajero, del conciliador, del árbitro y del juez.

Estas etapas se pueden describir, de la manera siguiente:

- " . **Del Mensajero.** Persona que lleva mensajes, tiene un poder (mandato) de una de las partes que está en conflicto.

⁸⁴ R. Luviano González: *Reflexiones sobre la Historia del Derecho Penal*. En Estudios de Historia del Derecho y de las Instituciones. Coordinadores: Oscar Cruz Barney; Teresa Da Cunha Lopes; Cuauhtémoc Manuel De Dienheim Barriguete; M^a Teresa Vizcaíno López. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Morelia, abril 2009. Disponible en: http://www.academia.edu/3654840/Estudios_de_Historia_del_Derecho_y_de_las_Instituciones Consulta realizada el 27 de junio de 2014, 17:54 hrs.

⁸⁵ E. Quisbert: *Óp. Cit.*



- **Del Conciliador.** Es una persona casi ajena al conflicto que trata de unir a las partes para que encuentre una solución al conflicto que tienen. Esta persona puede o no ser nombrado por las partes.
- **Del Árbitro.** Las partes concurren al nombramiento de esta persona que ha de solucionar el conflicto. Es necesaria la presencia de las partes en el nombramiento del árbitro.
- **Del Juez.** El Estado monopoliza la acción. Las partes en conflicto necesariamente deben acudir a una persona para solucionar su conflicto. A esta persona (juez) ya no lo nombran una o ambas partes, sino el Estado. Nace el proceso."⁸⁶

Se dice que es en esta etapa, “donde el derecho probatorio empieza a manifestarse, pues para la intervención del tercero o más bien para su legitimación, se hace necesaria la prueba.”⁸⁷ La prueba, es necesaria para las partes, pero en mayor medida es necesaria para el Juez, pues es este, quien al conformarse como delegado del Estado para impartir justicia, necesita de los elementos ilustrativos que le permitan llegar a la convicción de un escenario probable y convertirlo en verdad objetiva, para poder pronunciarse en un fallo judicial.

Todas las etapas anteriores aún de manera consuetudinaria constituyen el desarrollo de la idea de un proceso para la solución de los conflictos sociales. “La idea de proceso, concebido entonces como medio pacífico de debate dialéctico, fue a no dudar uno de los grandes inventos de la antigüedad, tal vez más importante que el de la rueda, pues posibilitó que el hombre trabajara con ella en paz (...); Lo notable del invento consistió en que el duelo en el cual prevalecía la pura fuerza seguía existiendo igual que antes,

⁸⁶ E. Quisbert: *Óp. Cit.*

⁸⁷ C. M. Moscoso Maldonado: *Óp. Cit.*



ya que otra vez se presentaban a pelear dos sujetos antagónicos. Sólo que ahora la discusión se efectuaba dialogal y dialécticamente ante un tercero que la regulaba y dirigía en carácter de autoridad y que, por ser precisamente un tercero:

- 1) no era pretendiente ni resistente (es decir, ostentaba la cualidad de imparcial, que significa no ser parte);
- 2) no tenía interés personal en el resultado del conflicto (cualidad de imparcial); y
- 3) no se encontraba en situación de obediencia debida respecto de alguna de las partes en conflicto (cualidad de independencia).⁸⁸

Luego de estos precedentes, se inician los períodos procesales en que la prueba, se torna como elemento fundamental de los rituales de justicia, aunque la misma, en un inicio, no haya tenido ningún elemento o control normativo para su adquisición y valoración formal e imparcial.

2.3. Los sistemas procesales penales

2.3.1. Sistema inquisitivo

Es un método de enjuiciamiento unilateral, es decir, mediante este, la autoridad se coloca en el papel de investigador, de acusador y de juzgador.

El sistema inquisitivo, "aúna la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, eliminando la necesidad de que exista un acusador para poder juzgar, quedando tal función asumida por el órgano enjuiciador. El objetivo, en este último caso, es

⁸⁸ A. Alvarado Velloso: *Óp. Cit.* Pág. 4.



garantizar la persecución de los delitos aun a costa de sacrificar en esa configuración primigenia, la imparcialidad.”⁸⁹

Bajo esta configuración investigativa, no existe el contradictorio como tal, pues aunque en su práctica, el acusado podía negar su participación en los hechos, el que la acusación y juzgamiento de los hechos confluyeran en una sola parte (el representante del Estado) no podían hacer posible tal característica probatoria, relegando las actuaciones a resultados imparciales y lamentablemente alejados del concepto de justicia.

Es en la época del Imperio romano, en que el proceso puede iniciarse de oficio (*cognitio*) en los casos de delitos graves (incendios, robos, etc.). Esto cambia significativamente en el proceso germánico y en el canónico a partir del siglo XII, en el que ya no es imprescindible la querrela de un particular, sino que basta la mera presentación de una denuncia o un rumor extendido, para abrir la *inquisitio* a objeto de averiguar la verdad material.⁹⁰

Con este sistema de procesamiento, (de oficio y reuniendo la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto) se crearon tribunales inquisitoriales o del Santo Oficio, ya que inicialmente fueron implementados para conocer de los delitos de herejía, principalmente en Francia, Italia y España, desde donde llegaron al continente americano.

A partir de los delitos contra la fe (herejías), la competencia del Santo Oficio fue ampliándose para abarcar no sólo a todos los delitos contra la religión (sacrilegios) sino también contra los incumplimientos de los deberes clericales (por ejemplo, celibato, solicitud) y contra las buenas costumbres (por ejemplo, adulterio, sodomía).

⁸⁹ T. Armenta Deu: *Óp. Cit.* Pág. 22.

⁹⁰ T. Armenta Deu, *Óp. Cit.* Pág. 23. Citando a: W. TRUSEN, «Der Inquisitionprozess», en *Gelehrtes Recht in Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, 1997. Págs. 81, 87 y ss. y 142.



La Inquisición como fue conocida la época en que se utilizó este procedimiento, desarrolló mayormente entre los siglos XII y XVIII, período también llamado medieval. Tiempo durante el cual el Tribunal no solo actuó para la investigación de delitos eclesiásticos sino como tribunal civil que sentenciaba por facultad dada al efecto por el Rey. Caracterizándose por el uso de métodos sanguinarios para su cometido del averiguamiento de los hechos.

Lo interesante del inicio del sistema inquisitivo como sistema de procesamiento y enjuiciamiento, es que aparece en la historia con posterioridad o a continuación del sistema acusatorio, que ya se encontraba instaurado en el Imperio romano. El cambio se da dentro de un contexto político social convulsionado, de las conmociones religiosas que se dieron en las postrimerías del Alto Imperio, donde el poder religioso prevaleció sobre el del emperador.

"Durante la última parte de la edad media entraron en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca, quien pretendía aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba, bajo su dominio, sobre la base de una única forma de organización política central. La lucha se decidió a favor del Rey y el triunfo abrió paso –ya de manera genérica en la edad moderna- a la creación de los Estados nacionales, que aún perdura como idea cultural, y al sistema de organización política que ha dado en llamarse absolutismo o monarquía Absoluta producido por el surgimiento de los Estados nacionales en el hasta entonces, mundo feudal."⁹¹

En este sentido, vemos como las fuerzas producidas por la ambición territorial y económica, provocan cambios negativos en el sistema de resolución de conflictos que ya imperaba en los territorios antiguos, utilizando la fuerza del Estado (*Ius Puniendi*) en detrimento de la justicia y convirtiéndolo en elemento de dominación social.

⁹¹ L. Balcázar: *Sistema inquisitivo. Garantías: ¿tortura y confesión?* Documento disponible en: <http://www.galeon.com/elojodelleguleyo/productos1249049.html> Consulta realizada el 14 de junio de 2014, 18:32 hrs.



Alvarado Velloso, al referirnos la forma en que se lleva a cabo este procedimiento nos comenta: “el propio pretendiente, convertido ahora en acusador de alguien, le imputaba la comisión de un delito. Y esa imputación —he aquí la perversa novedad del sistema— la hacía ante él mismo como encargado de juzgarla oportunamente. Por cierto, si el acusador era quien afirmaba (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de probarla. Sólo que —otra vez— por sí y ante sí. Para poder juzgar luego la imputación, después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación (...); Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público. De allí que las características propias del método eran:

- a. el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto;
- b. el juez era la misma persona que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser oficiosa o propia de su oficio) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del accionar oficioso);
- c. como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios que el resultado coincidiera con lo acaecido en el plano de la realidad social;
- d. para ello, comenzó entonces la búsqueda de la verdad real;
- e. y se creyó que sólo era factible encontrarla por medio de la confesión; de ahí que ella se convirtió de pronto y para siempre en la reina de las pruebas (***la probatio probatissima***);
- f. y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura.”⁹²

Estos métodos del sistema inquisitivo, por su notoria desproporción, crueldad y discrecionalidad, fueron repudiados por los intelectuales del período del Iluminismo del Siglo XVIII, especialmente influenciados por los escritos de Voltaire y Beccaria,

⁹² A. Alvarado Velloso: *Óp. Cit.* Págs. 6 y 7.



lográndose que la tortura y la confesión cayeran posteriormente en desuso; en esa época se inició el movimiento constitucionalista que se expandió vertiginosamente en el Siglo XIX.

"Sin embargo el sistema inquisitivo, logró instaurarse por varios períodos, y materializarse en el derecho escrito. De esa cuenta se puede mencionar la Ley de Partidas —anterior a la Inquisición española— que se concretó a señalar la importancia que para el juez tenía el conocer la verdad de lo que estaba a punto de sentenciar. Pero en modo alguno se apartó del paradigma de enjuiciamiento de la época: dos discutiendo ante un tercero imparcial (...) que duró largos siglos."⁹³

Este procedimiento servía sólo para el campo de los conflictos surgidos a consecuencia de la comisión de delitos. Pero con el correr del tiempo también se extendió a los pleitos de orden civil, no penal.

"El método inquisitivo —y su correlativo: la prueba oficiosa— aparecen nítidamente detallados en el artículo 65 de la Instrucción del Marqués de Gerona, dictada en el mes de mayo de 1854 para corregir los procedimientos legislados respecto de los asuntos civiles. Poco tiempo después se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la cual es de mucha trascendencia para el Derecho Penal latinoamericano, ya que fue ley vigente en casi todo el continente— que, siguiendo los lineamientos de las Instrucciones reprodujo la idea ampliándola hasta límites insospechados, ya que detalló en su Artículo 48 la actividad que se le encomendaba al juez sobre la recopilación de prueba a título de facultad, no de deber."⁹⁴ Esta tesis se repitió en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.⁹⁵

Actualmente, las legislaciones propugnan por cambios en los resabios de sistemas inquisitoriales, especialmente en lo referente a los regímenes de prueba, en los que se

⁹³ *Ibíd.* Pág. 9.

⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 9.

⁹⁵ *Ibíd.* Pág. 9.



trata de erradicar la prueba oficiosa, para corresponderse con los postulados modernos principios y garantías del proceso penal y Derechos humanos. En este sentido, se puede mencionar los cambios vertidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, española, en la que el artículo 435 de la ley N° 1 del año 2000, se limita la posibilidad de practicar medidas para mejor proveer o resolver o como las denomina la ley española, diligencias finales de prueba.

2.3.2. Sistema acusatorio

El sistema acusatorio "se caracteriza por exigir una configuración tripartita del proceso, con un acusador, un acusado y un tribunal imparcial que juzga y cuyo objetivo es garantizar la imparcialidad aunque pueda peligrar la persecución o al menos quedar sometida a variaciones por efecto del ejercicio de la discrecionalidad."⁹⁶

Al contrario del sistema inquisitivo, que privilegiaba la persecución penal, aún poniendo en peligro la imparcialidad.

Como mencionamos, el sistema acusatorio fue el primer sistema procesal establecido como tal, para la resolución de conflictos, después de las fórmulas imperantes en épocas primitivas y el uso de normas religiosas.

En este procedimiento eran las propias partes quienes podían disponer libremente no sólo del derecho en discusión sino también del método para discutir sus problemas. Fue utilizado y documentado en el derecho romano.

"A este sistema de libre disposición del método de debate se le asigna desde antaño la denominación de dispositivo (en materia civil) o acusatorio (en materia penal, pues nace a partir de la acusación que se hace contra alguien)."⁹⁷

⁹⁶ T. Armenta Deu: *Óp. Cit.* Págs. 21 y 22.

⁹⁷ A. Alvarado Velloso: *Óp. Cit.* Pág. 22.



Como se ha hecho alusión, es en la época del Imperio romano, de donde se tiene un parámetro escrito sobre este proceso de resolución de conflictos, aunque no se tiene exactitud sobre sus contenidos, se cree que fue en las leyes de las Doce Tablas, donde se recogen las normas de procedimiento, encontrándose la siguiente descripción: "Las primeras tres tablas, contienen las normas del procedimiento judicial y derecho procesal. Cuarta tabla, legisla sobre el derecho de familia o los poderes amplios del *Paterfamilia*, jefe del núcleo familiar. Quinta tabla, trata de sucesiones romanas. Sexta tabla, trata de la distinción entre propiedad y posesión-usucapio. Séptima tabla, normas de relaciones sobre vecindad y diversas servidumbres. Octava tabla, delitos públicos y privados. Novena tabla, se introducen principios de derecho procesal y penal. Décima tabla, derecho sacro-sagrado. Décimo primera. Prohíbe dar suplicio a la persona no condenada y atribuye la competencia de la *provocatio ad populum* a las asambleas centuriadas. Décimo segunda Tabla, varias disposiciones, como la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos, determinan las competencias de los *quaestores parricidii* y deroga las leyes anteriores a la Ley."⁹⁸

Hay que recordar que el derecho romano era eminentemente privado, de allí que se inicia el sistema procesal como una forma de resolver conflictos entre las partes únicamente con la ayuda de un tercero que servía como consejero o consultor legal, pues toda relación partía de una decisión o voluntad de los interesados en un negocio, de cuyo incumplimiento devenía la consulta legal y arreglo respectivo. Este sistema posteriormente da inicio al juzgamiento de controversias por acciones delictivas, como los delitos contra la vida (homicidios y parricidios), o delitos contra el Estado que eran juzgados por jurados.

"Las *questiones*, eran el ente al que se le fue entregando el juzgamiento, primero para casos especiales y luego en forma permanente, aunque su competencia se fue

⁹⁸ R. Bernad Mainar: *Curso de derecho privado romano*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2001. Págs. 60 a 64.



ampliando por delitos, de acuerdo a las sucesivas leyes que les fueron asignando competencia, conocidas como las leyes *Corneliae* y *Juliae*. Estos tribunales actuaban por delegación del pueblo romano y penaban por exigencias de la "majestad del pueblo romano" y de la "salud de la cosa pública". El derecho penal romano se fundó exclusivamente en el interés del Estado. Esta publicitación de delitos constituye un importante progreso, porque nos hallamos con tipos, penas y procesos regulados por ley."⁹⁹

Es en la ley de las XII Tablas, donde se comenzó a atisbar la distinción entre delitos privados (*furtum manifestum* y *nec manifestum*), perseguibles por el perjudicado mediante una *actio privata*, y otros hechos ilícitos que afectan a la comunidad entera que, más tarde, se considerarán *crimina pública* (*perduellio*, *parricidium*), de los que se ha aludido.

La represión penal se basaba en principios religiosos y por ende, "la pena encerraba una sanción religiosa, aunque ya se intuye en la Ley una tendencia a la laicización de la pena."¹⁰⁰ Y como se ha referido, "Los delitos de *perduellio*, se componían de diversos crímenes contra el Estado, y el *parricidium* fundamentalmente, del homicidio del hombre libre."¹⁰¹

Dentro del proceso romano se destaca la opción de que las partes realicen un pacto antes del litigio (composición). Acá comienza a expresarse al delito como fundamento de una pena. "El Derecho republicano diferencia claramente dos manifestaciones del fenómeno jurídico: el aspecto objetivo y formal (*Lex*) y el subjetivo o sustancial (*Ius*). La *Lex* significa una norma vinculante entre dos sujetos (*lex privata*) o entre la totalidad del *Populus* (*lex pública*)."¹⁰² "Los delitos públicos eran perseguidos por los representantes

⁹⁹ E. Zaffaroni: *Tratado de derecho penal parte general*. Ediar. Buenos Aires, Argentina. Pág. 335.

¹⁰⁰ R. Bernad Mainar: *Óp. Cit.* Pág. 64.

¹⁰¹ E. Zaffaroni *Óp. Cit.* Pág. 336.

¹⁰² R. Bernad Mainar. *Óp. Cit.* Pág. 84.



del Estado en el interés del mismo y los delitos privados eran perseguidos por particulares en su propio interés."¹⁰³

La ley, era la relación o vínculo que existía entre las partes en referencia a un asunto determinado (negocio, contrato), que actualmente se traduce en lo que conocemos como derecho contractual en el derecho civil y mercantil. El *ius*, era el poder de hacer el reclamo por la parte que se consideraba defraudada y a la cual le asistía el derecho de lo pactado, o por el Estado, en los casos de ilícitos contra sí o contra la vida de sus súbditos libres, lo que posteriormente se convirtió en lo que hoy conocemos como derecho penal.

Con posterioridad se pasó al procedimiento *extra ordinem*, "que de extraordinario culminó por convertirse en ordinario, y con el que se afirmó definitivamente el carácter público del derecho penal y de la acción penal, lo que tuvo lugar con el advenimiento del imperio, y en función de lo cual, también los delitos privados eran sometidos a penas públicas."¹⁰⁴

Sin embargo, en la decadencia del Imperio Romano y florecimiento de la etapa feudal, las convulsiones político religiosas hacen que se instaure un nuevo método de procesamiento y enjuiciamiento, el inquisidor o inquisitivo, del cual nos hemos referido.

Por la distribución geográfica de las diferentes poblaciones que constituían el Imperio Romano y civilizaciones antiguas, no todas las sociedades adoptaron el sistema de enjuiciamiento inquisitivo, Inglaterra, por ejemplo, quizá por su ubicación, se vio poco influenciada por el derecho romano, y el sistema inquisitivo, en cambio, desarrollo un derecho basado en la costumbre y la Corte Real, conocido como el ***common law***.

¹⁰³ E. Zaffaroni *Óp. Cit.* Pág. 336.

¹⁰⁴ *Ibíd.* Pág. 337.



Así en la época medieval, durante la que en la parte sur occidental o continente
prevaleció el sistema inquisitivo, en Inglaterra (hemisferio nor-occidental), se inicia la
consolidación de un sistema de juzgamiento acusatorio basado en la jurisprudencia de
casos.

En 1215, nace la **Carta Magna inglesa**, "con el objeto de frenar los caprichos reales y
con la mira de normar impuestos justos y equánimes, los Barones ingleses exigieron un
tratamiento conforme con el procedimiento legal vigente a la sazón, a raíz de lo cual el
Rey emitió el primer pacto de convivencia entre el Gobierno y los gobernados."¹⁰⁵

De allí deviene la idea y estructura de un proceso legal que exprese garantías del Rey a
sus súbditos al prometerles un juzgamiento de pares no sujeto al capricho real. "Esta
idea fue reiterada en la Declaración de Derechos o **Bill of Rights** de 1689, donde se
repiten ideas expresamente vinculadas con la Carta Magna y contenidas en la Petición
de Derechos o *Petition of Right* del 7 de junio de 1628."¹⁰⁶

El proceso concebido como método de debate entre dos iguales ante un tercero
imparcial que asegura jurídicamente esa igualdad rige desde entonces hasta hoy en
toda la Gran Bretaña y en la totalidad de los países que en algún momento integraron el
Imperio Británico. "Durante el siglo XVI, época en que rigió el señorío de la Inquisición
española, reinó en Inglaterra Enrique VIII, que luego de romper con la Iglesia católica
en homenaje a sus propios intereses, no toleró allí la presencia de inquisidores
dominicos. Por esta razón Inglaterra no adoptó el método inquisitivo de enjuiciamiento y
se apegó al método acusatorio, de donde se extendería hacia los Estados Unidos de
América."¹⁰⁷

¹⁰⁵ A. Alvarado Velloso: *Óp. Cit.* Pág. 23.

¹⁰⁶ *Ibid.* Pág. 25.

¹⁰⁷ *Ibid.* Pág. 25.



En tierras americanas, los Estados Unidos fue el territorio que adoptó en primera instancia un sistema procesal acusatorio. «En las enmiendas realizadas a la Constitución podemos observar los siguientes enunciados que lo patentizan:

a. Quinta Enmienda. De fecha 15 de diciembre de 1791, establece los derechos de todo ciudadano en las causas penales:

“no podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí misma en una causa penal y no se le privará de la vida, de la libertad o de la propiedad sin el debido procedimiento judicial”.

b. Decimocuarta Enmienda. De fecha 9 de julio de 1868, establece como restricción al poder de los Estados confederados:

“(…) ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido procedimiento judicial”. »¹⁰⁸

De aquí surge la clara filiación antiautoritaria de la norma y la originalidad del constituyente americano al establecer la garantía de un ***due process of law*** o ***debido proceso legal***, que luego sería norma de rango constitucional en la mayoría de países.

En Francia y en los países que conformaban el territorio imperial continental, estos postulados llegarían con la toma de la Toma de la Bastilla, Revolución Francesa y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que proclamó las ideas de libertad, igualdad y fraternidad, la inviolabilidad de la propiedad y la legitimidad de la resistencia a la opresión.

¹⁰⁸ *Ibíd.* Pág. 25 y 26.



2.3.3. Sistema mixto

El llamado **sistema mixto o acusatorio formal** combina elementos característicos de los dos anteriores mediante la incorporación del fiscal al proceso, que se justifica, no obstante, de manera plena en atención a asegurar la persecución penal y con ello la realización del derecho penal, por una parte, y por otra, a garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora, para la plena garantía de la imparcialidad, que se vio influenciada en ambos regímenes.

En este sentido, observando las características de ambos sistemas, se puede mencionar que el sistema de monopolio o inquisitivo, permitía un mayor control del ejercicio de la acusación, pero acarrea serias dudas sobre la imparcialidad en su juzgamiento. Por otro lado, el sistema acusatorio, "muestra cómo en su concepción originaria, obedecía a una casi total asimilación entre el Derecho penal y el Derecho civil, en el que la **compositio** ocupaba el lugar de la pena y constituía un derecho subjetivo atribuido al particular, imagen que es importante retener pues no resultaría extraña hoy en día si la comparamos con el sistema adversativo."¹⁰⁹

El sistema mixto, por lo tanto, supone una ventaja, pues utiliza los mejores atributos de ambos sistemas, por un lado, el control de la acusación, la cual puede realizarse de manera oficiosa, donde el Estado, en nombre del bien común, se abroga la facultad de iniciar por sí la persecución penal, caso en el que se encuentra el sistema guatemalteco, y por el otro, la diferenciación entre el acusador y el juzgador, medida que equilibra la parcialidad que pueda provocar el inicio de la persecución penal oficiosa, brindando un control sobre cualquier arbitrariedad que en el ejercicio del poder estatal se pudiera cometer en contra del acusado.

"Destacan en este modelo las siguientes notas características: el juez no puede proceder de oficio, ya que para iniciar el proceso, necesita de una acusación, el

¹⁰⁹ T. Armenta Deu: *Óp. Cit.* Pág. 22.



acusador investiga, determina el hecho y el sujeto, aporta el material consecuentemente marca los límites de enjuiciamiento del juzgador (congruencia), el proceso está informado por los principios de dualidad, contradicción e igualdad, la valoración de la prueba es libre sin que aspire a establecer un concepto objetivo de verdad y, finalmente, el sistema se sustenta en la justicia popular y por ende impera la instancia única."¹¹⁰

El sistema mixto, queda por lo tanto en ese punto intermedio entre el sistema inquisitivo y adversarial o acusatorio, que provocó entre otros los siguientes avances: "la igualdad en la persecución penal, la búsqueda de la verdad fáctica y la identificación del autor de los hechos, así como la protección del acusado a través de la reglamentación del proceso."¹¹¹

De acuerdo con lo expuesto por la autora Teresa Armenta, y como ya hemos hecho referencia, además de las características mencionadas se pueden enumerar estas otras: "el Estado procede de oficio a la hora de abrir el proceso penal, sin necesidad de que deba solicitárselo un particular, siendo el mismo órgano quien desarrolla la doble función de acusar y de juzgar (desapareciendo la figura del ciudadano-acusador), el propio juez investiga, delimita el ámbito de lo que ha de ser enjuiciado y marca los límites de su propia congruencia, el proceso que se configura no es dual, ni contradictorio, lo que debilita las posibilidades de defensa cuando no las elimina, en tanto la valoración de la prueba se establece por ley y se dirige rectamente a buscar la verdad, y, finalmente, desaparecen los tribunales populares, especializándose la función de juzgar e instaurándose una segunda instancia. Sin perjuicio de que la configuración resultante no se corresponda con la tradicional de proceso como *actus trium personarum*, sí lo hace con un modo de entender la justicia penal en su conjunto, orgánico, material y

¹¹⁰ *Ibíd.* Pág. 22.

¹¹¹ *Ibíd.* Pág. 26.



procesal, y de este modo con un sistema procesal. Ocurre entonces que quizás el proceso correcto para el contraste no sería acusatorio-inquisitivo, sino adversarial-inquisitivo.

2.4. Sistemas de valoración de las pruebas

De acuerdo con cada uno de los sistemas procesales adoptados en las legislaciones o la preeminencia de uno de ellos en el caso de los sistemas mixtos, se tendrá una especial valoración y normas específicas en lo concerniente al derecho probatorio, por lo que haremos una especial referencia a los sistemas o formas de valoración de la prueba.

2.4.1. Sistema de la prueba legal o tasada

Este sistema es propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en época de escasa libertad política, constituyendo un fenómeno correspondiente la falta de libertad judicial, como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva.

Este sistema superado hoy desempeñó un papel importante, ya que vino a sustituir el de las pruebas del juicio de Dios y ordalías. En su apoyo, se invocó la mayor racionalidad y uniformidad de las decisiones y la seguridad que ofrece.

Según las reglas de ese sistema, el tribunal se puede ver obligado a adoptar una decisión condenatoria. Por ejemplo, una vez cumplidas las exigencias probatorias definidas en la ley, por ejemplo, si existiendo dos testigos hábiles que coinciden en su declaración incriminatoria y la Ley les atribuye el carácter de plena prueba, independientemente de la convicción personal del juzgador el grado de certeza indispensable para dictar una sentencia condenatoria, en sentido inverso, el juzgador

¹¹² T. Armenta Deu: *Óp. Cit.* Pág. 23.



puede haber alcanzado el grado de certeza necesario para condenar pero, al no estar dadas las exigencias tasadas minuciosamente en la ley, se verá obligado a absolver independientemente de su criterio propio.

Este sistema de prueba legal o tasada representa, sin duda alguna, una intromisión indebida del legislador en un ámbito que solo corresponde a quién aprecia directa y personalmente los elementos de prueba, y actúa en el procedimiento en el ejercicio del poder jurisdiccional.

Como críticas a este sistema se mencionan:

- a. Mecaniza la función jurisdiccional. Es el juez el receptor de la prueba, quien debe valorarla directamente, sin vallas artificiales y de acuerdo con sus méritos intrínsecos, teniendo siempre en cuenta las características del caso concreto.
- b. Se produce una escisión entre el derecho material y la sentencia, la cual con frecuencia se funda en juicios más o menos apriorísticos, más que en datos empíricos y criterios racionales y orientaciones de la experiencia.
- c. La experiencia demuestra la completa imposibilidad de establecer esquemáticamente en la ley criterios fijos y rígidos en la gama compleja y variadísima de los hechos que la vida ofrece.¹¹³

2.4.2. Sistema de la libre valoración

Es común que se utilice en los sistemas de corte acusatorio y mixto. Se subdivide en las variaciones de la “Libre convicción o íntima convicción” y “sana crítica o sana crítica razonada”.

¹¹³ J. Cafferata Norez: *Relaciones entre el derecho penal y el derecho procesal penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1997. Pág. 47.



2.4.2.1. Libre convicción

También denominada de la “íntima convicción”, es un sistema flexible y da como resultado una excesiva incertidumbre, ya que el juez tiene la facultad de fallar como su conciencia se lo indique, otorgándole la plena libertad en la estimación de las pruebas.

"Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces, ajenas a la verdad real), presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de arbitrariedad y, por ende, de injusticia."¹¹⁴

El sistema de prueba libre, concede al juez amplia facultad de apreciarla sin restricción legal, virtualmente sin sujeción a norma legal y sin necesidad de motivación, ya sea ésta con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aún en contra de la prueba de autos, es decir que por lealtad a la verdad, incluso se permite la consideración de indicios como forma de alcanzar la convicción judicial, con lo cual se aumenta considerablemente la responsabilidad del juez en la realización de la justicia, que no puede ni debe ser una función mecánica de lógica formal.

En este sistema el Juez toma su decisión sin tener que basarse en reglas abstractas y generales de valoración probatoria, sino que en base a la prueba presentada debe decidir cuál es la hipótesis que estima como cierta. A diferencia del sistema de sana crítica razonada no se exige la motivación de la decisión.

¹¹⁴ *Ibíd.* Pág. 48.



2.4.2.2. Sana crítica razonada

La expresión procede del derecho español, constituye un sistema intermedio entre la prueba legal y la libre convicción. Como anota Couture: “Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, de regular la actividad intelectual del juez frente a la valoración de la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez”.¹¹⁵

Agrega el referido autor: “Una y otras contribuyen, de igual manera, a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos y los psicólogos, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Por imperativo legal el tribunal de sentencia debe apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolver por mayoría de votos. Podemos definir las reglas de la sana crítica razonada como reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y el lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.”¹¹⁶ Es decir el juez debe tomar en cuenta no solo los principios de la lógica, sino también los de la experiencia, determinados por razones de tiempo y lugar.

Este sistema, aunque no establece ninguna regla para apreciar las pruebas, hace referencia a un procedimiento complejo de toma de decisiones, el Juez es libre de convencerse según su íntimo parecer, pero existen límites bien establecidos, como la obligación de fundamentar la decisión que impide arbitrariedad e improvisación, la

¹¹⁵ E. Couture, Eduardo: *Estudios de derecho procesal*. Citado por Fábrega P. Jorge.: *Teoría general de la prueba*. Pág. 299.

¹¹⁶ *Ibid.* Pág. 299.



fundamentación que no puede hacerse con base a medios de prueba obtenidos ilegalmente, o la prohibición expresa de valorar el silencio del sindicado o la no declaración del mismo, el cual no puede utilizarse para concluir en la existencia o inexistencia de un hecho perjudicial.

La formación de la convicción judicial sobre los hechos es un suceso complejo cuyos elementos independientes se componen de animaciones de probabilidad no cuantificables.

Este suceso complejo se caracteriza por dos niveles diversos. El primer nivel consiste en la función, sobre la base de lo recibido en el juicio oral, de las premisas que debe deducir la valoración de la prueba. El segundo nivel, se trata de la observancia de las leyes de la lógica de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos de las deducciones que el tribunal formula a partir de la prueba. El juez debe convencerse sobre la confirmación o no de la hipótesis pero en base a un análisis racional y lógico. Por ello es obligatorio que el juez motive sus decisiones, demostrando el nexo entre sus conclusiones y los elementos de prueba en que se basa. La motivación requiere que el juez describa el elemento probatorio y realice su valoración crítica, ya que de lo contrario la resolución del juez sería incontrolable y podría ser arbitraria.

Es decir que para valorar la prueba de conformidad con el sistema de la sana crítica razonada, los jueces deben considerar los conocimientos aportados por peritos, las leyes de la lógica, los principios psicológicos, el sentido común, así como las experiencias que la vida cotidiana ha aportado a cada uno; evidentemente, la elaboración de una decisión no es tarea fácil, pues se trata de solucionar en forma definitiva el conflicto planteado, los jueces de sentencia están investidos para tomar la decisión, debiendo responder únicamente a la cuestión controversial planteada por la acusación y apoyados únicamente en la prueba incorporada.



La sana crítica razonada exige fundamentación o motivación de la decisión, es decir, expresión de los motivos por los que se decide de determinada manera y, con ello, la mención de los elementos de prueba que se tuvieron en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica. Exige también que la valoración crítica sea racional, respetando las leyes del pensamiento (lógica) y de la experiencia (de la ciencia) y que sea completa, en el doble sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas, y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se pretende lograr que la decisión se baste a sí misma como explicación de la conclusiones del tribunal.

Como consecuencia, la apreciación que corresponde al juez hacer de la prueba no debe ser empírica, fragmentaria, aislada sino con elenco, comprendiendo todos los elementos de prueba, la urdimbre probatoria que surge de la investigación y la que aportan las partes en el escrito de individualización previo al debate, a los nuevos medios de prueba que de oficio mande el juez.”¹¹⁷

¹¹⁷ J. E. Arango Escobar: *Valoración de la prueba en el proceso penal*. Fundación Mirna Mack, Guatemala, 2001. Pág. 116.



CAPÍTULO III

3. EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

El derecho procesal penal en Guatemala, ha pasado por varias etapas o momentos, actualmente, nos encontramos ante un derecho procesal penal de corte mixto, que combina instituciones del sistema inquisitivo y acusatorio.

Es importante conocer el sistema de Derecho Procesal, para poder integrar los conceptos, doctrinas y principios del derecho probatorio, ya que éste último es la sustancia del primero, por lo que en el capítulo anterior, se hizo referencia a los sistemas procesales y sistemas de valoración de la prueba, para de allí, partir hacia la comprensión de nuestras instituciones procesales.

Se dice que Guatemala encaja en un sistema procesal mixto, debido a que, si bien, ha adoptado elementos del sistema procesal acusatorio, conserva aún resabios del sistema inquisitivo que fue el imperante durante varios años de nuestra historia penal.

Al igual que el derecho probatorio, el derecho procesal también está informado u orientado por principios, los cuales tienen el propósito de inspirar al juzgador o a las partes, sobre la integración del derecho (normas) y la doctrina (máximas inspiradoras) para mejorar la apreciación o complementar el sentir jurídico e interpretación de las mismas.

3.1. Antecedentes

Las normas o procedimientos procesales se encuentran contenidos en el Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, el cual fue promulgado por el organismo legislativo, el 28 de septiembre de 1992, después de un proceso de



estudio y reestructuración de las normas que hasta entonces se encontraban vigentes que se adecuaban a un sistema de tipo inquisitivo.

A modo de crónica, podemos mencionar que hasta antes de 1831, se utilizaban en Guatemala, las antiguas leyes españolas que rigieron en este país como resultado de la colonización de nuestro territorio.

Durante el período de 1831 a 1838, época en la que el Dr. Mariano Gálvez, fungió como Jefe de Estado en Guatemala, se gestó un movimiento reformista de la legislación penal, encabezado por José Francisco Barrundia, quien tradujo y adaptó para Guatemala los Códigos de Livingston, formulados por Edward Livingston en 1821, como proyecto de Código Penal para el Estado de Luisiana, Estados Unidos. Dando como resultado el primer código penal de Guatemala, el cual fue promulgado en 1837 y estuvo vigente por alrededor de cuarenta años. Cabe mencionar, que el código de procedimientos penales, no se constituyó de forma independiente, sino hasta el año de 1877.

El proyecto del Código de Livingston (traducido al español) fue presentado por Francisco Barrundia en el año 1831, y a decir de David Vela, “Aquellos célebres Códigos, introducían una innovación completa y radical; el juicio por jurados; la exhibición personal o habeas corpus; la defensa amplísima; el juicio oral y público; las penas reparables; los delitos, con caracteres de tales, bien definidos; la proporcionalidad del castigo y la culpa; la salvaguarda de la inocencia, etcétera. Quedó abolido el sumario secreto, rastro inquisitorial, en que aparece la justicia ansiosa de acumular pruebas contra el inerte que nada sabe, ni puede contradecir. El sumario secreto, resabio de medievales épocas, no se acepta hoy por la criminología moderna. Tiene mucho de alevoso y siniestro”.¹¹⁸

¹¹⁸ D. Vela: *Justicia penal y sociedad, “Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston”*. En Revista Guatemalteca de Ciencias Penales. Guatemala, 1991. Pág. 55.



Sin embargo esta legislación fue derogada en 1838, retrotrayéndose el enjuiciamiento al procedimiento penal al sistema de corte inquisitivo. De aquí, se inicia una serie de proyectos que dan cuenta de un ánimo reformista que culmina en 1992, con el Decreto legislativo número 51-92, actual Código Procesal Penal.

Destaca en este movimiento reformista, el proyecto de Código Procesal Penal de 1961, elaborado por los juristas: Sebastián Soler, argentino y los guatemaltecos, Romeo De León y Benjamín Lemus Morán.

En diciembre de 1972, se presenta un nuevo proyecto, elaborado por el penalista guatemalteco Gonzalo Menéndez de la Riva.

En 1984, por encargo de la Corte Suprema de Justicia, se elabora un nuevo anteproyecto, el cual contó con la participación de los penalistas guatemaltecos; Rodrigo Herrera Moya, Luis Alberto Cordón y Cordón, Homero López Mijangos, Alberto Herrarte González y Augusto Villalta Pérez.

En 1986, se presenta otro proyecto, elaborado por Edmundo Vásquez Martínez y Hugo González Caravantes, el cual se fundamenta en las bases para la unificación de la legislación en América Latina.

Luego en 1988 se presenta un modelo de Código para Latinoamérica, en las XI Jornadas de Derecho Procesal, llevada a cabo en Río de Janeiro, Brasil.

Nuevamente en 1989, fue encargado por el Organismo Judicial, la elaboración de otro proyecto de Código, esta vez elaborado por los extranjeros, argentinos Julio Bernardo Maier y Alberto Binder Barziza, de nacionalidad Argentina, del cual data nuestra legislación actual.



Su formulación y vigencia, se remontan a los años 1989 y 1990 en que los juristas aludidos, en conjunto con un equipo de abogados guatemaltecos con servicios en la citada entidad, a iniciativa del Doctor Edmundo Vásquez Martínez, construyeron el anteproyecto de Código Procesal Penal, presentado como iniciativa de ley del Organismo Judicial, tomando como base principal el Código tipo para América Latina, hecho por recomendación de las Naciones Unidas en el año 1987, en consideración de la necesidad de una modificación procesal penal acorde con los cambios surgidos con la evolución del derecho.

Nuestra codificación actual, ha sufrido en los últimos años incorporaciones y reformas, las últimas realizadas en los años 2010 y 2011 mediante los Decretos legislativos números 18-2010 y 7-2011 del Congreso de la República.

3.2. Principios fundamentales del proceso penal guatemalteco

“El juicio es oral, público y contradictorio. La oralidad, elimina el acta que se interpone entre el medio de prueba y el Juez, ya que lo obliga a recibir el medio probatorio directamente y permite una mayor fiscalización a través de audiencias abiertas al público, generando así, confianza en la ciudadanía. Mediante la publicidad del debate, la colectividad puede ejercer un control directo sobre los jueces y la forma en que estos administran la justicia. La contradicción, permite que las partes tengan posibilidad de acceso al Proceso Penal en particular, que al imputado se le reconozca el derecho a ser oído por un Tribunal independiente (*audiatur et altera pars*);”¹¹⁹

También nos menciona que en este, “Se garantiza el principio de intermediación y celeridad dentro del proceso, ya que el Juez no es un espectador de la contienda, toma contacto directo junto a las partes en la producción de las pruebas y dirige el

¹¹⁹ K.M.Fischer: *El juicio oral en el proceso penal guatemalteco*. Tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín. Guatemala, 1995. Pág. 16.



procedimiento, eliminando la viciada costumbre de la delegación de funciones, a través de la que, el Juez se desentiende del trámite. Se garantiza la celeridad, como un derecho fundamental del ciudadano, a un proceso sin dilaciones indebidas y a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.”¹²⁰

Es de importancia, la mención tanto del principio de inmediación como el de contradicción, como principios rectores del proceso penal guatemalteco, toda vez que en ellos se materializa la imparcialidad del juzgador en tanto, observe las actuaciones de primera mano, a través de sus sentidos y lo haga de manera equitativa hacia las dos partes en controversia.

Además, que “Se garantiza dentro del proceso, el equilibrio entre los sujetos procesales que sustentan pretensiones opuestas, debido a la separación de funciones; ya que la necesidad de averiguar la verdad y la labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, no recaen en la misma persona;” indicando que “La libertad probatoria y la sana crítica en la valoración de la prueba, se basan en el recto entendimiento humano;”¹²¹

El contradictorio, como garantía de imparcialidad, no puede alejarse del presupuesto de separación de funciones, para hacerse efectivo. En ese sentido, como ya se ha señalado, el sistema guatemalteco, adopta una postura mixta, que extrae los elementos más beneficiosos de los sistemas inquisitivo y acusatorio, en el cual, la acusación puede formalizarse mediante la denuncia del agraviado o del Estado en caso de delitos considerados de acción pública, que aunque en sus inicios, pueda considerarse que las funciones de acusador y persecutor se reúnan en un mismo ente, se despejan luego con la función de control que ejerce el órgano contralor (juzgados o tribunales) a través del juez competente.

¹²⁰ *Ibíd.* Págs. 16.

¹²¹ *Ibíd.* Pág. 17.



Respecto al sistema de valoración de la prueba, Fischer, relaciona que en el sistema mixto se utiliza “la sana crítica, que es la valoración de acuerdo a la máxima experiencia del juzgador, la que ha sido complementada o mejorada con la incorporación del valor probatorio que el juzgador adjudica a cada elemento probatorio, es decir, ya no solamente analiza y fundamenta su resolución, sino pondera ese análisis, lo cual se conoce como “sana crítica razonada” que es el método de valoración utilizado en el proceso penal guatemalteco.”¹²²

Lo anterior, lo vemos consagrado en nuestra normativa procesal penal, el Artículo 385, del Código Procesal Penal.

Se puede sintetizar, que los principios que informan en el sistema penal guatemalteco son los siguientes:

1. Principio de oralidad
2. Principio de publicidad
3. Principio del contradictorio
4. Principio de inmediación
5. Principio de celeridad
6. Principio probatorio
7. Principio del debido proceso
8. Principio de defensa
9. Principio de la independencia judicial.

Para el Dr. César Barrientos Pellecer, reconocido jurista guatemalteco, quien fungió como presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia en Guatemala y formó parte del grupo encargado de las reformas al código de procedimiento guatemalteco que se encuentran vigentes desde 1994, una clasificación de los principios rectores del proceso penal guatemalteco, es la siguiente:

¹²² *Ibíd.* Págs. 5.



- "1. Principio de legalidad
2. Juicio previo
3. Independencia, imparcialidad judicial y juez natural
4. Presunción de inocencia
5. In dubio pro reo
6. Inviolabilidad de la defensa en juicio, contradicción
7. Non bis in ídem
8. Principio de oralidad
9. Principio probatorio
10. Justicia pronta, expedita y oportuna
11. Principio de igualdad de las partes"¹²³

Mismos que a su criterio, son el referente de “un proceso penal estructurado y regido por principios jurídicos fundamentales y de carácter ideológico, que son inmanentes o que se encuentran implícitos en la Constitución y en tratados y acuerdos internacionales ratificados, con el poder de determinar la validez formal y material de la función jurisdiccional penal.”¹²⁴

Como se hizo mención, los principios del derecho procesal penal, así como los del derecho probatorio, son pautas doctrinarias que inciden, en cuanto ilustran al juez o a las partes en la integración de la norma con su sentido interpretativo o exegético. Por ello, al igual que como lo observáramos en el capítulo relativo al derecho probatorio, se hará referencia a tantos principios como autores se pronuncien respecto al tema, sin embargo en casi todas las referencias bibliográficas, se llega a un denominador común.

¹²³ C.C. Barrientos Pellecer: *Consideraciones para la evaluación de la reforma procesal penal centroamericana desde la perspectiva del debido proceso*. Folleto informativo sin referencia editorial. Pág. 3

¹²⁴ *Ibid.* Pág. 1.



De acuerdo con el programa del curso de Derecho Procesal Penal I, que se imparte en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, los principios generales e informadores del Código Procesal Penal guatemalteco, regulados por el Decreto Legislativo 51-92, son los siguientes:

1. Equilibrio;
2. Desjudicialización;
3. Concordia;
4. Eficacia;
5. Celeridad;
6. Sencillez;
7. Debido Proceso;
8. Defensa;
9. Inocencia;
10. *Favor rei*;
11. *Favor libertatis*;
12. Readaptación social;
13. Reparación civil;

Es importante señalar, que en muchas ocasiones se hace referencia de manera sinónima sobre los conceptos de principios, garantías y derechos que integran el proceso penal, sin embargo, ello no es así, por lo que referiremos a continuación sobre sus significados y diferencias.

Cuando aludimos al término de derechos en derecho procesal penal, estamos señalando “el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo por medio de la averiguación de la perpetración de los hecho delictivos, la participación del sindicado, su responsabilidad,



la imposición de la pena señalada y la ejecución de la misma.”¹²⁵ Es decir, circunscribe específicamente a las normas penales procesales como tales.

Las garantías del derecho procesal penal, son todas aquellas normas de derecho constitucional, que prevalecen sobre las normas ordinarias y buscan hacer efectivos los derechos o normas procesales, pudiendo para el efecto entablar procedimientos y acciones de orden constitucional.

Por último, los principios son todos aquellos postulados que inspiran tanto al Derecho Procesal como a las garantías constitucionales, constituyéndose en referentes doctrinarios o paradigmas sobre los que descansan las teorías que formulan y constituyen el derecho.

A continuación se presenta una breve referencia sobre los principios sobre los que se inspira o informa el Derecho Procesal Penal.

3.2.1. Principio de legalidad

Este principio más visible en cuanto al derecho sustantivo, presupone la existencia de normas anteriores a los hechos constitutivos de delito, claras y estrictas. Es decir, no puede existir proceso ni pena si no existe una ley anterior en que se consideren los actos u omisiones a juzgar como delitos o faltas y tenga fijada su sanción.

En materia procesal, necesariamente requiere de la existencia de normas anteriores que fijen la actuación jurisdiccional, de las partes y de los sujetos procesales, en cuanto al orden y desarrollo de los actos del procedimiento, sea este por faltas o delitos y entre éstos el proceso pleno como tal y otros que las legislaciones establezcan, para el caso de Guatemala por ejemplo, el abreviado y el especial de averiguación.

¹²⁵ E. Ramírez: *Temario de derecho procesal penal*. Publicación disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos76/temario-derecho-procesal-penal/temario-derecho-procesal-penal2.shtml> consulta realizada el 15 de diciembre de 2014, 14:55 hrs.



3.2.2. Principio del debido proceso

Este principio hace efectivo el principio de legalidad desarrollado anteriormente, es decir, en materia sustantiva aplica el principio de legalidad y en la adjetiva, es menester relacionar el del debido proceso, puesto que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y por un acto calificado antes como delito o falta, ante tribunal competente y con observancia de las formas establecidas (procedimientos).

Por lo anterior, se considera como condiciones de observancia obligatoria para que se dé el debido proceso:

- a. Que el hecho motivo del proceso esté tipificado en ley anterior como delito o falta (Principio de legalidad);
- b. Que se instruya un proceso seguido con las formas previas y propias fijadas y preestablecidas, con observancia de las garantías de defensa (Principio del Debido Proceso, Juez Natural y de Inviolabilidad de la Defensa en juicio y Contradicción);
- c. Que ese juicio se siga ante el tribunal competente, preestablecido y jueces imparciales (Principio de Independencia, imparcialidad judicial y juez natural);
- d. Que se trate al procesado como inocente hasta que una sentencia firme declare lo contrario (Principios de Presunción de inocencia o de Inviolabilidad de la defensa en juicio y contradicción);
- e. Que el juez, en un proceso justo, elija la pena correspondiente (Principio probatorio y de concordancia o congruencia);
- f. Que el procesado no haya sido perseguido penalmente con anterioridad por el mismo hecho. (Principio del Non bis in ídem).



A este principio, también se le conoce como mega principio, pues como observamos, relaciona e integra con los otros principios procesales penales. En realidad, todos los principios que informan el proceso penal, o el derecho penal, son de acuerdo con autores como Marcelino Pinillos y Miguel Mendoza de nacionalidad cubana, mega principios, pues cada principio se relaciona y contiene en sí los ideales de otros principios.

Para José María Tijerino Pacheco, Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Costa Rica y ex Fiscal General de esa República, «la expresión “debido proceso”, además de ser la de mayor uso, tiene amplio, claro y profundo significado. No se trata tan sólo de que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino de que sea adecuado, apropiado, conforme con un arquetipo. “Debido” hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de “proceso justo”.»¹²⁶

Se puede añadir, que el concepto de debido proceso, no solo atañe a los principios procesales, además, involucra el efectivo respeto de los principios propios de la prueba, descritos dentro la teoría del derecho probatorio. Es un principio contenido y continente, puesto que este es parte de los principios procesales y a la vez contiene a los otros principios procesales dentro de sí.

Relacionando los principios procesales con los del derecho probatorio, se puede notar, que el principio del debido proceso en su descripción, hace referencia inmediata al aspecto probatorio, indicando que “(...) el debido proceso exige un idóneo régimen de la prueba, único medio de llegar a la verdad real. Un régimen de la prueba que, por lo que puede ser objeto de prueba o *tema probandum*, por las personas físicas que

¹²⁶ J. M, Tijerino Pacheco: *Debido proceso y pruebas penales*. Conferencia dictada el 29 de octubre de 1992 en el seminario “El indígena frente al sistema penal: cuestiones probatorias”, celebrado en la Paz, Bolivia. Artículo disponible en: <http://legal56.blogspot.com/2010/02/debido-proceso-y-pruebas-penales.html> consulta realizada el 12 de diciembre de 2014, 16:42 hrs.



pueden ser órganos de prueba, por los medios de prueba previstos por el procedimiento probatorio y por el sistema de valoración de la prueba, constituya una amplia y luminosa avenida que conduzca a la verdad en la forma más directa y certera posible.”¹²⁷

Señala que el procedimiento probatorio, o forma como se prueba, es de vital importancia para el debido proceso. Como se ha dicho antes, los principios procesales y principios probatorios, juegan entre sí un papel indisoluble y complementario el uno con el otro.

3.2.3. Principio de inviolabilidad de la defensa en juicio, contradicción

Este es otro de los llamados megaprincipios, ya que relaciona y se conforma por el conjunto de principios que informan el derecho procesal penal. Como mencionamos en el caso del principio del debido proceso, el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio o de contradicción, se contienen uno en el otro y los otros principios procesales.

El principio de la contradicción, materializa el derecho de defensa y la garantía constitucional de no ser penado, antes de ser citado, oído y vencido en juicio. Reflexionando sobre este tópico, se puede plantear la interrogante, ¿cómo puede manifestarse el derecho de defensa sin que se plantee un controvertido?, cuya respuesta, no admite otro análisis más que lo antes expuesto, no existe derecho de defensa sin controvertido, de lo contrario, se estaría ante una posición de allanamiento, misma que es permitida por nuestra legislación, al señalar la misma que el acusado tiene el derecho a no declarar contra sí o parientes, sin embargo, es deber del órgano acusador, demostrar su teoría o tesis fiscal, para ello, debe de aportar tanto las circunstancias de cargo como de descargo e ilustrar al juez de manera convincente el porqué de lo imputado, haciendo uso en este aspecto del controvertido, pues debe exponerse porque los hechos se sucedieron de esa forma y no de otra.

¹²⁷ *Loc. Cit.*



“Toda persona tiene el derecho a controvertir los hechos y las alegaciones que se formulen en su contra. Se tiene el derecho a controvertir, también, las decisiones judiciales, las opiniones de terceros, los dictámenes especializados, los procedimientos y en general toda actuación que redunde en perjuicio de la parte. Se garantiza contradicción mediante la realización de determinados actos procesales, dentro de los que se cuentan los traslados de la demanda, de los recursos, de los peritajes, de las peticiones, de las pruebas aportadas, de las alegaciones, de los escritos, de las peticiones. Se garantiza contradicción mediante la permisión a las partes de participar en la práctica de pruebas y también mediante el aviso en tiempo de la realización de audiencias y diligencias (contradicción concentrada). De rango constitucional, la contradicción hace parte inescindible del debido proceso. Un alegato incontrovertido, una prueba no conocida, un dictamen no socializado, impiden la realización efectiva del derecho al debido proceso. Lo no controvertido no es pleno y solo aquello que sea pleno será objeto de debate.”¹²⁸

El proceso penal, está diseñado para hacer uso del controvertido, en todas sus fases, el sindicado de delito puede de forma espontánea prestar su declaración y tiene el derecho de presenciar por sí o por su abogado defensor de todos los actos procesales y formular sus desacuerdos, utilizando para ello, las formas de impugnación pertinentes a cada etapa procesal.

El principio de contradicción, señala Cafferata: “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

¹²⁸ N. Nisimblat: *Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia*. Pág. 16. Disponible en: http://nisimblat.net/images/los_principios_rectores_del_proceso_por_nattan_nisimblat.pdf consulta realizada el 13 de enero de 2015, 16:50 hrs.



ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (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 la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario”.¹²⁹

El principio de contradicción es un bastión del proceso penal y además del derecho probatorio. En el proceso penal, pues debe regir durante todos los actos del procedimiento y en todas sus etapas, en el derecho probatorio, puesto que es imprescindible para que el juez pueda valorar la prueba y concluir razonadamente en una sentencia absolutoria o condenatoria.

3.2.4. Principio de inmediación

Generalmente la inmediación vincula la presencia del juez en todos los actos procesales, y de esta forma son esbozados los conceptos relativos a este principio.

Vincula también al principio del contradictorio, pues solamente puede provocarse este, cuando las partes hacen uso de su derecho de refutar las tesis, afirmaciones o negaciones de su contraria, frente al juzgador.

Sin embargo, la inmediación no solo procura la presencia del juez, procura además la presencia de las partes. Es decir, hay inmediación cuando frente a los argumentos de las partes se encuentra la figura del juez.

¹²⁹ I. González Zurita : El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio-adversarial. Pág. 2. Citando a Cafferata Nores, José.: *Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas*. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998. Pág. 57. Artículo disponible en: <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones/revista55JSL/EL%20PRINCIPIO%20DE%20CONTRADICCION%20EN%20EL%20SISTEMA%20PROCESAL%20ACUSATORIO-ADVERSARIAL.pdf> consulta realizada el 12 de enero de 2014, 21:45 hrs.



A decir de Nisimblat, “El juez debe estar en permanente contacto con el proceso y con las partes. Lo inmediato es lo opuesto a lo mediato. En virtud de este principio, al juez le corresponde socializar, en sentido subjetivo, con todo aquello que hace parte de la actividad judicial. Ello no significa, por supuesto, que al juez le corresponda realizar ciertas actividades propias de la parte o designadas al secretario, pero sí comporta un deber de conocimiento, de permeabilización y de sensibilización, en la medida en que es el juez quien tendrá la facultad de dirimir a favor de una parte o de otra, aquello que no ha sido resuelto por un medio pacífico y alternativo.

De allí, que la doctrina procesal propugne por la audiencia con intermediación, cada vez más útil en los sistemas procesales modernos, donde, nuevamente, en abierto respeto por la dignidad humana, aparece el juez como rector y conductor de la actividad procesal. El juez que no conoce el proceso ni a las partes que en él intervienen, no tiene las herramientas necesarias para fallar.”¹³⁰

Sin la intermediación, el juez no podría ilustrarse de los actos procesales que le permiten fundar una decisión. Pero la intermediación no solamente alude a la presencia del juez en la sustanciación de los actos procesales, alude además a la presencia de las partes. El principio de intermediación se adhiere al del debido proceso e inviolabilidad de la defensa o contradictorio, en tanto, no puede hacerse efectivo el derecho de defensa si no existe involucramiento del acuso en los actos procesales, presupuesto necesario para que pueda cumplirse el debido proceso.

¹³⁰ N. Nisimblat: *Óp. Cit.* Págs. 16 y 17.



3.2.5. Principio probatorio o de libertad probatoria

De manera general, este principio nos refiere que en el proceso penal todo puede ser probado y por cualquier medio de prueba.

Lo anterior se extiende tanto en relación con el objeto de prueba, como respecto de los medios probatorios.

Como principio del derecho probatorio, este nos ilustra respecto de las diferencias que cada materia o disciplina del derecho debe observar en cuanto a sus normas de procedimiento. Teniendo como única limitante, la restricción de otros derechos fundamentales o garantizados al ser humano.

En el proceso penal, este principio se relaciona de manera directa con el principio del debido proceso, de la inviolabilidad de la defensa y el contradictorio.

Este principio rige durante todas las fases del procedimiento y no solamente en la del juicio oral.

En la fase de investigación o inicial, estará rigiendo en lo referente a los indicios o vestigios de los hechos presumiblemente delictivos, los cuales podrán ser objeto de análisis y cotejos periciales, en la fase intermedia, informará respecto de la forma en que se presentarán y adecuarán a los medios probatorios y en la fase de juicio oral alcanzará el calificativo de prueba al ser controvertidos en audiencia y valorados por el juez.

El principio probatorio o de libertad probatoria contiene a su vez los principios generales del derecho probatorio en materia judicial, a los que se hizo referencia en el Capítulo I.



3.3. Los procedimientos procesales

La legislación procesal penal guatemalteca establece de manera general el procedimiento común y de manera específica, los siguientes:

1. El procedimiento abreviado
2. El procedimiento simplificado
3. El procedimiento para delitos menos graves
4. El procedimiento especial de averiguación
5. Juicio por delito de acción privada
6. Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección
7. Juicio por faltas

Además, existe legislación específica que norma y regula los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal. (Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia).

En todos ellos, aplican tanto los derechos generales establecidos en la normativa procesal, las garantías constitucionales, como los principios que informan al derecho probatorio y al derecho procesal penal.

Lo anterior, deviene de lo estipulado en el Artículo 5 del Código Procesal Penal que establece:

“Fines del proceso. El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma.



La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.”

Es decir, no importa la forma del procedimiento, el proceso penal, se instituye con el objeto de realizar una averiguación, determinar si los hechos se constituyen en acciones conductuales delictivas, y en su caso, imponer una sanción o medida de seguridad (inimputabilidad) o corrección (adolescentes en conflicto con la ley penal).

3.4. Las fases del procedimiento común

3.4.1. Fase de instrucción o investigación

Tiene por objeto la indagación sobre hechos que encajan o se tipifican en conductas delictivas, para la verificación de si existen o no circunstancias racionales que hagan presumir la comisión del ilícito, incoar la persecución penal en contra de los posibles partícipes, determinar las circunstancias en que fueron acaecidos los hechos, los daños ocasionados en la víctima o víctimas y su identificación; el establecimiento de la participación de los sindicados, la forma, motivos y otras circunstancias relativas al esclarecimiento de los hechos, para en su caso, solicitar la apertura a juicio, archivo, clausura o sobreseimiento del proceso.

Corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción y persecución penal en delitos de acción pública y, al Organismo Judicial, ejercer el control jurisdiccional.

De acuerdo con el Artículo 46 del Código Procesal Penal, “El Ministerio Público por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que este Código le asigna, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales. Asimismo, ejercerá la acción penal (...).”



En este sentido, corresponde al Ministerio Público recabar los elementos o indicios probatorios necesarios para la indagación y verificación de los hechos, los cuales servirán posteriormente como fundamentación de su acusación formal, para ello debe practicar todas las diligencias de investigación, necesarias para el respaldo y comprobación de su tesis fiscal. Pudiendo al efecto, solicitar diligencias de anticipo de prueba. Correspondiendo a los Jueces de Paz o Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, el control jurisdiccional, de acuerdo con la gravedad y penalidad que conlleve el ilícito en investigación.

Al recabar todos los indicios que hagan presumible la comisión del delito y la participación de los sindicados, el Ministerio Público debe solicitar la indagación de los mismos, para su posible sujeción al proceso judicial, audiencia en la cual, podrá dictarse el auto de procedimiento o la falta de mérito.

En el caso de dictarse auto de procesamiento, el Artículo 324 bis del Código Procesal Penal, establece que la investigación debe llevarse a cabo durante el plazo de tres meses contados a partir del auto que haya fijado prisión preventiva; pero si dentro del procedimiento se hubiere dictado una medida sustitutiva el plazo máximo del procedimiento preparatorio durará seis meses a partir del auto de procesamiento, o bien, si no existiere vinculación procesal mediante prisión preventiva o medidas sustitutivas, la investigación no estará sujeta a estos plazos.

El Artículo 324 ter, refiere sobre los plazos de investigación, cuando el control jurisdiccional corresponda a los jueces de paz, señalando:

“En los casos cuya competencia corresponda a los jueces de Paz, los plazos a que se refiere el artículo anterior, serán los siguientes:



a) Un máximo de cuarenta y cinco días para que el Ministerio Público plantee solicitudes de conclusión del procedimiento preparatorio, a partir de dictado el auto de prisión preventiva.

b) Si en el plazo máximo de cuatro días de concluido el plazo señalado en el inciso anterior, el fiscal o a quien corresponde esa función aún no hubiere formulado petición alguna, el juez ordenará la clausura provisional del procedimiento con las consecuencias de ley, en este caso el Ministerio Público podrá solicitar la reapertura de la investigación por medio de los procedimientos establecidos en este Código.

c) Un máximo de tres meses para la duración del procedimiento preparatorio a partir del auto de procesamiento, en el caso que se haya dictado cualquier medida sustitutiva. Mientras no exista vinculación procesal mediante auto de procesamiento o medidas sustitutivas, la investigación no estará sujeta a estos plazos.”

En la misma audiencia, el juez deberá fijar día para la presentación del acto conclusivo, así como, día y hora para la audiencia intermedia, la cual deberá llevarse a cabo en un plazo no menor de diez (10) días ni mayor de quince (15) días a partir de la fecha fijada para el acto conclusivo. Una vez presentado el acto conclusivo, se entregará copia del mismo, a las partes que lo soliciten, y se dejará a disposición del juez las actuaciones y medios de investigación para que pueda examinarlos hasta la fecha fijada para la audiencia.

Aunque en esta etapa, aún no se corresponde el calificativo de prueba, sino de indicios y medios de investigación, es importante señalar que para el tratamiento de los mismos, rigen plenamente todos los principios del derecho probatorio y el principio procesal del contradictorio, pues, si bien, este último adquiere mayor relevancia en la fase de juicio de oral, debe estar siempre presente y enfocarse en su consecución en todas las fases procesales.



La contradicción como mencionamos, materializa el derecho de defensa y por ende debe procurarse durante todos los actos procesales.

En esta fase, lo podemos vincular estrechamente con la audiencia de indagatoria, en la que su observancia es primordial para la ilustración del juez contralor, respecto de si existen o no indicios racionales que permitan presumir la existencia del ilícito y la participación del o los sindicados en el mismo.

También es esta fase, puede llevarse a cabo diligencias investigativas solicitadas con la calidad de anticipo de prueba, en las que por su relevancia y revestimiento de los aspectos formales de prueba, debe procurarse no solo el principio del contradictorio, sino los principios que informan al derecho probatorio.

3.4.2. Fase intermedia

De acuerdo con lo que expone el autor José Mynor Par Usen, “La fase intermedia se desarrolla después de agotada la etapa de investigación. Es decir, después de haber realizado un cúmulo de diligencias consistentes en informaciones, evidencias o pruebas auténticas, que servirán para determinar si es posible someter al procesado a una formal acusación y si procede la petición del juicio oral y público”.¹³¹

Esta es una fase o etapa corta, cuyo objetivo es que el juez contralor de la investigación evalúe si existen suficientes elementos en la acusación presentada por el Ministerio Público, para fundamentar la necesidad de abrir a juicio, es decir, proseguir con las acciones procesales, porque hay suficientes indicios que respaldan la tesis fiscal, sobre la participación del o los sindicados en el hecho presumiblemente delictivo.

¹³¹ J. M. Par Usen: *El Juicio Oral en el Proceso Penal Guatemalteco*. 2ª. Edición, Tomo I. Guatemala, Guatemala, Centro Editorial Vile. 1999. Pág. 227.



El Artículo 332 del Código Procesal Penal, indica que: “Vencido el plazo concedido para la investigación, el fiscal deberá formular la acusación y pedir la apertura del juicio. También podrá solicitar, si procediere, el sobreseimiento o la clausura y la vía especial del procedimiento abreviado cuando proceda conforme a este Código. Si no lo hubiere hecho antes, podrá requerir la aplicación de un criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal.”.

Con la solicitud de apertura a juicio, como acto conclusivo de la etapa de investigación, el Ministerio Público debe acompañar el escrito de acusación, el cual, el juez ordenará su notificación al acusado y a las demás partes, entregándoles copia del escrito, quedando las actuaciones en el juzgado para su consulta por el plazo común de seis días.

En la audiencia intermedia, en que se conozca el acto conclusivo solicitado por el Ministerio Público, si fuere el caso, el de solicitud de apertura a juicio, el acusado y su defensor podrán, de palabra, realizar lo siguiente (Artículo 336 CPP):

- 1) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección;
- 2) Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil prevista en el Código;
- 3) Formular objeciones u obstáculos contra el requerimiento del Ministerio Público, instando, incluso, por esas razones, el sobreseimiento o la clausura.

Si es declarada la apertura a juicio, al tercer día, debe llevarse a cabo nueva audiencia en la cual serán ofrecidos los medios de prueba, que serán controvertidos en el debate oral y público.



En la misma, rigen todos los principios del derecho procesal penal y derechos probatorios, teniendo mayor relevancia, los principios de inmediación, inviolabilidad de la defensa y contradictorio, congruencia y libertad probatoria.

El juez resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal.

3.4.3. Fase de juicio oral

También se le conoce como fase de debate y tiene como fin máximo controvertir los hechos objeto del proceso, para que el juez pueda ilustrarse respecto de las versiones o tesis fiscal y de defensa en que fundan el acaecimiento de los hechos y determinar si los mismos constituyen ilícito penal, y de ser así, determinar si existe responsabilidad por parte de la o las personas sindicadas y si es adecuada la imposición de condena o la sujeción a una medida de seguridad o corrección, para luego conocer lo relativo a la reparación de los agravios constituidos en las víctimas. En esta fase se manifiesta en toda su extensión el derecho probatorio y los principios del proceso penal.

En especial, los principios de mayor incidencia en esta fase: Principio de inmediación, Principio de publicidad, Principio de oralidad, Principio de inviolabilidad de la defensa y contradicción.

Según nos relaciona el abogado Juan Manuel Chávez Monge, egresado de la Universidad Rafael Landívar, sobre los principios procesales y el debate oral y público:

“El principio de inmediación es de mucha importancia para la realización del debate, ya que el Código Procesal Penal indica que la presencia de las partes en el debate debe



ser ininterrumpida, y que en caso contrario, se considerará abandonada la intervención salvo el caso del tercero civilmente demandado.”¹³²

«El principio de publicidad, consiste en: “Garantizar al público la libertad de presenciar el desarrollo del debate y, en consecuencia, de controlar la marcha de él y la justicia de la decisión misma”.»¹³³

Respecto del principio de la oralidad, señala que: “La oralidad es esencial para la inmediación.”

El principio de la “Concentración Procesal se traduce en que el debate debe realizarse en forma continua y permanente, con excepción de los casos en que el mismo puede suspenderse, los cuales se encuentran específicamente establecidos en la ley.”¹³⁴

Sobre los principios de inmediación, inviolabilidad de la defensa y contradicción, es en esta fase donde se hace mayor gala de estos ideales a que aspira el derecho procesal penal, pues advierten de la necesidad de que todo lo actuado debe ser presenciado por el juez y las partes, además, el imputado debe estar provisto de un abogado defensor que le auxilie en su defensa técnica, debe permitírsele la declaración libre en cualquier momento, lo que desarrolla el principio del contradictorio y manifiesta la inviolabilidad de la defensa.

El controvertido se apoya en la intervención de las partes, luego de la participación o aportes probatorios que haya realizado cualquiera de ellas. Es decir la alternabilidad en el uso de la palabra luego de conocerse y desarrollado la participación de algún órgano de prueba.

¹³² Chávez Monge, Juan Manuel.: *El uso de los idiomas nacionales en las actuaciones y resoluciones dentro del expediente judicial en materia penal*. Tesis para optar al grado de licenciatura. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus de Quetzaltenango. Universidad Rafael Landívar. Quetzaltenango, Guatemala, 2014. Pág. 37.

¹³³ *Loc. Cit.*

¹³⁴ *Ibíd.* Pág. 37.



Es por ello, que en el caso de la prueba documental, sea necesario proponer al órgano de prueba de donde se emana el documento presentado como medio probatorio.

Por supuesto que habrá casos de excepción, por ejemplo, en los casos en que la prueba documental, se refiera expresamente al establecimiento o ilustración de que existe o existió cierto acto, contrato, persona o registro, en los cuales, la documentación sirve como mera acreditación de la circunstancia que se desea probar. En estos casos, a menos de que se trate de delitos de falsedad de documentos (material o ideológica), no será necesario presentar al órgano de prueba, que será en los casos aludidos, el testigo que narra la forma como se falsificó tal o cual documento y quien lo realizó, o el perito que identifica la falsedad y la relaciona con la fuente o autor, en el caso de escritura manual o mecanográfica.

3.4.4. Fase de impugnaciones

Se dice que esta fase es una etapa transversal a todas las fases del proceso penal, pues está constituida por los medios de impugnación que pueden interponerse durante todos los actos procesales y materializa el derecho de oposición, garantía de defensa y los principios del debido proceso, inviolabilidad de la defensa y controvertido, pues en los mismos se materializa la oposición sobre ciertas acciones y resoluciones que se consideran contrarias al derecho de quien las invoca.

El derecho de recurrir deberá ser ejercido por el agraviado o sindicado que invoque un perjuicio a los derechos o garantías que le son aplicables, acreditando para ello, el menoscabo directo en que funda su solicitud de anulación, revocación o reforma de la resolución judicial.

Esta etapa se caracteriza porque en contraposición a la forma en que se sustancia el proceso penal, acá, domina el principio dispositivo o de la autonomía de la voluntad, lo



que implica que ningún órgano jurisdiccional puede conocer de oficio un recurso, sólo si alguna de las partes lo interpone.¹³⁵

El Código Procesal Penal, establece en su libro tercero las impugnaciones, las que nomina también como recursos, siendo éstos:

- a. El de Reposición;
- b. Apelación;
- c. Recurso de Queja;
- d. Apelación especial (de fondo y forma);
- e. Casación (de fondo y forma);
- f. Revisión.

3.4.5. Fase de ejecución

Esta se convierte en la última fase del proceso penal, ya que ella se da cumplimiento a la sentencia condenatoria impuesta por el juez o tribunal de sentencia.

Para poder llegar a esta fase, es necesario que la sentencia se encuentre en firme, es decir, que se haya agotado la vía recursiva o fase de impugnaciones.

“La ejecución del fallo judicial estará a cargo de un juez especializado, denominado Juez de Ejecución. No obstante ser los encargados del cumplimiento de la sentencia, deben además revisar el cómputo definitivo practicado en la sentencia, tomando en cuenta la prisión sufrida desde la detención; resolver los incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena, la libertad anticipada y todos aquellos en que se estime necesaria su Intervención.

¹³⁵ *Ibíd.* Págs. 37 y 38.



La función de los jueces de ejecución es una función jurisdiccional, que se lleva a cabo dentro del marco social, tomando en cuenta que los mismos, no obstante, velar por el estricto cumplimiento de la sentencia, deben además prestar el apoyo necesario a los reclusos en lo que se refiera a su readaptación social y a sus necesidades durante el tiempo de la condena.”¹³⁶

Aún en esta fase, se relacionan los principios del controvertido y del derecho probatorio, pues como lo describe el Artículo 495, del Código Procesal Penal, existen las acciones de “Incidentes”, en las cuales: “El Ministerio Público, el condenado y su defensor podrán plantear incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena. El juez de ejecución los resolverá, previa audiencia a los interesados, salvo que hubiera prueba que rendir, en cuyo caso abrirá el incidente a prueba. Los incidentes relativos a la libertad anticipada y todos aquellos en los cuales, por su importancia, el juez lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral y pública citando a los testigos y peritos que deben informar durante el debate.”

Como hemos observado, los principios relativos al derecho probatorio y los del proceso penal, especialmente los de inviolabilidad de la defensa, libertad de prueba y controvertido, se instituyen como principios transversales del proceso y procedimientos, por lo que sus máximas y paradigmas deben ser un ideal al que necesariamente debe darse el reconocimiento y adecuación a las actuaciones que corresponda.

¹³⁶

Ibíd. Pág. 38.





CAPÍTULO IV

5. LA PRUEBA ANTICIPADA COMO DILIGENCIA DE LA ETAPA PREPARATORIA EN CASOS DE URGENCIA Y SU VINCULACIÓN CON LA IMPUTACIÓN DE LOS HECHOS Y EL CONTRADICTORIO

5.1 La prueba anticipada

Conceptualmente, en materia penal, se entiende por prueba anticipada, a toda aquella actividad probatoria que se produce en una etapa anterior o momento previo al inicio del juicio oral, debido al riesgo o imposibilidad de poderla llevar a cabo en la etapa y momento procesal que corresponde.

Especialmente, busca hacer efectivo el principio de inmediación, que promueve principalmente, la presencia del juez en el desarrollo de la diligencia probatoria, o bien, revestir esta actividad probatoria de este presupuesto procesal.

Dado que el proceso penal utiliza procedimientos que se instituyen sobre formas y principios que promueven etapas precluyentes y consecutivas, de no realizarse de esta forma se estarían vulnerando principios como los del debido proceso, inviolabilidad de la defensa y contradictorio; por estas razones, es importante analizar los requisitos que la ley tiene previstos como presupuesto para que el diligenciamiento de acciones probatorias puedan llevarse a cabo fuera de la etapa y realización del juicio oral y específicamente en la etapa preparatoria.

También es importante, identificar, si el diligenciamiento de la prueba anticipada conlleva además una valoración anticipada de la prueba, o esta última, solo corresponde al juez o tribunal de sentencia en la fase de juicio oral, resguardando con ello, el principio del contradictorio, valoración de la prueba, fundamentación y sana



crítica razonada, principios del derecho probatorio, que sin duda, hacen efectiva la garantía del derecho de defensa como forma de revertir los hechos imputados.

Como se expuso en el capítulo anterior, de acuerdo al normal desarrollo de las fases del proceso penal guatemalteco, se identifican 5 momentos procesales o fases determinadas:

1. Fase de instrucción o investigación
2. Fase intermedia
3. Fase de juicio oral
4. Fase de impugnaciones
5. Fase de ejecución

En todas ellas, la imputación de los hechos al sindicado de los hechos presumiblemente delictivos, forma el elemento principal sobre el cual se cierne el objeto del proceso y giran las actuaciones en cada fase específica, pero es en la primera fase, llamada de instrucción o investigación, sobre la cual se enfocará el presente análisis, debido a que es en ella, en donde a la luz de la necesidad procesal y urgencia con que deben ser diligenciados los elementos probatorios, se autoriza que pueda llevarse a cabo la celebración de audiencias de anticipo de prueba en las cuales aún no se conoce quien ha de ser la persona sindicada del presunto delito que se investiga.

Al respecto, el Código Procesal Penal, hace mención a esta diligencia de anticipo de prueba en varias normas, siendo el Artículo 317, el que demarca su objeto y procedimiento, estipulando lo siguiente:



“Artículo 317. **Actos jurisdiccionales: Anticipo de prueba.** Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que lo realice.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todas las partes, los defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate.

El imputado que estuviere detenido será representado por su defensor, salvo que pidiere intervenir personalmente.

Si, por la naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de las partes a manera de evitar este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellas.

En ningún caso, el juez permitirá que se utilice este medio para la formación de un expediente de instrucción sumarial que desnaturalice el proceso acusatorio. (Párrafo adicionado por el Artículo 24 del Decreto 79-97 del Congreso de la República.)

Cuando se tema por la vida y/o integridad física del testigo se tomará su declaración testimonial como anticipo de prueba por videoconferencia u otro medio electrónico, con la presencia del abogado defensor designado por el imputado y en su defecto por el que designe la Defensa Pública Penal; y en caso de no existir imputado, igualmente se hará comparecer a un defensor público de oficio, para garantizar la legalidad de la declaración testimonial en esta forma; asimismo comparecerán en ese acto probatorio anticipado, el fiscal del caso, el querellante adhesivo si lo hubiere, y dicho acto será



presidido personalmente por el Juez del proceso. (Párrafo adicionado por el Artículo 20 del Decreto 17-2009 del Congreso de la República.)

En este caso se observará lo requerido por los artículos 218 BIS y 218 TER del presente Código.”

Como observamos, la norma establece que se podrá realizar el diligenciamiento de prueba anticipada en cinco situaciones, cuatro de ellas, basadas en objetos o cosas materiales, que debido a su naturaleza y características, necesite considerarse a los actos investigativos, como actos definitivos, debido a que no podrán ser reproducidos, tales como:

- 1) Reconocimiento,
- 2) Reconstrucción,
- 3) Pericia; o
- 4) Inspección;

Y una quinta:

- 5) Cuando deba declarar un órgano de prueba.

Es decir, recae sobre elementos personales de investigación (peritos o testigos, por ejemplo), que por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate.

Los presupuestos son entonces de dos tipos, a) por circunstancias materiales (recaen sobre el objeto indiciario o escenarios del hecho; y b) por circunstancias personales, que como se señaló recaen sobre los órganos de prueba: víctima, testigos y peritos.

Respecto a los reconocimientos, estos pueden recaer sobre objetos y personas, pero regularmente, cuando recaen sobre personas, son específicamente sobre la víctima (órgano de prueba) o sindicado, y en este último caso, no es compatible el anticipo de



prueba, toda vez, que si se presume alguna posibilidad de obstaculización o fuga, debe solicitar la medida coercitiva de privación de libertad, al momento de realizar la imputación de los hechos en la audiencia de primera declaración del sindicado.

Por otro lado, mencionamos sobre el diligenciamiento de la prueba anticipada, que la misma puede darse en las etapas previas a la del juicio oral, es decir, en la etapa preparatoria o de investigación, también puede darse en la etapa de juicio, pero anterior al inicio del debate.

Lo antepuesto, lo vemos fundamentado de la manera siguiente:

5.1.1. Anticipo de prueba en la etapa preparatoria o de investigación

Además del Artículo 317 del Código Procesal Penal, citado anteriormente, el Artículo 248, señala lo siguiente: “**Valor como prueba anticipada.** Durante el procedimiento preparatorio deberá presenciar el acto el defensor del imputado y el juez que controla la investigación, con lo cual dicho acto equivaldrá a aquéllos realizados según las disposiciones de la prueba anticipada y podrá ser incorporado al debate.”

Como tema central de análisis, se evalúan los casos a los que hace referencia el texto del Artículo 317, en su párrafo sexto, que prescribe lo siguiente:

“Cuando se tema por la vida y/o integridad física del testigo se tomará su declaración testimonial como anticipo de prueba por videoconferencia u otro medio electrónico, con la presencia del abogado defensor designado por el imputado y en su defecto por el que designe la Defensa Pública Penal; **y en caso de no existir imputado**, igualmente se hará comparecer a un defensor público de oficio, para garantizar la legalidad de la declaración testimonial en esta forma; (...)” (resaltado y negrillas propias).



En concordancia, el Artículo 318, amplía lo referente a casos de urgencia, señalando.

“Cuando se ignore quién ha de ser el imputado o cuando alguno de los actos previstos en el artículo anterior sea de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y éste practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas en el artículo anterior, designando un defensor de oficio para que controle el acto.”

En el mismo sentido, el Artículo 218 TER, señala el procedimiento en casos de declaración por medio audiovisual, indicando, que en la realización de esas diligencias, debe hacerse lo siguiente:

“(...) siempre deberá comparecer el defensor designado por el imputado, en su defecto el defensor público que se designe por el juez, y el fiscal del caso, cuidándose porque se observen debidamente las garantías constitucionales del derecho de defensa y el debido proceso.

En caso de no existir imputado, igualmente se hará comparecer a un defensor público de oficio, para garantizar la legalidad de la declaración testimonial en esta forma; asimismo comparecerán en ese acto probatorio anticipado, el fiscal del caso, el querellante adhesivo si lo hubiere, y dicho acto será presidido personalmente por el juez del proceso.”



5.1.2. Anticipo de prueba en la etapa de juicio oral

De manera general, también es de aplicación lo estipulado en el Artículo 317 del Código Procesal Penal, ya citado, además se debe observar lo que establece el Artículo 346, que indica:

“**Audiencia.** (Reformado por el Artículo 20 del Decreto 18-2010 y DEROGADO por el Artículo 15 del Decreto 7-2011, ambos del Congreso de la República.) Recibidos los autos, la unidad administrativa del tribunal fijará el día y hora de inicio de la audiencia de juicio, misma que debe realizarse en un plazo no menor de diez (10) días ni mayor de quince (15) días.

Dentro de este plazo, el tribunal podrá ordenar, a pedido de parte, recibir declaración a los órganos de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrán concurrir al debate, adelantar las operaciones periciales necesarias para informar en él, o llevar a cabo los actos probatorios que fueran difíciles de cumplir en la audiencia o que no admitieren dilación. En estos casos se podrá diligenciar el anticipo de prueba mediante videoconferencia u otro medio electrónico en las condiciones que lo regulan los artículos 317 y 318 de este Código.”

La diferencia sustancial del diligenciamiento de la prueba anticipada en estos casos, es que encontrándonos en el primero y bajo la condición de que aún no se conozca quien ha de ser el sindicado, el diligenciamiento de prueba anticipada en la fase preparatoria o de investigación, carece también de la audiencia formal de imputación de los hechos, restringiendo con ello el principio del contradictorio como base del derecho probatorio y garantía constitucional para revertir los hechos imputados, pues no se tiene conocimiento de una versión distinta y opuesta a la hipótesis fiscal.



Es importante ahondar en lo referente al principio de contradictorio, recordando siguiente:

- a) Los postulados del principio de contradicción deben estar presentes a lo largo de todo proceso.
- b) “El ejercicio del derecho a controvertir se materializa a lo largo del proceso y en todas sus etapas, para lo cual las partes tienen derechos y deberes frente a la prueba y frente a los demás sujetos procesales, en la medida en que respeta otros principios de igual jerarquía, como son el de publicidad, eventualidad, preclusión e igualdad.”¹³⁷
- c) El principio de contradicción se puede expresar de forma concentrada y en forma difusa. La forma concentrada la observamos o se hace válida en una misma audiencia o diligencia y la forma difusa la podemos evidenciar o materializar a través del ejercicio del derecho de impugnación.
- d) “El ejercicio concentrado de contradicción es, entonces, aquel que se realiza en el momento mismo en que la prueba se está produciendo, practicando, es decir, una contradicción directa, in situ, coetánea a la recepción o producción. Son ejemplos de contradicción concentrada la que se realiza al participar del interrogatorio al testigo, la participación en la inspección judicial, la intervención en la elaboración del dictamen pericial, presenciando la recolección de muestras, evidencias o información por parte del perito y el interrogatorio a este en el proceso oral y, en general, la asistencia personal a las audiencias y diligencias en las cuales se practican pruebas o se adoptan decisiones.”¹³⁸

¹³⁷ N. Nisimblat: *Óp. Cit.* Pág. 59.

¹³⁸ *Ibíd.* Pág. 140.



Con lo anterior, se puede concluir, que para que pueda controvertirse un hecho o acto probatorio, de forma concentrada, es decir, al momento de practicarse la diligencia investigativa o producción de los elementos de prueba, es necesaria la intervención de la parte en contrario, situación que se ve lesionada, en los casos de anticipo de prueba en la etapa de investigación, cuando aún no se ha individualizado al presunto autor/a o no se encuentre ligada al proceso la persona o personas sindicadas del hecho que se presume delictivo, o en su caso, la misma se encuentra prófuga.

Ello, no obstante, que la normativa procesal guatemalteca, establece para los casos en que no exista imputado, la comparecencia de un defensor público de oficio, para garantizar la legalidad en las declaraciones testimoniales, y en los casos en que: “El imputado estuviere detenido será representado por su defensor, salvo que pidiere intervenir personalmente.”

Sin embargo, luego del estudio y análisis realizado, se puede aseverar, que con la anterior fórmula, no se garantiza el contradictorio como base del derecho probatorio y garantía constitucional para revertir los hechos imputados, toda vez, que aunque la diligencia la presencie el abogado defensor, este no conoce la versión de los hechos que pueda proporcionar la persona que pueda resultar sindicada de los hechos, lo que anula, la garantía constitucional del derecho de defensa que se materializa no solo con la asignación de un abogado defensor, sino con la posibilidad de que este pueda conocer la versión de los hechos de su representado y que este último pueda comunicarse con su defensor de manera física e inmediata.

Es decir, el derecho de defensa, no se ciñe solamente a la representación del sindicado por un abogado defensor, es también la posibilidad de comunicación y construcción de estrategias de defensa, a partir de la versión contrapuesta que pueda proporcionar la persona imputada de los hechos presumiblemente delictivos.



Considerando que el objetivo del anticipo de prueba, es poder llevar a cabo diligenciamiento de acciones investigativas, que debido a su naturaleza y características, necesite considerarse como actos definitivos, dado a su imposibilidad de ser reproducidos (Reconocimiento, reconstrucción, pericia, e inspección) nuevamente; o que por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que el órgano de prueba no podrá presentarse durante el debate, se considera que aunque de manera lesiva a los intereses y derechos del imputado, son condiciones que ameritan este diligenciamiento especial, sin embargo, no puede, ni debe, considerarse, que las acciones investigativas diligenciadas por estar revestidas del carácter de prueba anticipada, deban ser consideradas prueba.

La prueba, tal y como lo establece nuestro Código Procesal Penal, Artículo 186 solo adquiere ese carácter o valoración al haber sido obtenida por un procedimiento permitido e incorporada al proceso conforme a las disposiciones procesales. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en el Código.

La valoración de prueba, por lo tanto, solamente puede realizarla un juez o tribunal de sentencia luego de haber sido clausurado el debate (Artículo 382) y llevada a cabo la deliberación (Artículo 383). En las fases anteriores al debate oral y público, únicamente se realiza una apreciación de los elementos indiciarios para determinar si los mismos son idóneos y han sido incorporados respetando los procedimientos de licitud o en su caso, si los mismos presentan características de pertinencia respecto de los hechos que se desean probar (Artículo 343).

Por su parte, el Artículo 385, señala que para la deliberación, el tribunal o juez en su caso, apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolverá por mayoría de votos.



5.2. La imputación de los hechos y el principio de contradicción

Como hemos venido evidenciando, la contradicción o contradictorio en el proceso penal, se conforma en cuanto exista una oposición de versiones o teorías respecto de un hecho controvertido, lo que no ocurre, cuando únicamente se tiene una versión sobre algún hecho considerado presumiblemente delictivo.

Es por ello, que la imputación de los hechos presumiblemente delictivos, se convierte en la hipótesis oficial, sobre la que el proceso penal se instituirá.

De hecho, el Artículo 5 de nuestro ordenamiento procesal penal, describe el objeto del proceso, como:

“(...) la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma.

La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.”

Texto en el que se recogen además, las bases que aportan a desarrollar los elementos de la imputación fiscal.

Con la imputación fiscal formulada como la premisa sobre la que el Estado basa su actuación y realiza la persecución penal, se inicia el control jurisdiccional de un proceso penal y abre así, las posibilidades de defensa a las o la persona sindicada de los hechos considerados presumiblemente delictivos.

Es esta imputación la que ofrece la posibilidad de contradicción o contradictorio y materializa entre otras, la garantía constitucional del derecho de defensa, que señala



que: “Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.”

5.2.1. Concepto de imputación fiscal

De acuerdo con lo que describe el licenciado Carlos Roberto Enríquez Cojulun, “La imputación es la hipótesis fáctica sobre una acción u omisión que lesione una prohibición o mandato del orden jurídico, atribuida al imputado, la cual puede producir consecuencias jurídico-penales por contener los elementos de un hecho punible”¹³⁹, estima además el referido autor, que la imputación se convierte en “el presupuesto necesario para el derecho de defensa, porque para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de qué defenderse.”¹⁴⁰

Por su lado, Julio Maier nos refiere que, “la imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o a reducirla”.¹⁴¹

Afirmaciones, que apoyan la hipótesis sostenida, respecto de que no será posible hacer efectivo el derecho de defensa y por lo tanto viabilizar el principio de contradictorio en los casos en que sea practicada diligencia de anticipo de prueba sin que al momento de la realización de la misma exista persona sindicada de los hechos presumiblemente delictivos.

¹³⁹ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG); Programa de Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD); Organización Intereclesiástica Para Cooperación al Desarrollo (ICCO): *Manual de Derecho Procesal Penal I*. Guatemala, Guatemala Editorial Serviprensa S.A., 2003. Pág. 161.

¹⁴⁰ *Loc. Cit.*

¹⁴¹ *Ibíd.* Citando a Maier, Julio B. J.: *Derecho procesal penal. Tomo I. fundamentos*. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina, 1996. Pág. 553.



5.2.2. Momentos procesales de la imputación fiscal

Quizá la acción o acto procesal que da mayor realce a la imputación de los hechos considerados constitutivos de delito sea el de la acusación, pues en ella, existe una fundamentación investigativa que ha sido objeto o ha tenido la oportunidad de ser controvertida con acciones defensivas, controladas por un juez procedimental o garante del procedimiento.

Sin embargo, como se ha mencionado, la imputación fiscal, está presente a lo largo de todas las etapas del proceso penal y procedimiento de que se trate.

Es tan importante y fundamental, que la Constitución de la República la convierte en garantía, al establecer en el Artículo 7, que al momento de detener a una persona, se le debe hacer una notificación de la causa de su detención. Estableciendo que “Toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación.”

En este sentido hay que hacer notar, que existen dos supuestos para la detención de personas, el primero, que exista una orden de detención girada por autoridad competente; y el segundo, que exista la necesidad de realizarla por presentarse casos de flagrancia.

Una vez detenida la persona o habiendo sido notificada para la comparecencia ante juez competente, al momento de llevarse a cabo la audiencia conocida como de primera declaración, el fiscal que curse el caso, debe poner en conocimiento del sindicado y su abogado defensor, los hechos que se imputan, es decir, realizar la imputación fiscal. El Artículo 82 de nuestra normativa procesal penal, establece en su



numeral primero, lo siguiente: “El juez concederá la palabra al fiscal para que intime los hechos al sindicado, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, su calificación jurídica provisional, disposiciones legales aplicables, y descripción de los elementos de convicción existentes.”

Luego de la imputación fiscal en la audiencia de primera declaración, se inicia la posibilidad del contradictorio, con el derecho a declarar que le asiste al imputado y el ejercicio del contrainterrogatorio en el caso de haber hecho efectivo el derecho de la declaración.

Al finalizar la etapa de investigación, una de las formas que el fiscal del Ministerio Público puede adoptar para concluir esta fase y dar inicio así a la fase intermedia, es presentar acusación, en este caso, la imputación se presenta por escrito al juez contralor, quien debe evaluar si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo o para verificar la fundamentación de otras solicitudes realizadas por el Ministerio Público, esto de acuerdo a lo que al efecto establece el Artículo 332 del Código Procesal Penal.

En la acusación el fiscal del Ministerio Público, debe consignar los fundamentos resumidos de la imputación, con expresión de los medios de investigación utilizados y que determinen la probabilidad de que el imputado cometió el delito por el cual se le acusa.

En este punto, es importante resaltar, que el Artículo 334 del Código, establece que:

“En ningún caso el Ministerio Público acusará sin antes haber dado al imputado suficiente oportunidad de declarar.



Sin embargo, en las causas sencillas, en que no se considere necesario escuchar personalmente, bastará con otorgarle la oportunidad de pronunciarse por escrito, sin perjuicio de su derecho a declarar.”

Con ello, se refuerza en la normativa, la importancia del contradictorio, efectiva mediante el conocimiento por el imputado de los hechos que se le atribuyen y el derecho de pronunciarse en este respecto.

Posterior a la presentación de la acusación, el juez de primera instancia (instrucción), debe señalar una audiencia previo haberse notificado al acusado y su abogado defensor del escrito acusatorio, en la cual, se garantiza al imputado, la oportunidad de:

- 1) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección;
- 2) Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil que prevé el Código; y
- 3) Formular objeciones u obstáculos contra el requerimiento del Ministerio Público, instando, incluso, por esas razones, el sobreseimiento o la clausura.

Otro momento procesal de relevancia para la imputación fiscal, es el de la apertura del debate, (Artículo 370, CPP) en el que el juez o tribunal de sentencia, da oportunidad tanto a la parte acusadora como a la defensa de pronunciar sus alegatos, los cuales deben estar basados en sus tesis sobre la forma en que se sucedieron los hechos imputados, posterior a ello y diligenciados los incidentes, el juez debe explicar con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye al acusado, advirtiéndole sobre el derecho de abstenerse de declarar. En el caso de existir declaración, para garantizar el derecho al contradictorio, el juez dispondrá la participación del fiscal del Ministerio Público y el querellante adhesivo en representación de la víctima, el defensor y terceros civilmente interesados, en su derecho al interrogatorio.



5.2.3. Anticipo de prueba sin imputación fiscal

Los casos en que amerite la práctica de un anticipo de prueba en la etapa de investigación o preparatoria en que aún no se sepa quien ha de ser la persona sindicada del hecho presumiblemente delictivo, carece también de imputación fiscal.

Ello porque a la luz de los diferentes textos de las normas procesales, la imputación debe realizarse al sindicado de delito, con el objeto de hacerle saber cuál es la razón de la persecución penal, el aseguramiento de la comprensión (por parte del acusado) de las implicaciones legales que conlleva y los derechos y garantía que le asisten.

Lo anterior, como se ha venido exponiendo, se encuentra patentizado en las normas procesales, las que determinan los momentos procesales en que debe realizarse la imputación fiscal, la cual se hace necesaria en:

- a)** Audiencia de primera declaración (Artículo 82);
- b)** Escrito de Acusación (Artículo 332 Bis); y
- c)** Audiencia de apertura de debate (Artículo 370).

Es criterio de la investigadora, (el cual se ve fundamentado en la normativa y doctrina presentada), que los casos en que se deben realizar diligencias de anticipo de prueba sin antes haberse realizado la imputación fiscal por desconocerse quien ha de ser la persona sindicada del hecho presumiblemente delictivo, pueden estarse llevando a cabo bajo el principio de legalidad, sin embargo, vulneran el principio y garantía constitucional de defensa y el principio del contradictorio. Esta situación, amerita sin duda una observancia procesal, para que en otros momentos procesales, pueda nivelarse esta falencia, justificada quizá, pero minada de positivismo inquisitivo.



5.3. Valor probatorio de los actos diligenciados mediante el anticipo de prueba

Existe cierta creencia respecto a que los elementos probatorios diligenciados mediante la práctica del anticipo de prueba, adquieren la calidad de prueba, por el solo hecho de haberse practicado bajo este procedimiento.

Sin embargo ello, no podría ser de esa manera, dado que para que los elementos indiciarios y probatorios, adquieran la calidad de prueba, es necesario, que los mismos, sean controvertidos en juicio y valorados por un juez o tribunal de sentencia.

De hecho, el Artículo 248 del Código Procesal Penal, que hace referencia sobre el valor como prueba anticipada de diligencias investigativas llevadas a cabo bajo esta calidad en el procedimiento o fase preparatoria, lo que nos pone de manifiesto, es que determinados actos de investigación, por considerarse que no podrán ser reproducidos posteriormente en la etapa de juicio oral, pueden adquirir la calidad de anticipo de prueba, calidad que solamente amerita o instituye la incorporación de tales elementos probatorios a la fase de debate que se espera alcanzar.

Es decir, estas actuaciones no podrán ser rechazadas por el juez contralor en la etapa intermedia y audiencia respectiva de ofrecimiento de prueba.

Es en la fase de debate o de juicio oral, en la que estos elementos, diligenciados como prueba anticipada por su imposibilidad de presentación y reproducción (testimonio, reconocimientos, otros.) en audiencia de debate, deben ser incorporados mediante su lectura y/o reproducción por medios audiovisuales, o participación de peritos, para ser controvertidos y valorados por el juez o tribunal de sentencia.

Es en esta fase, en la que se considera, existe la oportunidad procesal idónea para poder materializar el principio del contradictorio sobre hechos diligenciados en la etapa preparatoria revestidos de la calidad de anticipo de prueba y en cuyo caso, no se haya



podido realizar conainterrogatorio, debido a que aún no se conocía quien resultaría imputado de los hechos.

A manera de equiparar la falencia del contradictorio ocurrida en los casos antes mencionados, es en la fase de debate oral y público, en la que luego de incorporados los elementos probatorios mediante su lectura o reproducción audiovisual, en todos los casos, el juez o presidente del tribunal de sentencia, debe propiciar la oportunidad del contradictorio, dando a la parte sindicada el espacio de pronunciarse sobre la versión de los hechos presentada.

Lo anterior, no está regulado en ninguna de las normas procesales de manera concreta. En cambio, si existen, mayores limitantes para la puesta en práctica del principio de contradicción, al momento de incorporar medios probatorios documentales, toda vez, que el Artículo 380 del Código Procesal Penal, que se refiere a la incorporación al debate de “Otros medios de prueba”, establece que:

“Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. El tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de las partes, podrá prescindir de la lectura integral de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial y ordenando su lectura o reproducción parcial. Las cosas y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos en el debate. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales se reproducirán en la audiencia, según la forma habitual.”

Lo que en la práctica sucede, cortando por completo la posibilidad de que el juzgador, tenga una visión completa sobre la diligencia y hecho que se pretende probar.

En estos casos, por la imposibilidad de la reproducción del medio probatorio, es imprescindible que sea conocido en su totalidad el medio practicado para su contención, a través de la lectura del acta respectiva, presentación de dictámenes



periciales o la reproducción del medio audiovisual si existiere, luego de lo cual, en todos los casos, el juez o presidente del tribunal de sentencia, debe propiciar el contradictorio, dando la palabra a la parte sindicada. Aunque como es notorio, este solo podrá realizarse a través de la facultad de declarar del acusado y no podrá ser rebatido por el órgano de prueba en el caso de los testimonios.

5.4. Incorporación de los actos diligenciados mediante anticipo de prueba al debate oral y público

Como se ha señalado, el solo hecho de que ciertos elementos probatorios adquieran la calidad de anticipo de prueba, no les brinda el atributo de convertirse en prueba, para ello, antes deben haber figurado estos elementos probatorios, en el pliego de medios probatorios ofrecidos por el fiscal del caso, en la audiencia que para este fin se realiza en la etapa intermedia del proceso penal.

Sin embargo, como también se ha hecho referencia, el juez contralor, no podrá rechazar la inclusión de estos elementos o medios de prueba revestidos de la calidad de prueba anticipada.

La diferencia que podemos notar respecto de los medios probatorios que fueron obtenidos mediante el diligenciamiento de prueba anticipada, es la forma en que los mismos van a ser presentados ante el juez o tribunal de sentencia e incorporados al debate oral y público.

Ya que, de acuerdo con la forma en que fue diligenciado y documentado el acto investigativo, podrá proponerse como medio documental, medio pericial y también insertado en otros medios de prueba, como medio audiovisual.



Hay que recordar, que la característica principal por la que los elementos probatorios diligencian en calidad de anticipo de prueba es por su condición de irrepetibles, lo que puede ser propiciado por circunstancias materiales, los objetos son percederos o sus condiciones de existencia peligran; o circunstancias personales, que recaen sobre los órganos de prueba de los medios específicos, (testimonial: el testigo o la víctima; pericial: el perito).

Como requisito formal de la celebración de los actos en que se practique anticipo de prueba, el Artículo 318, del Código Procesal Penal, señala que:

“Finalizado el acto, remitirá las actuaciones al Ministerio Público. En el acta se dejará constancia detallada de los motivos que determinaron la resolución.

En los actos de anticipo de prueba testimonial que sean de extrema urgencia, cuando el caso lo amerite y justifique se recibirá la declaración del testigo por videoconferencia u otro medio electrónico con la presencia del defensor de oficio.

En este caso se observará lo regulado en los artículos 218 BIS y 218 TER del presente Código.”

Al respecto, el Artículo 218 TER, relativo al Procedimiento en caso de declaración por medio audiovisual, establece:

“Toda la diligencia deberá ser grabada y debidamente registrada. Una vez concluida la diligencia, el personal autorizado por el órgano jurisdiccional competente que se encuentre en el lugar donde estuviere la persona que tuviere que declarar, accionará acta de la diligencia, misma que deberá ser firmada por todos los presentes y remitida al órgano jurisdiccional que emitió la orden respectiva. Las partes tendrán acceso a los documentos, grabaciones y registros producto de dicha diligencia.”



Integrando lo anterior a la normativa que hace referencia al ofrecimiento de pruebas, podemos diferenciar, que en el Artículo 343 del Código Procesal Penal, se hace referencia al ofrecimiento de medios probatorios, que encuadráramos en su división por especie en: documentales, periciales, testimoniales, científicos, u otros. Misma que se realiza dentro de la fase intermedia y se presenta ante el juez contralor. En este caso, se deberá ofrecer el resultado de la diligencia de anticipo de prueba, como medio documental, individualizando el acta donde quedó contenida la diligencia, y en su caso, también como medio pericial o medio audiovisual, identificando en cada una el elemento en que se encuentre contenida la diligencia, peritaje (que también debe ser individualizado como documento) o soporte audiovisual, disco compacto, unidad de almacenamiento USB, fotografías, u otro.; o en su caso, la diligencia de la cual se espera obtener estos resultados.

Una vez señalada la apertura a juicio, se procederá al ofrecimiento de prueba a que se refiere el Artículo 343 del Código, que establece lo siguiente:

“Al tercer día de declarar la apertura a juicio, se llevará a cabo la audiencia de ofrecimiento de prueba ante el juez de primera instancia que controla la investigación. Para el efecto, se le concederá la palabra a la parte acusadora para que proponga sus medios de prueba, individualizando cada uno, con indicación del nombre del testigo o perito y documento de identidad, y señalando los hechos sobre los cuales serán examinados en el debate. En caso de otros medios de prueba, se identificarán adecuadamente, indicando la forma de diligenciamiento y el hecho o circunstancia que se pretende probar.

Ofrecida la prueba, se le concederá la palabra a la defensa y demás sujetos procesales para que se manifiesten al respecto.



De igual forma se procederá para el ofrecimiento de prueba de los otros sujetos procesales. El juez resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal.”

Una vez iniciado el debate oral y público, corresponde la incorporación de los medios de prueba, posteriormente a la declaración del sindicado, si no se diera el caso de una ampliación de la acusación.

El orden de recepción de prueba que establece nuestra normativa es el siguiente:

- 1) Peritos;
- 2) Testigos; y
- 3) Otros medios de prueba.

Como se indicó, en el caso de la incorporación de los resultados de un anticipo de prueba, como requisito formal, la misma debe constar en acta, por lo que en su orden corresponde incorporarla en el turno de otros medios de prueba. Ello si no existiere participación de perito. Otra circunstancia es que se incorpore dentro del rubro de otros medios de prueba, si la diligencia quedó documentada por medio audiovisual.

La forma en que es conocida esta prueba por el juez o tribunal de sentencia, es mediante la participación del perito, lectura del documento y/o reproducción del medio audiovisual si existiera.

Al respecto, el Artículo 363 del Código Procesal Penal, establece:

“(Lectura). Sólo podrán ser incorporados por su lectura las actas e informes cuando:

- 1) Se trate de la incorporación de una acta sobre la declaración de un testigo o cuando fuere imposible o manifiestamente inútil la declaración en el debate.



- 2) Las partes presenten su conformidad al ordenarse la recepción de la prueba o consientan al no comparecer el testigo cuya citación se ordenó.
- 3) Las declaraciones que se hayan rendido por exhorto o informe, y cuando el acto se haya producido por escrito según la autorización legal.”

En este caso, se aplica lo que al respecto establece el Artículo 380 del Código Procesal penal, del cual ya se hecho referencia, haciendo reflexión, sobre la posibilidad que abre el texto normativo, en cuanto a que el documento no sea leído de manera íntegra.

5.5. Implicancias de llevar a cabo actos de anticipo de prueba en que no participe el sindicado

Como se ha venido ilustrando y guiando la temática investigativa, se considera, que las diligencias de anticipo de prueba, autorizadas en caso de urgencia, en las que no participa el sindicado por no precisar en el momento de la solicitud y diligenciamiento del acto procesal, quien ha de ser la persona sindicada, pone en riesgo el principio, garantía y derecho de defensa de la persona que pueda resultar procesada por el hecho presumiblemente delictivo que se investiga.

Lo anterior, puesto que, para que el derecho de defensa se manifieste y materialice, no solamente debe estar garantizado el nombramiento de un abogado defensor al proceso penal, este debe tener la oportunidad de conocer a la persona sindicada y relacionarse libremente con ella, para conocer la versión de los hechos de la parte acusada y desde allí poder construir las estrategias de defensa que se considere oportunas.

En los procesos en que se suceda el caso en análisis, al estar presente el abogado defensor en la diligencia de anticipo de prueba, únicamente se garantiza la legalidad e inmediación procesal del acto que se lleva a cabo, pero no puede materializarse el principio de contradictorio, pues aún no se ha realizado la imputación o intimación de



los hechos hacia la persona sindicada, lo que pone en manifiesta desventaja a la parte sindicada y persona que pueda resultar acusada, debido a que con esta falencia, no puede producirse el contradictorio, ya que no hay versión opuesta o diferente que defender.

Desde la óptica de la parte acusadora, si los elementos indiciarios que se tienen en un temprano lapso de la etapa investigativa peligran, por su condición material de perecedero o por las circunstancias especiales de los órganos de prueba, que impidan la reproducción del medio probatorio en un momento posterior, es imprescindible en aras de la obtención de información que aporte a construir la verdad histórica y jurídica del hecho, que se realicen las acciones necesarias para obtener los datos y elementos que contribuyan a la comprobación de la hipótesis fiscal y en el caso de que se compruebe en debate, obtener justicia hacia las víctimas o víctima del hecho delictivo.

En este sentido, aunque para la parte acusada, el no estar presente en esta diligencia, por no haberse establecido aún quien será la persona sindicada, puede constituirse en un riesgo, toda vez que debilita y anula en este momento concreto su derecho del contradictorio y garantía constitucional de defensa, el objetivo de obtener elementos probatorios útiles para construir una verdad histórica y objetiva de los hechos, le es también útil por el principio de la comunidad de la prueba, que equilibra este riesgo.

Sin embargo, esta falencia, debe ser apuntalada, según se considera, en la fase de juicio oral, toda vez, que en este momento procesal, ya se tiene conocimiento pleno sobre la identidad del acusado y por ende, la oportunidad de hacer efectivas todas las garantías, derechos y principios que revisten a un proceso penal.

Como por ejemplo en los delitos en que puede practicarse la diligencia judicial de anticipo de prueba de declaración testimonial en donde no se ha individualizado plenamente al sindicado, están los delitos contra la vida; Homicidio, Asesinato cuando el testigo presencial del hecho declara ante juez competente, aporta las características



del sindicato, las circunstancias en que sucedieron los hechos, y a través de dicha declaración se obtiene la identificación plena del sindicato y/o sindicatos.

Además puede practicarse la declaración testimonial en anticipo de prueba cuando la víctima es menor de edad en un delito sexual, declara e indica cómo sucedieron los hechos y la forma en que fue violentada en su intimidad sexual, con sus propias palabras, ando características físicas de su agresor.

Por lo tanto, el momento total de efectivizar el principio del contradictorio que aporte también a la eficacia del derecho de defensa, en cuanto a los resultados obtenidos de la diligencia de anticipo de prueba en la que no participo el sindicato, será el de la incorporación de la documentación de la diligencia, al darse lectura al acta, participación al perito (en su caso) y reproducirse el medio audiovisual si existiere, donde quedó contenida la misma.

En estos casos, se considera, que no puede prescindirse de la lectura íntegra del documento, pues ante la imposibilidad de realizarse contrainterrogatorio para ilustrar en mejor manera al juez o tribunal de sentencia, al menos, debe ser conocida, toda la información que ha quedado escrita, y además, luego de la puesta en conocimiento de esta versión sobre el hecho, debe darse oportunidad procesal al sindicato de realizar su declaración respecto de estos mismos asuntos, si así desea hacerlo.

La declaración del sindicato de delito, es libre, y puede solicitar realizarla en cualquier momento, sin embargo, en los casos de análisis, este derecho, no solamente debe quedar generalizado a su facultad de declarar en cualquier momento, sino debe ser impulsado por la dirección jurisdiccional de juez o tribunal de sentencia.



5.6. Consideraciones respecto de las opiniones recabadas mediante el trabajo de campo

El trabajo de campo se realizó a través de la recopilación de opiniones profesionales de entre un grupo de abogadas y abogados que realizan sus funciones dentro del sector justicia: jueces, fiscales, abogados defensores de oficio y profesionales en ejercicio liberal de la profesión.

La muestra se constituyó de forma aleatoria y el grupo de entrevistados estuvo constituido por 25 personas (Abogadas y Abogados), cuya estratificación se detalla en el siguiente cuadro.

Cuadro 1.

Estratificación de personas encuestadas, mediante sexo y rol de la práctica profesional realizada.

| Profesión: Abogado(a) y Notario(a) | | | |
|---|--------------------|-----------|-----------|
| Rol de la práctica profesional | No. De encuestados | mujeres | hombres |
| Defensores de públicos | 8 | 3 | 5 |
| Fiscales | 9 | 4 | 5 |
| Jueces | 4 | 2 | 2 |
| Abogados(as) en ejercicio liberal de la profesión | 4 | 1 | 3 |
| Total encuestados | 25 | 10 | 15 |

A través de la investigación de campo, se pudo comprobar que el mayor y alto porcentaje de profesionales del derecho consultados consideran que **Sí** se pone en riesgo el principio del contradictorio y garantía del derecho de defensa, al realizarse diligencias de anticipo de prueba en las que no esté presente el sindicado.



El 92% correspondiente a 23 personas considera que sí se pone en riesgo el principio del contradictorio y la garantía constitucional del derecho de defensa como forma de revertir los hechos imputados, cuando se realiza una diligencia de anticipo de prueba en la que NO participa el sindicado. Solamente el 8%, correspondiente a 2 personas consideran lo contrario. Lo cual justifican, exponiendo que si no están presentes los sindicados en la práctica de la diligencia, no pueden indicar si los indicios o versiones expuestas son o no concordantes con lo acaecido.

Respecto a las consecuencias que produce la práctica de anticipo de prueba sobre los elementos probatorios, se consultó lo siguiente: *¿Piensa que las diligencias de anticipo de prueba, revisten a las acciones realizadas de intermediación procesal o de valoración jurisdiccional?* Encontrándose que el 48% de las respuestas, correspondiente a 12 personas, considera que las diligencias se revisten de valor jurisdiccional. Y el 52% de las respuestas, correspondiente a 13 personas, considera que el anticipo de prueba, reviste a las diligencias realizadas de intermediación procesal, indicando que en esta etapa no se produce la valoración de la prueba.

Es interesante analizar los porcentajes, pues son muy cercanos. Lo que nos revela, que para un buen grupo de Abogados, el anticipo de prueba, ya tiene un valor probatorio, lo que supone que en este caso, no ameritaría su contradicción en debate. Razón quizá, de que en la práctica, se solicite por las partes, al Juez o Tribunal de sentencia, únicamente reproducir sucintamente la práctica de la diligencia documentada.

Esta falencia teórica, puede ocasionar, que no se visibilice la disminución de la garantía constitucional del derecho de defensa, cuando en las diligencias de anticipo de prueba no se cuente con la presencia del sindicado, en mayor medida, cuando el sindicado aún no ha sido individualizado.



Consultados los profesionales encuestados sobre su experiencia, respecto a la forma en que son incorporados los resultados de las diligencias de anticipo de prueba al debate oral y público, se obtuvo las siguientes consideraciones:

Cuadro 2.

| Pregunta | Respuestas | | | |
|---|----------------|--------------------------------------|---|-------|
| | POR SU LECTURA | REPRODUCCIÓN DE MEDIOS AUDIOVISUALES | POR SU LECTURA Y REPRODUCCIÓN DE MEDIOS AUDIOVISUALES | OTROS |
| De acuerdo a su experiencia, para introducir las diligencias de anticipo de prueba al debate oral y público, que procedimiento es el que realiza el Juez o Tribunal de Sentencia? | 11 | 2 | 4 | 8 |

Entre las respuestas dadas mencionadas como otros, se señaló por los profesionales: “investigación suplementaria”, “verificación del juez natural”, “es imposible reproducir esa diligencia”, “valoración de la prueba”, “primero admisión y la cadena de custodia”, “como prueba nueva”, “dándole valor probatorio al anticipo de prueba”, y una entrevista en la que no se colocó respuesta.

Algunos de los encuestados, ahondaron al explicar que en excepcionalmente se prescinde de la lectura de los documentos. Esta respuesta se ve sustentada según lo que establece el Artículo 380 del Código Procesal Penal, que literalmente preceptúa “El tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de las partes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial y ordenando su lectura o reproducción parcial.”



Con ello vemos expuesto un factor incidente sobre el problema investigativo desarrollado, puesto que al no producirse el controvertido por su imposibilidad al momento de realizarse diligencia de anticipo de prueba, por no tenerse aún individualizado al imputado, debe procurarse que el mismo se desarrolle en la fase de juicio oral, momento idóneo identificado de acuerdo al análisis doctrinal y jurídico realizado. De no producirse en esta etapa, por prescindirse de la lectura o reproducción de los medios probatorios, se ve debilitado o anulada la garantía y derecho de defensa.

Esto apoya la hipótesis planteada, en tanto, es en la fase de juicio oral, en la que puede y debe producirse el controvertido, respecto de los hechos diligenciados en Anticipo de Prueba, de los cuales no tuvo conocimiento el sindicado, sea por no haber participado o porque en el tiempo en que fue practicada la diligencia, aún no se conocía quien habría sido el procesado.

Respecto de esta posición, al ser consultados los profesionales encuestados, que señalaron que la incorporación de lo diligenciado mediante anticipo de prueba se realiza mediante la incorporación por su lectura de los documentos y reproducción de medios audiovisuales (17 personas), y si a través de esta forma se hace efectivo el principio del contradictorio y la garantía constitucional del derecho de defensa como forma de revertir los hechos imputados, el 56% correspondiente a 10 personas, señalaron que no, y el 44% restante, correspondiente a 7 personas, piensan que si se hacen efectivos este principio, garantía y derecho.

Llama la atención, que se haya hecho referencia a que en estos casos (incorporación por su lectura o reproducción de medios audiovisuales), los jueces no propugnen por el contradictorio.

En la consulta sobre si es posible revertir los hechos imputados cuando se incorporan medios de prueba diligenciados como anticipo de prueba, en la que no estuvo presente el sindicado, y no se produce el contradictorio luego de incorporadas las diligencias por



su lectura en la audiencia del juicio, un 56% correspondiente a 14 personas, señalaron que no, y el 44% restante, correspondiente a 11 personas, piensan que si es posible revertir los hechos imputados, resaltando la opinión, que en todo caso, la defensa debe hacer efectivo su derecho de protesta para dar cabida a la posibilidad de presentar un recurso de apelación especial.

También les fue consultada la siguiente interrogante: *¿Cuál cree que sería la forma adecuada de garantizar el contradictorio y la garantía constitucional del derecho de defensa como forma de revertir los hechos imputados, al momento de incorporar diligencias de anticipo de prueba en las que no participó el sindicado, en la audiencia de juicio oral?*

Donde resalta la opinión, sobre la participación del sindicado, luego de la reproducción y lectura de los documentos escritos y audiovisuales, para lo cual se menciona la emisión de una circular por parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la que se instruya a los jueces de sentencia, sobre este aspecto. Es decir, propiciar la declaración del sindicado de manera taxativa y no tácita sobre este derecho.

Esta propuesta afirma lo abordado en este análisis investigativo, respecto a que es imprescindible que todos los medios probatorios sean debidamente controvertidos en juicio a través de las reglas de la contradicción o contradictorio, para no poner en riesgo el derecho de defensa de las personas que resulten sindicadas de delito.



5.7. Consideraciones respecto de la comprobación de la hipótesis investigación

Finalmente, al evaluar la hipótesis planteada, que puntualiza el extremo que “Aunque la diligencia de anticipo de prueba se encuentra revestida por las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, en los casos en que se lleve a cabo sin que se conozca quien ha de ser el imputado, será en la etapa del juicio oral, donde de manera plena y manifiesta se desarrolle el principio de contradictorio”, se concluye en que la misma ha sido comprobada, no solo doctrinariamente, sino a través de los datos empíricos recogidos a través del método de encuesta.

Puntualmente se puede mencionar, que la fase de debate oral y público, tiene por objeto la valoración de los medios de prueba y está regida principalmente por el principio de contradicción. En esta fase, ya existe plena identificación de las partes, por lo que las mismas, tienen la facultad y garantía de hacer efectivos sus derechos.

Para el caso de las diligencias llevadas a cabo en calidad de anticipo de prueba, no existe otra oportunidad procesal o momento dentro de la sustanciación del proceso en que pueda darse el controvertido más que en la etapa del juicio, puesto que es en esta en la que tanto la versión y hechos documentados mediante la diligencia de anticipo de prueba, pueden ser contradichos por el acusado de la comisión ilícita.

Como se señaló, una vez realizada la diligencia de anticipo de prueba y documentados sus resultados, la misma queda revestida de inmediación procesal, lo que le brinda además idoneidad para ser admitida como medio probatorio. Por esta razón no puede ser rechazada por el juez contralor en la fase intermedia (en la que dicho sea de paso, también se encuentra plenamente identificada la parte acusada), misma en la que la defensa técnica, podría hacer uso del contradictorio para desvirtuar su pertinencia y utilidad en la fase de juicio oral.



De manera empírica, el trabajo de campo, apoya la comprobación de la hipótesis, dado que en un mayor porcentaje, el grupo de profesionales encuestados, coincidió con las apreciaciones personales y teóricas planteadas en el plan de investigación base de este análisis investigativo.



CONCLUSIONES

- 1) Los casos de urgencia en que deba diligenciarse un anticipo de prueba sin la presencia del sindicado, por no saberse aún quien ha de ser esa persona, se justifican ante la necesidad procesal de obtener elementos que aporten a la verificación y establecimiento de la verdad jurídica de los hechos presumiblemente delictivos, no obstante, limitan el derecho de defensa de la parte acusada.
- 2) El principio de defensa del proceso penal y el de contradictorio del derecho probatorio, son complementarios, toda vez, que no puede hacerse efectiva la garantía y derecho de defensa, si no es posible debatir las versiones de las partes a través del contradictorio.
- 3) La falencia o falta de oportunidad de realizar el controvertido en las diligencias de anticipo de prueba en las que no participa el sindicado, mayormente en los casos en que aún no se sabe quién resultará serlo, debe realizarse una reforma a la norma procesal en el sentido que cuando, se de un anticipo de prueba sin la presencia del sindicado en dicho acto, debe darse la oportunidad en el debate oral y público al momento de reproducir dicha prueba que, el sindicado y su defensa puedan examinar los hechos, a manera que se cumpla plenamente el derecho defensa y principio del contradictorio del proceso penal





BIBLIOGRAFÍA

Alimena, Bernardino: *Principios de Derecho Penal*. Madrid, España, Librería de Victoriano Suárez. 1915.

Arango Escobar, Julio Eduardo: *Valoración de la prueba en el Proceso Penal*. Guatemala, Fundación Mirna Mack, , 2001.

Arocha Mortón, Carlos: *Crítica a la dogmática jurídico penal*. Distrito Federal, México, Editorial Porrúa S.A. 1982.

Bacigalupo, Enrique: *Principios de derecho procesal penal*. Argentina, Editorial Artemis y Edinter., 2001.

Barrientos Pellcer, César Crisóstomo: *Consideraciones para la evaluación de la reforma procesal penal centroamericana desde la perspectiva del debido proceso*. Folleto informativo sin referencia editorial ni fecha.

Barrientos Pellecer, César: *El proceso penal en Guatemala*. Guatemala, Editorial Magna Terra, 1993.

Beccaria, César: *De los delitos y de las penas*. Traducción al castellano de César Cantil. Madrid, España, 1879.

Bernand Mainar, Rafael: *Curso de derecho privado romano*. Caracas, Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, 2001.

Bernal Cuellar, Mime; y Montealegre Lynett, Eduardo: *El proceso penal*. Universidad Externado de Colombia, 1995.



Binder, Alberto.: *El proceso penal*. Editorial Ilanud. Guatemala, 1993.

Binder, Alberto. *Problemas de derecho procesal penal*. Argentina, Editorial Artemis y Edinter. Buenos Aires, 2001.

Borja Niño, Manuel A: *La prueba en el derecho colombiano*. Colombia, Tomo I. Sistemas & Computadores Ltda. Bucaramanga, 1999.

Chavez Monge, Juan Manuel: *El uso de los idiomas nacionales en las actuaciones y resoluciones dentro del expediente judicial en materia penal*. Tesis para optar al grado de licenciatura. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus de Quetzaltenango. Universidad Rafael Landívar. Quetzaltenango, Guatemala, 2014.

Cafferata Nores, José: *Relaciones entre el derecho penal y el derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina Editorial Depalma., 1997.

Creus, Carlos.: *Derecho procesal penal*. Distrito Federal México, Editorial Porrúa S.A., 1980.

Castellanos Tena, Fernando: *Lineamientos elementales de derecho procesal penal*. Distrito Federal, México, Editorial Porrúa S.A. 1981.

Damaska, Mirjan R: *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1986.

Devis Echandia, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*. Buenos Aires, Argentina, Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994.

Devis Echandia, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Víctor P. De Zavalía - Editor. 1970.



De León Velasco, Héctor: *La práctica procesal penal en Guatemala*. Guatemala, Editorial Praxis., 1979.

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bondrés. Editorial Trotta. Madrid, España, 1995.

Foucault, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, España, Editorial Gedisa. 1980.

Framarino Dei Malatesta, Nicolás: *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá, Colombia, 4ª ed. Editorial Temis. 1999.

Gerahard, Walter: *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá, Colombia, Editorial Temis Librería, 1985.

Gimeno Sendra, Vicente: *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid, España, Editorial Cóllex. 2001.

Hassemer, Winfried: *Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, No. 14, Año 9.

Herrarte Lemus, Alberto: *Apuntes de derecho procesal penal guatemalteco*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Lude S.A. 1998.

Ibañez de Aldecoa: *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del derecho procesal*. Buenos Aires, Argentina, 1954.



Igartua Salaverría, Juan: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch. 1995.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG); Programa de Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD); Organización Intereclesiástica Para Cooperación al Desarrollo (ICCO): *Manual de Derecho Procesal Penal I*. Guatemala, Guatemala, Editorial Serviprensa S.A. 2003.

López Baria de Quiroa, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid, España, Editorial Akal. 1989.

Lorca Navarrete, Antonio María: *Derecho procesal penal*. Madrid, España, Editorial Tecnos. 1988.

Maier, Julio: *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma. 1988.

Malinowski, Bronislaw: *Crimen y Castigo en la Sociedad Salvaje*. España, Editorial Planeta- Agostini. 1985.

Manzini Vicencio: *Tratado de derecho procesal penal*. . Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar S.A.1988.

Moscoso Maldonado, Claudia Marisol: *Rol del psicólogo forense en el proceso penal guatemalteco*. Presentación docente. Capacitación para personal del Ministerio Público, UNICAP-SPC MP, Guatemala, 2012.

Nino, Carlos.: *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Bosch. 1998.



Par Usen, José Mynor: *El juicio oral en el proceso penal guatemalteco*. Guatemala, Guatemala 2ª. Edición, Tomo I. Centro Editorial Vile., 1999.

Parra Quijano, Jairo: *Manual de derecho probatorio*. 15º edición ampliada y actualizada. Bogotá, Colombia, Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2006.

Pellegrini Grinover, Ada: *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*. No. 10, Año 7, septiembre de 1995.

Ossorio, Manuel: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar Heliasta S.R.L. 1981.

Stein, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*. Pamplona, España, Ediciones Universidad de Navarra S.A. 1973.

Vela, David: *Justicia penal y sociedad, "Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston"*. Guatemala, En Revista Guatemalteca de Ciencias Penales. 1991.

Zaffaroni, Eugenio Raúl.: *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina, Primera edición, Ediar. 2009.

Zaffaroni, Eugenio: *Tratado de derecho penal parte general*. Buenos Aires, Argentina. Ediar.



Referencias Web:

Alfaro Valverde, Luis Genaro.: Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal.

http://www.academia.edu/5503647/Derecho_Fundamental_a_la_Prueba

Armenta Deu, Teresa.: *“Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?”*. Marcial Pons editores, Madrid, Barcelona, España y Buenos Aires, Argentina, 2012. Pág. 11. Versión digital, disponible en:

<https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689137.pdf>

Balcázar, Leonardo D.: *Sistema inquisitivo. Garantías: ¿tortura y confesión?* Documento disponible en: <http://www.galeon.com/elojodelleguleyo/productos1249049.html>

Bentham, Jeremías.: *Tratado de las pruebas judiciales*. Tomo I. Compilación por Esteban Dumont, traducción de Don José Gómez de Castro. Imprenta de Don Tomas Jordán. Madrid, España, 1835. Disponible en:

http://books.google.com.gt/books?id=TRFMkzCl_SQC&pg=PA22&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false

González Zurita, Israel.: El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio-adversarial. Artículo disponible en:

<http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones/revista55JSL/EL%20PRINCIPIO%20DE%20CONTRADICCION%20EN%20EL%20SISTEMA%20PROCESAL%20ACUSATORIO-ADVERSARIAL.pdf>

Luviano González, Rafael.: *Reflexiones sobre la Historia del Derecho Penal*. En Estudios de Historia del Derecho y de las Instituciones. Coordinadores: Oscar Cruz Barney; Teresa Da Cunha Lopes; Cuauhtémoc Manuel De Dienheim Barriguete; M^a Teresa Vizcaíno López. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad



Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Morelia, abril 2009. Disponible en:
[http://www.academia.edu/3654840/Estudios de Historia del Derecho y de las Instituciones](http://www.academia.edu/3654840/Estudios_de_Historia_del_Derecho_y_de_las_Instituciones)

Machicado, Jorge.: ¿Que es una Garantía? Artículo disponible en:
http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia_4536.html#sthash.EWfWaG8G.dpuf

Nisimblat, Nattan.: *Derecho Probatorio. Principios y medios de prueba en particular.* Posgrados Universidad Católica de Colombia. Disponible en:
http://nisimblat.net/images/LIBRO_DERECHO_PROBATORIO_-5.pdf

Nisimblat, Nattan.: *Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia.* Disponible en:
http://nisimblat.net/images/los_principios_rectores_del_proceso_por_nattan_nisimblat.pdf

Quisbert, Ermo.: *Introducción al Derecho Procesal Orgánico.* 2010. Documento disponible en: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/03/idpo.html>

Ramírez, Esvin.: *Temario de derecho procesal penal.* Publicación disponible en:
<http://www.monografias.com/trabajos76/temario-derecho-procesal-penal/temario-derecho-procesal-penal2.shtml>

Tijerino Pacheco, José María.: *Debido proceso y pruebas penales.* Conferencia dictada el 29 de octubre de 1992 en el seminario “El indígena frente al sistema penal: cuestiones probatorias”, celebrado en la Paz, Bolivia. Artículo disponible en:
<http://legal56.blogspot.com/2010/02/debido-proceso-y-pruebas-penales.html>

Valencia Restrepo, Hernán.: La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 36, No.

106, Págs. 69-124. Medellín, Colombia, 2007. Pág. 69. Disponible
<http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2367495.pdf>.



Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
- Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.
- Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.



ANEXOS





A. Modelo de encuesta utilizada.



USAC

Maestría en Derecho Penal

Nombre: _____

Profesión: _____

Práctica profesional: Relación de dependencia Ejercicio liberal

Rol que ha desempeñado en el ámbito penal: Defensa Acusador/Querellante Ambos

1) ¿Cree usted que se pone en riesgo el principio del contradictorio y la garantía constitucional del derecho de defensa como forma de revertir los hechos imputados, cuando se realiza una diligencia de anticipo de prueba en la que **NO** participe el sindicado?

Sí

No

2) ¿Piensa que las diligencias de anticipo de prueba, revisten a las acciones realizadas de intermediación procesal o de valoración jurisdiccional?

a) Intermediación procesal

b) Valoración jurisdiccional

3) De acuerdo a su experiencia, para introducir las diligencias de anticipo de prueba al debate oral y público, ¿que procedimiento es el que realiza el Juez o Tribunal de Sentencia?

a. _____

4) ¿Considera que a través del procedimiento que ha señalado, se hace efectivo el principio del contradictorio y la garantía constitucional del derecho de defensa como forma de revertir los hechos imputados?

Sí

No

5) En su opinión, ¿es posible revertir los hechos imputados cuando se incorpora por su lectura una diligencia llevada a cabo como anticipo de prueba, en la que no estuvo presente el sindicado, y no se produce el contradictorio luego de incorporadas las diligencias por su lectura en la audiencia del juicio?

Sí

No

6) ¿Cuál cree que sería la forma adecuada de garantizar el contradictorio y la garantía constitucional del derecho de defensa como forma de revertir los hechos imputados, al momento de incorporar diligencias de anticipo de prueba en las que no participó el sindicado, en la audiencia de juicio oral?

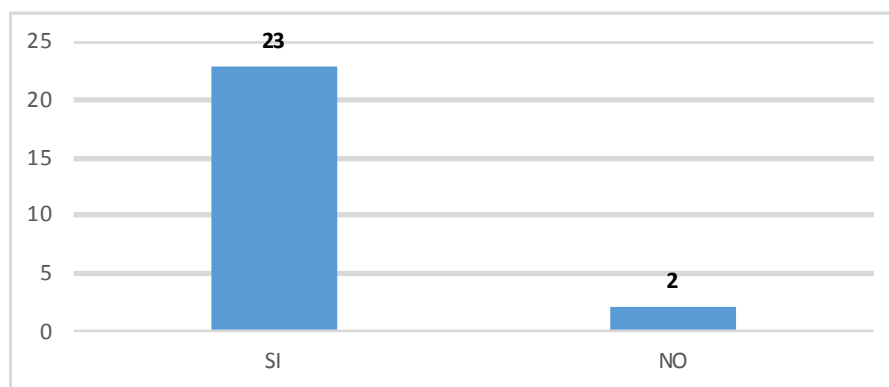
A. Gráficas de resultados de opinión.

Pregunta 1.

¿Cree usted que se pone en riesgo el principio del contradictorio y la garantía constitucional del derecho de defensa como forma de revertir los hechos imputados, cuando se realiza una diligencia de anticipo de prueba en la que NO participe el sindicado?

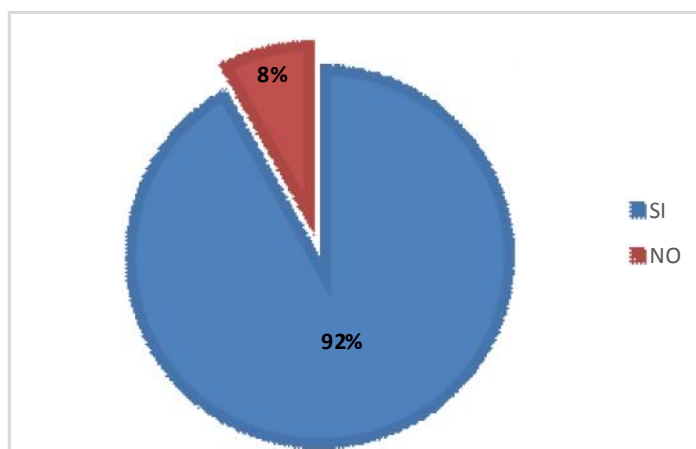
Gráfica. 1.

Número de opiniones representando igual cantidad de personas encuestadas.



Gráfica. 2.

Número de opiniones representada en porcentajes.

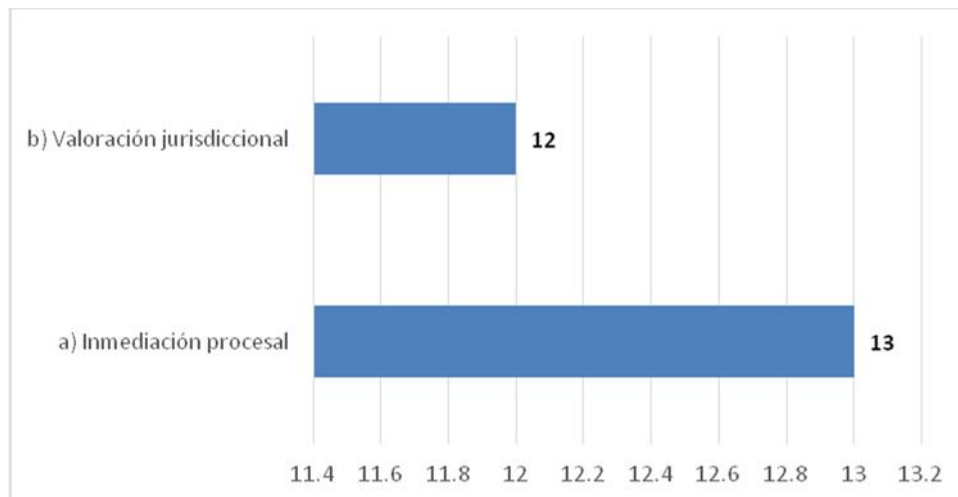


Pregunta 2.

¿Piensa que las diligencias de anticipo de prueba, revisten a las acciones realizadas de intermediación procesal o de valoración jurisdiccional?

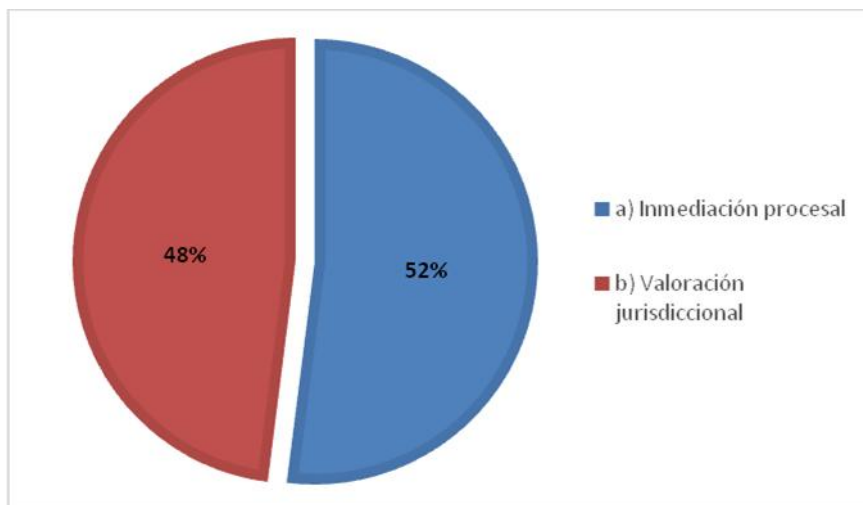
Gráfica. 1.

Número de opiniones representando igual cantidad de personas encuestadas.



Gráfica. 2.

Número de opiniones representada en porcentajes.

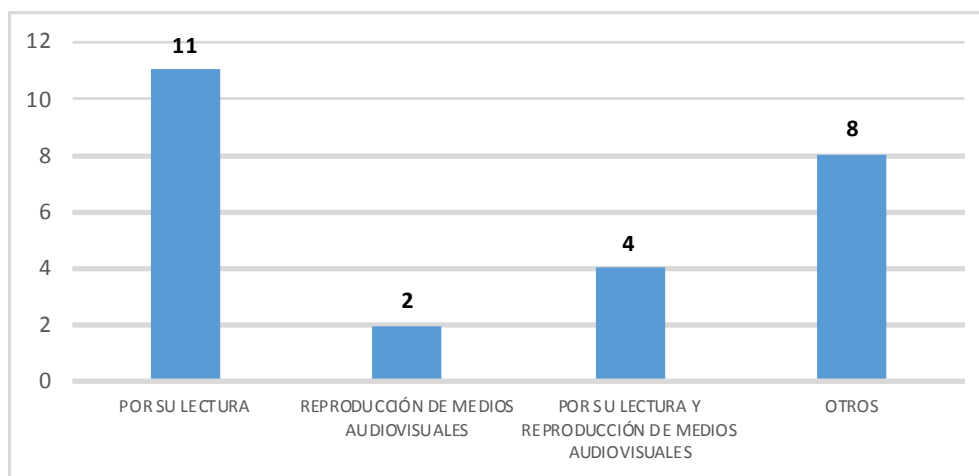


Pregunta 3.

De acuerdo a su experiencia, para introducir las diligencias de anticipo de prueba al debate oral y público, ¿qué procedimiento es el que realiza el Juez o Tribunal de Sentencia?

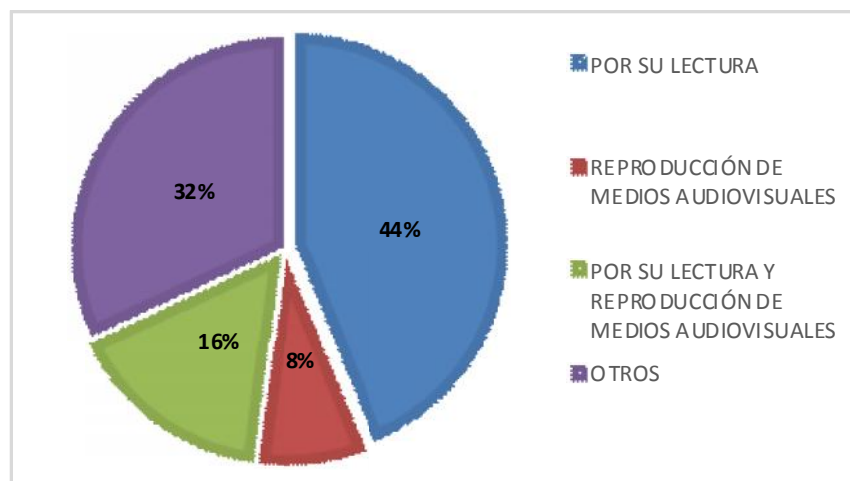
Gráfica. 1.

Número de opiniones representando igual cantidad de personas encuestadas.



Gráfica. 2.

Número de opiniones representada en porcentajes.

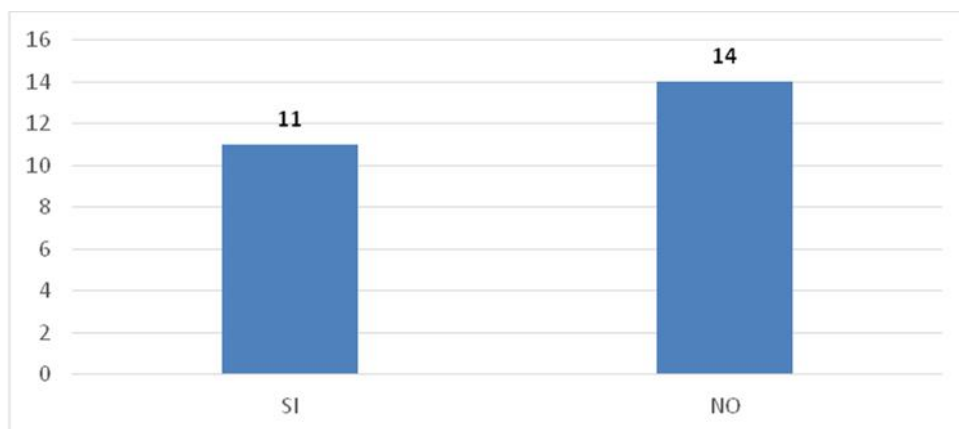


Pregunta 4.

¿Considera que a través del procedimiento que ha señalado, se hace efectivo el principio del contradictorio y la garantía constitucional del derecho de defensa como forma de revertir los hechos imputados?

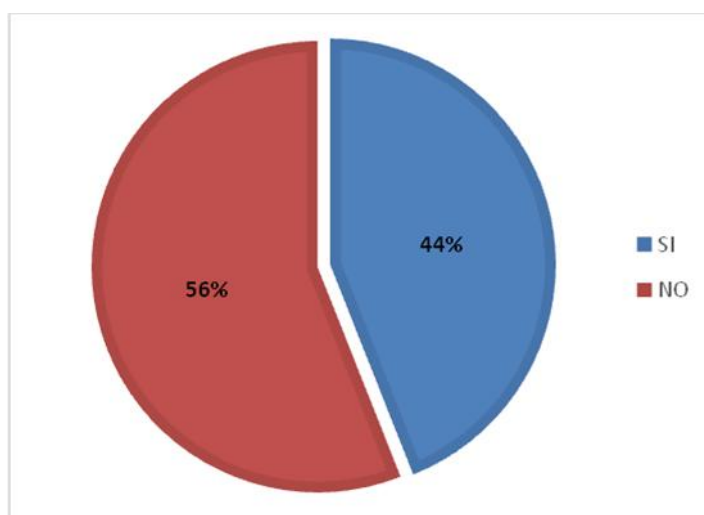
Gráfica. 1.

Número de opiniones representando igual cantidad de personas encuestadas.



Gráfica. 2.

Número de opiniones representada en porcentajes.

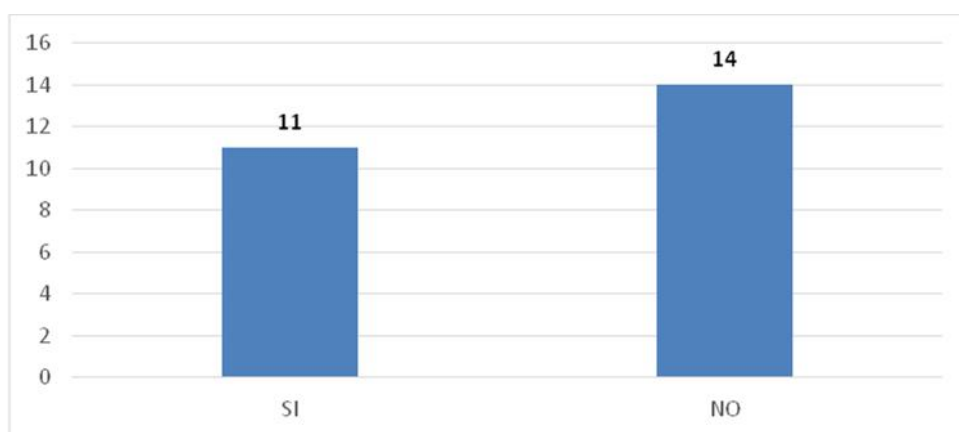


Pregunta 5.

En su opinión, ¿es posible revertir los hechos imputados cuando se incorpora por su lectura una diligencia llevada a cabo como anticipo de prueba, en la que no estuvo presente el sindicado, y no se produce el contradictorio luego de incorporadas las diligencias por su lectura en la audiencia del juicio?

Gráfica. 1.

Número de opiniones representando igual cantidad de personas encuestadas.



Gráfica. 2.

Número de opiniones representada en porcentajes.

