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

LA NECESIDAD DEL REPLANTEAMIENTO NORMATIVO DEL NUMERAL 4 EL ARTÍCULO 437 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL RELATIVO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO CASO DE PROCEDENCIA DE CASACIÓN FRENTE A LA DEFINITIVIDAD

LICENCIADO

MILTON GUILLERMO MIRANDA RAMÍREZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2016

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

LA NECESIDAD DEL REPLANTEAMIENTO NORMATIVO DEL NUMERAL 4 EL ARTÍCULO 437 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL RELATIVO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO CASO DE PROCEDENCIA DE CASACIÓN FRENTE A LA DEFINITIVIDAD

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Licenciado

MILTON GUILLERMO MIRANDA RAMÍREZ

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

MAESTRO EN DERECHO PENAL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, octubre de 2016

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

DECANO:	MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urízar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	MSc. Ovidio David Parra Vela
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. Luis Fernando Ruiz
VOCAL:	Dra. Juana Solís Rosales
SECRETARIA:	M.A. Sonia Doradea

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, 12 de junio de 2,013.

SEÑOR DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POST GRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

En cumplimiento de resolución emanada de su despacho, procedí a ejercer la tutoría académica y revisión de la investigación efectuada por el estudiante de maestría en Derecho Penal, licenciado **Milton Guillermo Miranda Ramírez,** en relación a su trabajo de tesis titulado:

"La necesidad del replanteamiento normativo de la prejudicialidad como caso de procedencia de casación frente a la definitividad"

En relación al trabajo relacionado me permito manifestar que responde a las exigencias del normativo de tesis de esta casa de estudios, por lo que considero la investigación actualizada, y aunque he respetado durante la asesoría del trabajo relacionado las opiniones y argumentaciones del maestrante, se le ha orientado como corresponde en relación al tema que desarrolló.

Asimismo la forma de elaboración del trabajo incluido su titulo el cual fue modificado fue ampliamente discutido, aun y cuando se desarrollo con el estilo particular del maestrante; Se acepta la propuesta tomando en consideración que constituye un pensamiento crítico sobre la forma en que se ha interpretado por las autoridades judiciales la interposición del recurso de casación cuando la prejudicialidad ha sido discutida en las dos instancias, y esta interpretación sin ser desafiada es confrontada con la doctrina moderna respectiva, extremo que respalda la investigación, y permite calificar la exposición como clara, lógica y coherente.

En consecuencia considero que el trabajo de tesis reúne los requisitos para su discusión en examen y continuación de trámite, por cuanto también fueron motivo de revisión las referencias bibliográficas las cuales considero exactas principalmente la corriente doctrinaria argentina que ha influenciado la legislación procesal penal guatemalteca, por lo que me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE.**

Sin otro particular:
"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Augusto Eleazar López Rodríguez

ELEAZAR LOPEZ RODRIGUEZ
ABOGADO
NOTARIO
Colegiado 2,975

Guatemala, 8 de octubre de 2014

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:

LA NECESIDAD DEL REPLANTEAMIENTO NORMATIVO DEL NUMERAL 4 EL ARTÍCULO 437 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL RELATIVO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO CASO DE PROCEDENCIA DE CASACIÓN FRENTE A LA DEFINITIVIDAD

Esta tesis fue presentada por el Lic. Milton Guillermo Miranda Ramírez, 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
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
Colegiada 1,450

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARÍA DE POSGRADO
MAESTRÍAS: ☐
RECIBIDO
31 MAR. 2016
DOCTORADO: ☐
HORA: FIRMA

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 JURÌDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, once de abril de dos mil dieciséis.----------

En vista de que el Lic. Milton Guillermo Miranda Ramírez, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal,** lo cual consta en el acta número 032-2013 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **"LA NECESIDAD DEL REPLANTEAMIENTO NORMATIVO DEL NUMERAL 4 EL ARTÍCULO 437 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL RELATIVO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO CASO DE PROCEDENCIA DE CASACIÓN FRENTE A LA DEFINITIVIDAD".** 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"

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES USAC DIRECCIÓN

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

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

DEDICATORIA

A JEHOVÁ: DIOS de mi salvación porque sín el nada soy y nada tengo, y todo lo bueno que he recibido ha sido de su mano habiéndose gestado previamente en su corazón, gracias por el regalo de la vida Eterna, y todo lo demás que es añadido pero importante, A EL SEA LA GLORIA Y EL HONOR POR SIEMPRE.

A MIS PADRES: Guillermo Esteban Miranda Minchez y Regina Ramírez Archila Por situarme en el camino correcto del cual no me aparto y de quienes digo que si Dios me hubiere permitido elegirlos con convicción los hubiere elegido, son parte fundamental en cada éxito en mi vida, gracias por los valores que me inculcaron los que me hacen vivir satisfecho y con la frente en alto, gracias por enseñarme a que los valores y principios no se cambian, Dios me conceda poder disfrutarlos muchos años más.

A MI ESPOSA Silvia Violeta de León Santos El Amor de mi Vida, con quien he decidido envejecer y realizar proyectos de vida, gracias por tu amor, por tu lucha incansable de que tu familia esté bien, por ser consistente en lo que dices y haces, por la convicción con la que manejas tu vida y nos transmites, y porque pese a lo delicado de tu trabajo no has perdido la ternura con nosotros y tu apoyo en este triunfo ha sido fundamental.

A MIS HIJOS Adriana Sofía, Silvia Alejandra, Luis Guillermo Gabriela Rocío. Son el perfecto reflejo de la bondad de Dios en mi vida, se han convertido en la razón de mi esfuerzo, y a la vez la razón de que los momentos difíciles de mi vida sean efímeros e intrascendentes al fin, aparte de mi salvación nada iguala la felicidad que han traído a mi vida, espero ser el padre que necesitan y que me superen en objetivos y logros, pero fundamentalmente en el amor y temor a Dios.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

A MIS HERMANOS Edwin Eulices, Jairo David Y Víctor Hugo, porque todo lo vivido juntos y lo que nos resta por vivir es un regalo divino para mí, se lo que serían capaces de hacer por mí y eso me hace sentir privilegiado, gracias por estar siempre conmigo y cuidar de nuestros padres, por sufrir mis adversidades y gozar mis triunfos con la misma intensidad, el sentimiento de unidad que Dios puso en ustedes motiva mi vida diaria.

A MIS TIOS,TIAS PRIMOS Y PRIMAS: Con mucho cariño, cada uno de ustedes tiene un lugar especial en mi vida, describir lo especial que ha sido cada uno de ustedes es una larga tarea.

A MIS AMIGOS: Cuyos nombres no menciono porque se saben y sienten aludidos y más que decirlo se han mostrado como amigos, y están identificados con mi alegría de este objetivo alcanzado, compartir con ustedes ha aportado a mi desarrollo como persona y profesional, agradezco su lealtad y la solidaridad mostrada, incluyo aquí a quienes han colaborado conmigo.

Y ESPECIALMENTE: A la tricentenaria y gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a mi Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales con mucha gratitud por formarme en dos etapas de mí vida profesional.

ÍNDICE

Introducción. ..... Pág.

CAPÍTULO I

1. La acción penal..... 5
   - 1.1. El poder penal del Estado..... 5
   - 1.2. Definición de acción penal..... 6
   - 1.3. La persecución penal..... 11
   - 1.4. Antecedentes históricos de la acción..... 14
   - 1.5. La acción penal pública..... 15
   - 1.6. Legalidad..... 18
   - 1.7. Principio de oportunidad..... 18
   - 1.8. Sistemas para el ejercicio de la acción penal..... 20
     - 1.8.1. Delitos de acción pública..... 21
     - 1.8.2. Delitos de acción pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal..... 21
     - 1.8.3. Delitos de acción pública..... 25
   - 1.9. Característica de la acción penal..... 26
   - 1.10. Independencia de la acción penal de la acción civil y sus diferencias... 28
   - 1.11. Extinción de la persecución penal..... 31

CAPÍTULO II

2. Obstáculos al ejercicio de la acción penal..... 33
   - 2.1. Naturaleza jurídica de los obstáculos para la persecución penal..... 34
   - 2.2. La cuestión prejudicial..... 35
   - 2.3. La prejudicialidad en la doctrina..... 36
   - 2.4. Naturaleza jurídica..... 41
   - 2.5. Antecedentes históricos..... 41

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

2.6. Breves antecedentes históricos de la cuestión prejudicial en Guatemala..... 43
2.7. Clasificación doctrinal de la cuestión prejudicial..... 45
2.8. La cuestión prejudicial sustantiva..... 48
2.9. Regulación legal de la cuestión prejudicial en Guatemala..... 49
2.10. Trámite de la cuestión prejudicial en Guatemala, doctrina de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de la Constitucionalidad relacionadas con la procedencia de casación sobre obstáculos a la persecución penal..... 51

CAPÍTULOS III

3. La definitividad en el proceso penal..... 55
3.1. La definitividad como caso de procedencia de casación..... 56
3.2. Diferencia entre la definitividad en caso de procedencia de recurso de casación y el principio de definitividad..... 58
3.3. Resolución definitiva..... 61
3.4. Regulación legal, interpretaciones actuales, breve explicación de la casación..... 66

CAPÍTULOS IV

4. La casación penal..... 69
4.1. Definición..... 69
4.2. Caracteres del recurso de casación..... 71
4.3. Historia del recurso de casación..... 72
4.4. Principios constitucionales de la casación..... 74
4.5. Casación en el proceso penal guatemalteco..... 75
4.5.1. Procedencia del recurso de casación..... 77
4.5.2. Sujetos legitimados en el proceso..... 79

4.5.3. Impugnabilidad objetiva..... 82
4.5.4. Impugnabilidad subjetiva..... 82
4.5.5. Principio de taxactividad..... 83
4.5.6. Estructura de la norma jurídica..... 83
4.5.7. Aplicabilidad de la norma jurídica y estructura lógica de la sentencia..... 84
4.5.8. Normas absolutas y normas discrecionales..... 87
4.6. Casos de procedencia del recurso de casación..... 88
4.7. La casación frente a la definitividad..... 92
4.8. La acción idónea al resolver la cuestión prejudicial..... 92
4.9. La casación penal diferencia con la casación civil..... 99
CONCLUSIONES..... 105
RECOMENDACIONES..... 107
BIBLIOGRAFÍA..... 109
ANEXO..... 113

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARÍA
Reg. 21

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

INTRODUCCIÓN

La motivación para realizar el presente trabajo surge de la necesidad de haber identificado un vacío de ley relacionado con la procedencia del recurso de casación contra resoluciones de segundo grado que resuelven incidentes y especialmente la prejudicialidad. El vacío a que se hace referencia genera problemas prácticos de aplicación que desembocan en provocar que las autoridades judiciales encaradas de aplicar la norma legal correspondiente irrumpan en efectuar tareas legislativas y crear sus propios supuestos de hecho, lo cual constituye una amenaza para el debido proceso.

Entiendo perfectamente que la información sobre la prejudicialidad que brindan los Artículos 291 y 292, del Código Procesal Penal, no son suficientes para generar claridad acerca de la institución de mérito, y el Artículo 437 del mismo código en su numeral cuarto, último párrafo con mayor razón, en lugar de reflejar claridad, más que obligar a interpretar, obliga a especular, lo cual genera caos. Si bien es cierto la autoridad que conoce del recurso de casación ha aplicado su propia doctrina para resolver este tipo de vacíos, empero, como ya se indicó, la forma de hacerlo genera inconformidad porque raya en los límites establecidos entre crear doctrina e interpretar versus legislar, tarea que le es absolutamente prohibida.

En el contexto de referencia, sin pretender arrogarme la solución para este problema, en el presente trabajo se propone que, en lugar de aceptar que la cámara penal de la Corte Suprema de Justicia determine en qué casos procede y en qué casos no procede la casación, en el plano de interposición por supuesto, pueda existir un replanteamiento normativo vía reforma o adición a los artículos relacionados con la prejudicialidad, y que la autoridad relacionada se limite a interpretar y aplicar, mas no a generar supuestos he hecho.

Las consideraciones precedentes sugieren que el tema de la prejudicialidad debe ser objeto de análisis y debate para determinar si es nuestro sistema procesal tiene el mismo significado de su naturaleza jurídica, lo cual no puede determinarse con el

conocimiento empírico, ya que precisa de una discusión académica con el fin de brindarle el aporte social que los trabajadores de investigación están llamados a satisfacer.

El problema que se ha identificado no surge aislado en el momento de interponer un recurso de casación sino el tema completo de la prejudicialidad, por su ausencia de claridad, genera la posibilidad de interpretaciones distintas por parte de los jueces y de quienes intervienen en el proceso penal. Obviamente, es imposible imaginar que el pensamiento o el convencimiento jurisdiccional emanan de un molde o que con resoluciones judiciales se forma jurisprudencia o doctrina de observancia obligatoria. Pero sí es importante destacar que las resoluciones judiciales deben reflejar y proporcionar certeza jurídica y que no conciben interpretaciones diametralmente opuesta sobre un mismo caso de análisis en un procedimiento penal.

Las consideraciones que sustento como justificación, a mi criterio, hacen del tema de la prejudicialidad un tema vigente y trascendental, porque son imperdonables dogmáticamente las dudas que genera su aplicación a veinte años de vigencia del actual Código Procesal Penal, donde se consolida como nueva institución jurídica contemplada en el mismo. Independientemente de ello, considero que cualquier tema en materia penal sustantiva o adjetiva apareja importancia y cualquier tema en materia penal justifica por sí mismo su investigación científica, por cuanto en el fondo subyace de manera intrínseca el valor elevado a categoría de bien jurídico tutelado, denominado libertad, que es el segundo bien jurídico en importancia en la escala de valores, y que puede ser lesionado con una interpretación superficial y desprovista de técnica.

Por ello, al aplicar la norma, se tiene una base estéril de comprensión, en tanto no se desarrolle un trabajo técnico, que indudablemente no puede suplir la normativa que regula, por sí constituya como trabajo una herramienta útil para el juzgador que le permita arribar un estado intelectivo convincente y difícil de cuestionar o menos vulnerable como suele suceder en la actualidad. Se ofrece este trabajo de investigación, estructurado en cuatro capítulos que obligatoriamente tienen su génesis en la acción penal desarrollada de manera amplia, para luego abordar el tema de la prejudicialidad, y posteriormente de definitividad, que es un concepto que ha generado

duda. Ello ha motivado que el presente trabajo se establezca la diferencia de la definitividad en materia constitucional para abordar el tema de casación.

Cabe destacar que en la investigación se planteó como objetivo general determinar con precisión en qué consiste la cuestión prejudicial y cuáles son sus efectos en el proceso penal guatemalteco. Así mismo se responde en la presente investigación cuál es la diferencia de los demás obstáculos a la persecución penal, que es su naturaleza, buscando, desde luego, la esencia de su origen que no se extrae de las normas que la regulan sino del derecho comparado. De esa manera se aportan los elementos de juicio necesarios para evidenciar que es oportuna la reformulación legal, y se muestra la bibliografía correspondiente con aporte especial de la doctrina argentina.

Se ha planteado como hipótesis que "*Los factores influyen en la confusión normativa sobre la procedencia de la casación contra lo resuelto en segunda instancia de la cuestión prejudicial son: la mala interpretación de la prejudicialidad y la no aplicación de la doctrina lo que genera ambigüedad normativa y afecta la certeza jurídica.*" Concluyendo tanto en la hipótesis como en el presente trabajo que es necesario el replanteamiento normativo de la casación por lo que se considera que la hipótesis fue debidamente comprobada y obliga a delimitar las funciones de cada autoridad mereciendo censura que para resolver un vacío de ley la autoridad que debe aplicar la ley realice su propia legislación, lo cual constituye un desafío a la legalidad, y al momento de la aplicación una lesión al debido proceso.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

CAPÍTULO I

1. La acción penal

Antes de hacer referencia a la acción penal, se hace necesario reflexionar brevemente sobre temas que le dan sustento a la misma, por ello se hará relación a lo que en el Derecho Penal es el poder penal del estado y el control social que el mismo ejerce.

1.1. El Poder Penal del Estado

Se señala que en el continente europeo se dio una transformación radical e histórica al finalizar la Edad Media. En esta época, Europa pasó de representar básicamente un aspecto normativo o regulatorio de las facultades de los individuos en la sociedad a constituir fundamentalmente una función jurídica del Estado, que es la reacción estatal frente a quien atenta contra el poder constituido, y más modernamente, frente a la violación de prohibiciones o mandatos estatales con categoría penal; además, se crea un poder político central, que se encontraba ausente en las sociedades primitivas; aparece en escena el estado nacional y desplaza a la organización feudal.

En la Edad Media, aparece la inquisición, que en materia penal es el nombre del sistema que redistribuye el poder. La inquisición es definida por Jorge E. Traslosheros como: "*Organismo eclesiástico cristiano de carácter represivo que tenía como finalidad la preservación de la pureza de la fe cristiana y el castigo público de la herejía. La primera Inquisición medieval actuó a partir del siglo XII contra los Cátaros y los Albigerses. En el siglo XVI surgió la Inquisición romana creada para acabar con toda clase de heterodoxia, como la brujería, el adulterio, el incesto, la blasfemia y el judaísmo. Se financiada con dinero procedente de la nobleza del feudalismo, con la confiscación de los bienes de las personas acusadas de herejía. Su cruel actividad se extendió hasta el mismísimo siglo XIX; en el año 1834 la Santa Inquisición fue oficialmente abolida de forma definitiva. Sinónimo de Santo Oficio Inquisitorial.*"[1]

Esta transformación consiste básicamente en expropiar de los ciudadanos el poder de reacción contra el ofensor y en ordenar a ciertos órganos del estado a proceder de

[1] J.E. Traslosheros, Jorge E. *Los indios, la inquisición y los tribunales eclesiásticos ordinarios de la Nueva España. Definición jurisdiccional y justo proceso.* México: Ed. Instituto de Investigaciones Históricas. Unam. (s.f.). Pág. 47.

oficio, sin tener que esperar la voluntad de los individuos, por un lado, y por el otro, sobre instituye la pena, y el Derecho Penal en general, como un poder del Estado.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

1.2. Definición de acción penal

La acción penal es la gestión que se origina a partir de la comisión de un delito y cuyo fin es la imposición de un castigo al responsable del mismo, de acuerdo con lo establecido por la ley. De esta manera, la acción penal es el punto de partida para el proceso judicial.

Los orígenes de la acción penal se remontan a los tiempos en que el Estado se hizo acreedor al monopolio del uso de la fuerza. En este sentido, la acción penal viene a reemplazar a la venganza personal o a la autodefensa, ya que es el Estado el que asume la misma.

La acción penal, por lo tanto, supone un ejercicio de poder por parte del Estado, y un derecho a la tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un delito cometido contra una persona.

En un sentido filosófico, la acción penal es una de las formas que tiene el Estado para restablecer la paz social que fue alterada por la comisión de un delito. Muñoz Conde afirma que "*Más que la acción penal es el Derecho Penal el que tiene encomendada la fundón de restablecer la paz social, mediante la norma Jurídico Penal, cuyos caracteres se dividen en motivadora y sancionadora. En efecto afirma que la norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad.*"[2]

La existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Empero, esta convivencia no es idílica, sino conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su convivencia. Y para regular esta convivencia se establecen normas vinculantes

[2] F. Muñoz Conde. *Derecho penal y control social***.** España: Ed. Fundación Universitaria de Jerez, 1985. Pág. 21.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

que deben ser respetadas por esas personas en tanto que miembros de su comunidad, siendo el acatamiento de esas normas vital para la convivencia.

La convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma por medio de una relación estructural que en la sociología se denomina expectativa, que supone que cualquiera puede esperar de una persona que se comporte conforme a la norma y lo mismo se puede esperar de los demás, por lo que la expectativa se regula por lo tanto, por medio de una norma o conjunto de normas. Empero, el riesgo de que no se cumplan, es inminente por lo que se frustran, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones, de cómo puede canalizarse para asegurar la convivencia. Y el sistema elegido para ello es la sanción.

Atendiendo a que se habían señalado dos caracteres de la norma, y el primero es el de motivación es necesario advertir que, para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Esos mecanismos psicológicos no sin aislados sino que forman parte del complejo proceso denominado motivación cuya función es incidir en la comunidad, tomando en consideración que la norma penal primeramente es norma social, fenómeno al que se distingue como prevención general y por último incide en lo individual es decir de manera concreta, o prevención especial. En ese sentido la función motivadora de la norma penal solo puede comprenderse situando el sistema jurídico penal en un contexto amplio de control social, es decir de la disciplina del comportamiento humano en sociedad. La norma determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros.

En cuanto al carácter sancionatorio de la Ley penal y el Derecho Penal, por supuesto, no se puede negar que el Derecho Penal es una superestructura represiva de una determinada superestructura económica y de un determinado sistema de control social, pensado para la defensa de la estructura.

Retomando la reflexión atinente a que es el estado quien debe hacer cumplir la ley penal desde el momento en que el Estado asumió el monopolio del poder punitivo o *ius puniendi,* y que acaparó la función de persecución y sanción de los delitos, en las infracciones más graves al orden jurídico el Estado actúa de oficio, independientemente de la voluntad del afectado. En el actual sistema, la acción penal ha sido asumida por el Ministerio Público, quien acusa en nombre del Estado de Guatemala.

En efecto, el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que al Ministerio Público le corresponde el ejercicio de la acción pública, lo que implica que la ejerce por medio de sus fiscales. Un detalle llamativo de la norma es que señala al Jefe del ministerio publico o fiscal general como el encargado de la acción penal, empero, en la realidad, el Jefe del Ministerio Público resulta ser una figura estrictamente administrativa que dirige el Ministerio Público, no dirige la investigación de un caso determinado, ello tomando en consideración que el fiscal general del Ministerio Público estaría en la potestad de presentarse a cualquier proceso penal a ejercer las tareas acusatorias o desarrollar cualquier función investigativa. Empero, como ya se explicó, su rol es estrictamente administrativo, nombrando fiscales y removiendo fiscales, y modernamente ser el vocero de la institución y quienes ejercen las tareas de ejercicio investigativo son los fiscales y auxiliares fiscales, y la función del fiscal general se reduce a establecer qué tipo de casos se persiguen y cuales no generalmente es una decisión estrictamente mediática.

Según el Decreto 52-73, del Congreso de la República, antiguo Código Procesal Penal, el ejercicio de la acción penal descansaba en un órgano del Estado, a quien correspondían las acciones de acusar y juzgar que es el juez. Se tiene entonces que un mismo funcionario dirigía la investigación o persecución del presunto autor del hecho punible, y le enjuiciaba; justamente esta concentración de funciones en una misma persona constituye el principal cuestionamiento que se le formuló al sistema inquisitivo. De ahí que la orientación central del nuevo Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, haya sido la separación de esas funciones, lo que en definitiva se traduce en el enjuiciamiento con mayores garantías para la persona investigada, por lo menos en el plano abstracto, porque son tenaces las luchas en la

practica forense para que los juzgados sean anexos de fiscalías del ministerio público y los Jueces no puedan razonar sino acceder a todo lo que la Fiscalía promueva.

Lo anteriormente relatado no puede constituir materia de discusión para determinar a quién le corresponde el ejercicio de la acción penal, y más que un derecho, es una obligación del Ministerio Público y no solamente de una persona, que, como ya se advirtió, tiene funciones administrativas. Es muy diferente lo que ocurre, por ejemplo, con el Organismo Judicial, por cuanto el Artículo 203 también de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que la justicia es impartida por los tribunales de justicia, *"que la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca".* En ese sentido, si se cuenta con una autoridad máxima que ejerce jurisdicción y se divide en cámaras, es a la cámara penal, integrada por cuatro magistrados, a quien le compete en casación conocer conflictos penales, otra cámara conoce los Amparos y otra cámara casaciones de índole civil, conservando su labor fundamental, que es administrativa. Cabe advertir que el magistrado presidente de la Corte Suprema, al no integrar cámara, no ejerce ningún tipo de jurisdicción en el periodo que funge como tal, que es un de año, por la forma en que está diseñada la rotación de presidencia.

En un sistema acusatorio no puede haber jurisdicción sin acción, por lo tanto el Código Procesal Penal vigente atribuye su ejercicio, en el caso de los delitos de acción pública, como ya fue mencionado, a un órgano estatal: el Ministerio Público. Independientemente de ello se ha generado cierta confusión que implica el ejercicio de acción penal en su justa dimensión. En Guatemala, los juzgados de primera instancia aún después del año mil novecientos noventa y dos, año de promulgación del Código Procesal Penal hasta aproximadamente el año dos mil cuatro, cuando una persona era sindicada por un hecho delictivo y era presentado para dilucidar su situación jurídica, era el juez quien formulaba la intimación. Para ello, por intimar el hecho está comprendido desde hacerle saber el motivo de su detención y hacerle saber ciertas reglas procesales de su declaración, hasta conocer saber sus derechos constitucionales, donde figura como principal su derecho a abstenerse a declarar, todo ello implicaba la imputación. Empero, sin mediar alguna modificación al Código

Procesal Penal, por discusiones entre aulas universitarias de maestría en derecho penal, se concluyó, sin aceptar que sea lo correcto o no, que quine debería formular la imputación era el Ministerio Público, por cuanto es la entidad encargada de la persecución penal. De esa manera, se relaciona intimar el hecho con ejercer la acción.

Por su parte, Binder, en su libro *Derecho Procesal Penal*, plantea que *"quien debe intimar el hecho es el Juez,"* apreciación que comparte el investigador, por cuanto la imputación nada tiene que ver con el ejercicio de la acción penal, porque la imputación constituye una explicación al sindicado, con palabras sencillas, el motivo de su persecución penal, y se le da a conocer las bases del desarrollo de la audiencia. Anteriormente, cuando el acusado comparecía como tal al debate oral y público, el tribunal sentenciador leía la acusación que, dicho sea de paso, es un nivel mucho mayor que una simple imputación no obstante mediante reformas al Código Procesal Penal específicamente en el Decreto 7-2011, del Congreso de la República de Guatemala, al Presidente del tribunal actualmente le compete solo dar oportunidad a las partes para los alegatos de apertura y conmina al Ministerio Público a intimar el hecho y luego es el presidente del tribunal sentenciador quien le debe explicar al acusado las bases del debate. Se hace la aclaración por cuanto se ha confundido la imputación como sinónimo del ejercicio de la acción penal y como sinónimo de intimación lo cual es incorrecto porque como ya se explicó la intimación no es en sí la formulación de cargos.

Se hace perceptible, entonces, que en la fase final del proceso no es el ministerio público sino el juez quien le indica al sindicado los hechos sobre los que versará la discusión final, por lo tanto, qué relevancia tiene que el Ministerio Público formule la imputación en la primera declaración si en la última del proceso con significado jurídico incluso es el tribunal como ya se advirtió quien lee la imputación y el presidente del tribunal quien explica con palabras sencillas la acusación.

Ahora, si nos situamos en la acción privada en la cual también se puede discutir acción penal, por afectar intereses particulares, quien tiene el derecho de acción que es el ofendido para ser escuchado y perseguir la tutela judicial efectiva, debe más que imputar un hecho debe querellarse con un excesivo formalismo bajo pretexto de inadmisibilidad si no cumple con los requisitos legales. Eso genera suspicacias porque

en este tipo de ejercicio de la acción penal, no se puede esperar ni se permite una simple denuncia para poner en acción la jurisdicción.

Se precisa entonces de una querella fundamentada, y pese a que las costas procesales están a cargo de la parte vencida, el costo investigativo y todo el material probatorio está a cargo de la víctima.

A decir de Gimeno Sendra: "*El derecho de acción penal es un derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos del derecho y que se ejercita mediante la puesta en conocimiento del juez de instrucción de una noticia criminis, haciendo, surgir en el órgano jurisdiccional, la obligación de dictar una resolución, motivada y fundada, sobre su inadmisión o sobre la finalización del proceso penal.*"[3]

Díez Picaso, por su parte sostiene que la acción penal consiste en: "*Acusar a alguien de la comisión de un delito solicitando, en consecuencia, la puesta en marca de ius puniendi del Estado. La accione penal representa, así, la iniciación del proceso penal, o al menos, de la fase decisiva del mismo y más en general, su ejercicio comporta la adopción de toda una serie de decisiones (solicitud de medida cautelar, proposición de pruebas de cargo, calificación jurídica de los hechos, petición de pena, etc.), Es evidente que la acción penal es un arma formidable, pues implica la activación de un mecanismo que puede conducir a la restricción aflictiva de la libertad y la propiedad de las personas, por no mencionar el carácter infamante ínsito de la condena penal. Incluso cuando termina con la absolución, el proceso penal implica una dura prueba para el imputado, en términos síquicos, económicos e incluso de estima social.*"[4]

1.3. Persecución penal

El instituto de estudios comparados en ciencias penales de Guatemala, en la publicación manual de derecho procesal penal, indica que: "*Siguiendo a Maier podemos afirmar que una de las características básicas del sistema actual de administración de justicia penal, reside, sin duda en atribuir la persecución penal del estado. Ello significa que el estado interviene ya no como un la otras materias del orden jurídico, sino que se da una ampliación*

[3] V. Gimeno Sendra, , V. Moreno Catena y V. Cortez Dominguez. *Derecho procesal penal***.** 2ª. ed.; España: Ed. Colex, 1997. Pág. 59.

[4] L. M. Díez-Picazo. *El poder de acusar. Ministerio Público, fiscal y constitucionalismo.* España: Ed. Ariel Derecho, 2000. Pág. 11.

considerable en el campo de la acción en el área penal, por atribución de un interés del estado en la realización del derecho penal lo que significa atribuir formalmente al estado, en gran medida, el poder penal."[5]

Wilfredo Valenzuela expone que la persecución penal es: "*…el poder de acción derivado de la naturaleza pública atribuida al derecho penal, de manera que corresponde al Estado, por medio de alguno de sus organismos, mantener o restablecer el orden público o ante excitación particular de cualquier ciudadano, ofendido o no."*[6]

Por lo anteriormente anotado, se deduce que como consecuencia de la intromisión del Estado, este debió crear órganos competentes para la persecución penal obligatoria.

Teóricamente, a la inquisición, como se dijo, le basta un solo órgano inquisidor para practicar la investigación, tomar la decisión sobre la aplicación del poder penal, y realizar la defensa del imputado desde su particular punto de vista. El ingreso al sistema de interés individual de defensa provocó la escisión del modo monocrático de proceder; y a pesar de que el estado conserva todo el poder penal, divide formalmente su competencia, creando órganos dedicados a la persecución penal: el ministerio público, policía nacional civil y otros cuya tarea es decidir: los tribunales de justicia. Esta separación formal de funciones fue necesaria para garantizar la defensa individual; en donde es necesario un ente acusador que circunscribiera la imputación concreta que el imputado debía refutar, y por otro lado el juzgador que debe estar dotado de imparcialidad, consistente en evitar que él se comprometa antes del fallo con la hipótesis delictiva.

Actualmente, es posible observar que, por medio del Ministerio Público, el Estado manifiesta el monopolio acusatorio o persecutorio en materia penal. Desde luego, como se dijo anteriormente, la autorización para que algunos delitos sean perseguidos por particulares constituye una excepción al monopolio del estado en la persecución penal.

[5] Instituto de Estudios Comparador en Ciencias Penales de Guatemala. *Manual de Derecho Procesal Penal***.** T. I. 2ª. ed. Guatemala: Ed. Instituto de Estudios Comparador en Ciencias Penales de Guatemala. 2007. Pág. 221.
[6] W. Valenzuela O. *El nuevo proceso penal.* Guatemala: Ed. Oscar De León Palacios, 2000. Pág. 119.

Resulta necesario advertir que en ese monopolio de investigación se han cometido graves errores aun después de la vigencia del código procesal penal que actualmente rige el proceso, y es que el ministerio público con sus expertos realizaban los peritajes que les serían útiles para la investigación. El problema reside en que el Ministerio Público, una vez imputado un hecho se convierte en parte procesal y sujeto procesal, lo que propicia un ambiente de parcialidad de los peritajes realizados por trabajadores del ministerio público.

Lo relatado en el párrafo precedente forzó a crear la institución denominada Instituto de ciencias forenses INACIF y la creación de la ley de dicha institución en cuyos considerandos se enfatiza que la función jurisdiccional precisa de medios de prueba validos y fehacientes para la investigación de hechos delictivos y en los Artículos uno y dos de dicha ley contenida en el decreto 32-2006 del congreso de la república se establece *"Se crea el INACIF como una institución auxiliar de la administración de justicia, con autonomía funcional" el artículo 2 sitúa como finalidad principal "la prestación del servicio de investigación científica de forma independiente."*

En lo trascrito en el párrafo precedente se advierte el reconocimiento del legislador que se había estado trabajando la investigación de manera dependiente no solo funcional sino económicamente lo que implicaba desgaste en la administración de justicia, ya que, si bien el monopolio investigativo le corresponde al Ministerio Público, ello no implica que el ministerio público pueda tener injerencia en los resultados periciales y con dicha ley se trata de evitar.

Cabe razonar entonces que el INACIF como institución debe ser auxiliar del organismo judicial y no del Ministerio Público, por cuanto no puede estar al servicio de las partes procesales sino de la administración de justicia. Así también se debe mencionar que no rinde dictámenes particulares, de manera que no cualquier persona puede solicitar un peritaje o expertaje al Inacif, es el caso del acusador privado; y otro tema a debatir es la veracidad del dictamen que esas instituciones puedan presentar como prueba, y si se toman únicamente los peritajes emanados del Inacif como valederos, por ser emitidos de manera imparcial y autónoma, como exige la ley.

Por la anterior reflexión, cabe traer a colación sin pretender realizar un exhaustivo examen ni desviarnos del tema central de esta investigación que en el sistema anglo sajón, y particularmente en los Estados Unidos de América del Norte, los técnicos y peritos no pertenecen a la fiscalía y son ellos los que procesan la escena del crimen. Los resultados son sorprendentes, y las investigaciones se tornan sólidas y efectivas, empero en nuestro sistema son investigadores de la policía nacional civil comandados por auxiliares fiscales quienes realizan tan delicada labor.

1.4. Antecedentes históricos de la acción penal

En la parte inicial del presente capítulo ya, fue explicada la forma como surgió el poder penal del estado; sin embargo, se debe hacer un mayor énfasis en el origen histórico del la acción penal para poder tener una clara perspectiva del tema.

En la antigüedad, la persona que sufría un daño ejercitaba la acción penal, eran los tiempos de la venganza privada, cuando el hombre defendía por sí mismo sus derechos; existía la ley del talión que establecía que al agresor se le aplicara lo mismo que él le había hecho al ofendido, ley que tiene sus orígenes en tiempos bíblicos con la ley de Moisés, pero con posterioridad aparecieron problemas con respecto a ciertos delitos en los cuales no se podía aplicar la ley del talión, como aquellos cometidos en contra de la honestidad o los de lascivia. La ley del talión era la similitud de la venganza, a fin de que una persona sufriera lo que le hizo a otra.

"En Grecia en el siglo XII A.C., Dracón optó por imponer la pena de muerte a todos los delitos. Hubo periodos donde se prescindió de la Ley del Talión, pero un siglo después Solón la volvió a restablecer. En Roma se volvió a restablecer la Ley del Talión pero con un sentido más jurídico: si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con él, hágase con él otro tanto; con esto la fórmula queda subordinada a la composición o arreglo de las partes. El Talión representa limitaciones objetivas de la venganza, la primera mediante la proporción del castigo a la

materialidad de la ofensa. La segunda limitación objetiva de la venganza era la composición. Ésta es una indemnización que como pena pecuniaria está obligado a aceptar el ofendido.[7]

Mediante acusación popular, los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acción, no solo el ofendido del delito, sino también los ciudadanos solicitaban a la autoridad la represión del ilícito. Como los delitos engendraban un mal en la sociedad, los ciudadanos, fueran o no víctimas de aquellos, eran los encargados de ejercitar la acción.

Esta figura nace en Roma, se nombraba a un ciudadano para que llevara ante el Tribunal del pueblo la voz de la acusación. En Grecia existían los *temosteti*, cuyo deber era denunciar los delitos ante el senado. Durante la edad media, los señores feudales eran quienes ejercitaban dicha acción.

Se abandona la idea de que el ofendido del delito fuera el encargado de acusar, y se ponía en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción; se reformaba así el procedimiento toda vez que un tercero ajeno a la víctima del delito era quien perseguía al responsable y procuraba su castigo.

La acusación estatal la ejercen los órganos del Estado, los cuales practican la acción al cometerse el delito, y el estado es quien debe reprimirlo. El Estado ejerce la acción por medio del ministerio público.

1.5. La acción penal pública

Cuando se traslada el poder de reacción frente a la ofensa del ciudadano a manos del estado, se establece que la persecución penal ya es pública y no propiedad de los individuos, y esta es ejercitada por quien tiene el poder y sus funcionarios nombrados para tal propósito; el proceso entonces se transforma en una obra básicamente estatal.

Como ya se indicó anteriormente, fue la inquisición la que representó en esencia ese traslado, donde un funcionario aplica el poder penal del estado sobre sus súbditos

[7] J. J. González Bustamente. *Principios del derecho procesal penal mexicano.* 8ed. México: Ed. Porrua, 1985. Pág. 36.

cuando se verifica un comportamiento anómalo o desviado con respecto a las reglas de la organización social. Este poder máximo de control alcanzado por el inquisidor disminuyó considerablemente con el arribo del constitucionalismo moderno y de las organizaciones republicanas, dando paso a los estados de derecho; no obstante, el poder penal no varió el rumbo adoptado.

Así, la función de juzgar, es decir, la función de decidir el caso y darle solución, conforme las reglas del sistema, pertenece con exclusividad al estado, que los ejerce por medio de lo tribunales de justicia. Y ese poder del estado se ejerce atendiendo a que los postulados constitucionales señalan a la penal como propiedad estatal, es decir, solo el estado puede imponerla, y se impide actuarla sin un juicio previo en donde se haya observado todas las garantías del debido proceso. Esto, entonces, impide en forma absoluta que la consecuencia jurídica que corresponde a la infracción de norma de deber penal se imponga por vía de la voluntad o reacción particular, sin la intervención de órganos estatales competentes en la solución del conflicto social. La Constitución Política así lo señala en el artículo 203 al regular que: *"Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado…*" También lo indica el artículo 12 del mismo cuerpo legal, al referirse al derecho de defensa, pues nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

La función de perseguir penalmente también pertenece, por regla general, al Estado de donde de hace necesaria la creación de órganos específicos estatales como la policía y el ministerio público, que tienen encomendadas las tareas de investigar los delitos perpetrados y perseguir a sus autores; de allí que aparezca como monopolio la actividad acusatoria del Ministerio Público. Sin embargo, esta regla tiene sus excepciones, como los delitos de acción pública dependientes de instancia privada para su promoción y los de acción privada.

De acuerdo con el Artículo 24 bis del código procesal penal, la acción penal pública corresponde al ministerio público, quien de oficio deberá perseguir todos los delitos de acción penal pública salvo los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la penal de multa.

El ejercicio de la acción penal pública es la obligación que tiene el ministerio público, actuando de acuerdo con el principio de objetividad, de acusar en nombre el estado a las personas que, con base en la investigación realizada, considere responsables de la comisión de un hecho punible, perseguible de oficio. El ejercicio de la acción penal se complementa con el ejercicio de la persecución penal. La persecución penal pública es la obligación que tiene el ministerio público de investigar y recabar los medios de prueba para determinar si procede el ejercicio de la acción penal, así como evitar las consecuencias ulteriores del delito de acuerdo con lo establecido en los Artículos 289, 309 y 324 del código procesal penal.

La atribución ante el Ministerio Público, del ejercicio de la acción penal, delimita las funciones de acusar y de las de juzgar. El actual proceso otorga la primera función a los fiscales y la segunda función a los jueces. Por ello con base en el principio acusatorio, el juez no podrá acusar ni iniciar proceso penal de oficio. Se discute aún si el juez puede interrogar o si debe interrogar; no obstante, la averiguación de la verdad no está relacionada con la función de acusar y tampoco le es contraria y se tiene dudas de parte del juez sin que ello constituya violación al principio de *favor rei* se debe preguntar para aclarar dudas, una vez iniciada la persecución penal se pueden dar las siguientes situaciones:

a) El fiscal decide proseguir la persecución penal y solicita al juez la aplicación de alguna medida de coerción personal. En este caso, el juez podrá resolver, ordenando prisión preventiva o imponiendo una medida sustitutiva, de acuerdo al artículo 264 del código procesal penal. Sin embargo, podrá rechazar la petición del ministerio público y decretar la falta de mérito.

b) El fiscal decide proseguir la persecución penal pero no existe peligro de fuga ni de obstaculización a la averiguación de la verdad, por lo cual el Ministerio Público solicita al juez la libertad bajo promesa.

c) El fiscal decide no proseguir la persecución penal y solicita la falta de mérito basado en el Artículo 272 del Código Procesal Penal: El juez podrá admitir el requerimiento del ministerio público y decretará la libertad, o por el contrario disponer

que se ejercite la persecución penal, amparado en el Artículo 310 del Código Procesal Penal y, en su caso, dictar alguna medida de coerción, medida sustitutiva o libertad bajo promesa.

1.6. Legalidad

Ante la obligación de realizar la persecución penal, como regla general, se ha impuesto a los órganos del ministerio público y también a los funcionarios de la policía, por vía de principio, su deber de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho que podría ser punible, y sea perseguible por acción pública. Por lo tanto, es obligatorio promover la persecución penal, y tras el trámite procesal pertinente, procurar una decisión judicial que solucione el caso, según las normas de derecho penal y para poner fin al proceso. La decisión judicial, claro está, es independiente de la fiscalía, por lo que la labore de esta se circunscribe a tratar de convencer, por lo que una vez promovida la persecución penal, esta no se puede suspender, interrumpir ni hacer cesar, sino únicamente por el modo y forma previsto en la ley procesal penal. Este principio obliga a que no importa cuan mínima sea la infracción, o qué inconveniente aparezca en la persecución o el procedimiento penal, ellos son necesarios y obligatorios, lo anterior implica que se prohíbe en principio la renuncia al ejercicio de la persecución penal, o el desistimiento de la acción intentada. De ese modo quedan fuera todo arreglo o transacción con el imputado por parte de los órganos de persecución penal.

"Entonces el principio de autonomía de la voluntad queda excluido, pues los poderes que maneja el Ministerio Público son de tipo formal."[8]

1.7. Principio de oportunidad

Tomando la opinión de Maier relacionada con este tema, diremos que; *"Oportunidad significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les*

[8] J. Cafferata Nores. *Relaciones entre el derecho penal y el derecho procesal penal.* Argentina: Ed. De Palma 1987. Pág. 23.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su persecución formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivo de la utilidad social o razones político-criminales."[9]

Atendiendo al punto de vista expuesto, el principio de oportunidad se verá aplicado en los modelos generales diferentes: uno es el anglosajón, en donde el principio de oportunidad será la regla; y el otro es el que tradicionalmente se inclina por el principio de legalidad, en donde la oportunidad asume el carácter formal de una excepción a las reglas de legalidad, que permite en algunos casos definidos por normas jurídicas, de modo más o menos abierto, prescindir de la persecución penal pública. Este último es el caso guatemalteco, en donde el criterio de oportunidad se aplica de conformidad con lo establecido en el Artículo 25 del Código Procesal Penal, señalando los modos y formas como se da, así como la obligatoriedad de aplicar este principio cuando se trate de cómplices o autores de delito de encubrimiento.

Se estima que la aplicación de estos criterios de oportunidad puede brindar una contribución útil a la solución de problemas actuales del sistema penal, se puede convertir en un auxilio eficaz para la descriminalización de hechos de menos trascendencia donde se puede aplicar otras formas de reacción frente al comportamiento desviado, y que puedan obtenerse resultados, pues resulta innecesaria la aplicación del poder penal. También puede dar eficiencia al sistema penal en aquellos casos en donde la una justicia penal, sobresaturada de sumarios, no le permite darle prioridad a los caos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema.

Existe también como una figura legal que emerge como excepción a la obligación persecutora del Ministerio Público. Se instaura en nuestro sistema procesal penal la suspensión condicional de la persecución penal, contenida en el Artículo 27 del Código Procesal Penal que establece. "*En los delitos cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión, en los delitos culposos." El ministerio público propondrá la suspensión condicional de la persecución penal."*

[9] Instituto de Estudios Comparador en Ciencias Penales de Guatemala. *Ob. Cit.* Pág. 219

Ello significa que en esos casos el Ministerio Público puede prescindir de la persecución penal en contra del imputado empero requiere: "*Aceptación del imputado de la veracidad de los hechos y de someterse a un régimen de prueba que no puede ser inferior a dos años ni superior a cinco años, y el régimen tiene por objetivo la condición moral, educacional y técnica del imputado, bajo control de los tribunales.*"

Este beneficio para el imputado, que se configura como excepción a la obligación que tiene el ministerio público de ejercer la persecución penal, tiende a confundirse como un beneficio de ejecución. Empero, lo que lo distingue es que no se cumple ninguna pena, y si hubiere prisión preventiva esta no se puede confundir con cumplimiento de penas.

1.8. Sistemas para el ejercicio de la acción penal

Con base en delito imputado se distinguen los siguientes: delitos de acción pública, delitos de acción pública dependientes de instancia particular o que requiera autorización estatal y delitos de acción privada.

La acción penal es una obra enteramente estatal. En principio, la acción penal es pública, por cuanto el estado es quien administra justicia mediante el proceso penal, lo que implica desde la potestad de perseguir el delito hasta el hecho de ejecutar la sanción penal materializada en la pena, y la ejerce a través de sus órganos. Por ello, cuando se hace la distinción entre acción penal pública y privada, solo se hace referencia a la facultad de ir tras el delito hasta lograr una sanción, actuando con titularidad en su ejercicio. Tal facultad, por regla general, reside en el Ministerio público. Sin embargo, los delitos de acción privada constituyen la gran excepción al dominio del Estado sobre el procedimiento penal, pues el interés de la víctima o su sustituto prevalece sobre el interés estatal y lo excluye casi totalmente, sin que ello signifique que el Estado no participe, pues con el Organismo Judicial tiene su intervención.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

1.8.1. Delitos de acción pública

Frente a ellos, el Ministerio Público está obligado a ejercer la persecución y la acción penal pública, salvo en las excepciones prevista en los Artículo 25, 26 y 27 del Código Procesal Penal, los cuales se refieren al criterio de oportunidad, la conversión y suspensión condicional de la persecución penal.

En estos casos, el agraviado podrá participar provocando la intervención del ministerio público o adhiriéndose a la persecución ya iniciada, como querellante adhesivo. Actualmente es común que también intervengan instituciones como querellantes adhesivos que viven de ello sin tener el mínimo carácter de victimas.

1.8.2. Delitos de acción pública dependientes de instancia particular o que requiera autorización estatal

Existe una serie de delitos que, para ser públicos y en consecuencia perseguidos de oficio por el Ministerio Público, requieren, como condición previa, que la víctima directa del delito, el agraviado o su representante legal, lo denuncie, o ponga en conocimiento de la autoridad competente, por cualquier medio. Instancia no es sinónimo de denuncia o querella; la primera se refiere a requerir, solicitar en cualquier forma la intervención del Estado.

Ese concepto lo comparte también el autor Carlos J. Rubianes, al indicar: *"En las públicas se ubican las dependientes de instancia privada, referidas a los delitos de violación, estupro, rapto y ultrajes al pudor. En estas no es factible investigar, sin la manifestación de voluntad del agraviado o de su tutor, guardador o representante legal. Pero removido ese obstáculo, que importa una condición de procedibilidad, es posible que la investigación continué de oficio, tanto por la justicia penal como por la autoridad policial, y eventualmente sea ejercida por el fiscal."*[10]

En este caso, se distinguen dos situaciones:

[10] C.J. Rubianes. *Derecho procesal penal.* 1t.; Argentina: Ed. Depalma, 1983. Pág. 331.

a) Delitos de acción pública dependiente de instancia particular: El artículo 24 ter, del código procesal penal aclara cuáles son los delitos de acción pública dependientes de instancia particular.

Según el Artículo 31, del Código Procesal Penal, por instancia particular debe entenderse la denuncia o puesta en conocimiento del hecho al ministerio público, autorizándolo para la realización de la persecución penal contra los presuntos infractores.

El párrafo precedente genera una controversia acerca de si el Ministerio Público pueda seguir gestionando cuando el denunciante o quien confiere su autorización para la persecución del delito decide ya no continuar más y abandona su intervención, por cuanto ya no existe la instancia particular, y qué sucede cuando la víctima u ofendido deciden de manera expresa renunciar a la acción penal y civil y desistir de la misma, tornando ilegitimo que el Ministerio Público continúe ejerciendo la acción penal. En efecto, en el delito de violación, por ejemplo, cuando la víctima desistía de su querella, automáticamente cesaba la persecución penal, tan es así que tuvo que reformarse la ley en ese sentido, y actualmente, aun cuando la victima desista y como consecuencia de la violación el sindicado contrajere matrimonio con la victima por disposición legal, el ministerio público está obligado a continuar ejercitando la acción penal. Por lo tanto, debería regularse para que no quede duda alguna de que en los demás casos, aparte de la violación, también se pueda continuar la acción de parte de la fiscalía del Ministerio Público.

Insisto, tuvo que existir una reforma de ley en ese sentido y para el caso especifico de la violación, de lo que se colige que el legislador no estaba muy claro en el momento de legislar que implica dependencia de instancia particular, en los demás delitos a instancia particular no se ha reformado aún ese extremo y queda la duda si se entiende por instancia particular solo denunciar o querellarse, empero el código procesal penal establece que al denunciante no se le oirá más en el procedimiento, lo que no implica que si fuere afectado no existe ninguna forma de introducirse al proceso y se le

garantice la tutela judicial efectiva, ello porque al situarse como víctima puede optar por constituirse como querellante adhesivo y bajo esa figura no existiría duda de la instancia particular.

El Código Penal hasta permite en aberración que instituciones figuren como querellantes adhesivos aún y cuando no figuren directamente como víctimas y viven de donaciones internacionales por acompañar en el proceso penal a las víctimas como sujetos procesales siendo su *modus vivendi* ser querellantes, que resulta tan dañino como tener como profesión algunas personas el servir como testigos protegidos que si bien es un tema que no se puede ampliar en este trabajo sólo figura como símil del querellante sin ser víctima y la participación activa que este puede tener en el proceso incluso más agresiva que el ministerio público en muchos casos y es quien va generando las líneas de acción, confundiéndose quien es el querellante en el plano material.

Para reforzar el comentario precedente en el código procesal penal aparece la institución de la DISCREPANCIA que es la oportunidad del querellante de solicitar audiencia cuando ha solicitado al ministerio público, la realización de un medio de prueba en particular y este se ha negado a efectuarlo, ello se entendería si en la figura del querellante se encuentra reunido también la victima, empero no se entiende cuando una institución que no es víctima es la que genera las directrices de la investigación y ello no tiene en lo absoluto relación, con independencia de que es fin del proceso la averiguación de la verdad, por cuanto si se le confiere al ministerio público el monopolio de la investigación ello supone que la dirige como lo crean conveniente los fiscales a cargo de cada investigación especifica.

Mención aparte merece razonar que en la DISCREPANCIA no se incluye al sindicado, es decir, aún y cuando los Artículos 108 y 181 del Código Procesal Penal obliguen al Ministerio Público a ajustar sus acciones a un criterio objetivo aportando, inclusive, prueba o investigación que pueda favorecer al imputado, este no tenga el beneplácito legal de poder pedir al juzgado de garantías que el ministerio público realice una prueba

determinada que le pueda ser de utilidad y en ese sentido si es valido invocar como uno de los fines del proceso la averiguación de la verdad.

Surge pues una controversia en el sentido que no es posible o mejor escrito no es legal que un sujeto procesal encarando en el querellante adhesivo que no es víctima sino institución si pueda generar una discusión de discrepancia en tanto que el imputado que además de sujeto procesal es parte en el proceso y corra riesgo de perder libertad incluso la vida no tenga esa facultad, y que el juez para acceder a ello tenga que recurrir a aplicar el Artículo 4 constitucional relativo a la igualdad no es lo ideal ni lo óptimo ya que se debería propiciar por la ley procesal ordinaria.

El problema que se plantea sin desviarnos de lo que hemos estado analizando, es que se está mal aplicando el Artículo 4 constitucional y a todo se le quiere aplicar hasta en los debates cuando la norma ordinaria expresamente al querellante adhesivo de formular replica y en la practica tribunalicia se ofrece la replica al querellante por virtud del “derecho de igualdad” olvidándose o ignorándose que implica adhesivo y es simple y llanamente que es dependiente y su función es más fiscalizadora que de propiciadora, en efecto el derecho de igualdad no puede aplicarse para cada figura procesal y si debe a veces aplicarse a favor del imputado para llenar algunas lagunas que la ley ordinaria deja, ello por imperio de la legalidad ya que un proceso sin legalidad no es propio de un sistema mixto mucho menos acusatorio y no se puede aplicar media legalidad o la legalidad a medias.

b) Delitos de acción publica que requieran autorización estatal: La cualidad personal de imputado impide al ministerio público ejercer la acción y persecución penal si no existe previa autorización estatal, como en el caso del antejuicio. Una vez producida la autorización estatal el régimen de la acción es similar al de los delitos de acción pública con la diferencia que en este obstáculo a la persecución penal deviene ilegal el trámite de denuncia anónima y como la participación de una entidad ajena a la víctima.

1.8.3. Delitos de acción privada

En esta acción penal, el titular del ejercicio de la misma, solo es, en principio, el ofendido, sin que intervenga el ministerio público.

Algunos conflictos penales, es decir, conflictos sociales que son captados por el derecho penal, sólo afectan intereses personales que necesitan ser protegidos por el estado pero que no trascienden de una afectación a bienes jurídicos estrictamente personales. Por ejemplo, el estado se halla interesado en proteger la dignidad de cada una de las personas, pero ello no se infiere que los delitos contra el honor afecten otro interés que no sea estrictamente personal. Según Binder *los delitos que tienen esa característica generan efectos procesales particulares. "Normalmente se les conoce como "delitos de acción privada, porque la intervención del Estado a través del proceso penal se halla limitada."*[11]

El Artículo 24 *quater* del Código Procesal Penal establece cuáles son los delitos de acción privada. En esos casos, el ejercicio de la persecución y la acción penal corresponde al querellante, a través del juicio específico por delito de acción privada regula en los Artículos del 474 al 483, del Código Procesal Penal.

También seguirán ese régimen aquellos procesos por delitos de acción pública que hayan sido convertidos, por autorización del ministerio público, de acuerdo al Artículo 26 del Código Procesal Penal, claro está cuando el orden público no sea perjudicado, sin embargo, cuando la víctima carezca de medios económicos podrá ser patrocinada por el Ministerio Público, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 539 del Código Procesal Penal.

[11] A. M. Binder. *Introducción al derecho procesal penal.* Argentina: Ed. De Palma, (s.f). Pág. 255.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

1.9. Características de la acción penal

La acción como una actividad abstracta que requiere el pronunciamiento de la jurisdicción sobre una noticia de delito, revista ciertas características o cualidades, como las siguientes: publicidad, oficialidad, obligatoriedad, irrevocabilidad, indivisibilidad y unicidad.

Citando a la autora Magaly Vásquez se extraen las siguientes características de la acción penal:

a) Legalidad: pues el órgano estatal a quien corresponde su ejercicio, está obligado a ejercerla ante la noticita de la comisión de un delito de acción pública, salvo que sea autorizado para prescindir de ella de acuerdo a la ley. "Oficialidad: pues a tenor de lo dispuesto por la ley penal es el Estado el titular de la acción penal, derecho que ejerce a través de un órgano oficial como lo es el Ministerio Público.

b) Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: que tiene por finalidad la obtención de una decisión motivada que resuelva el fondo del asunto planteado y no necesariamente una sentencia de condena. Tal y como lo ha establecido el Tribunal Constitucional Español en numerosas sentencias (211/1994, 40/1994, 37/1993, 191/1992, 83/1989, 203/1989) dicho derecho es un mero ius ut procesatur, no un derecho a la condena penal, ni a la apertura del juicio oral, ni siquiera a la incoación de la fase instructora.

c) Se ejercita mediante la puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional de la notitia criminis: vale decir, a través de la presentación de la acusación."[12]

La doctrina actual hace una distinción entre características de la acción penal pública y la acción penal privada por lo que a continuación se anotan las características de la acción penal pública:

a) Publicidad.- La acción penal está dirigida a los órganos del estado y tiene además, importancia social, puesto que está orientada a restablecer el orden social perturbado por la comisión de un delito.

b) Oficialidad.- Por tener carácter público, su ejercicio se halla monopolizado por el Estado a través del ministerio público, titular de la acción penal y que actúa de oficio, a

[12] G. M. Vasquez. *El nuevo derecho procesal venezolano.* Venezuela: Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2008. Pág. 47.

instancia de la parte agraviada, por acción pública o por prevención policial (con excepción de los delitos perseguibles por acción privada). El ministerio público tiene la facultad de perseguir de oficio (oficiosidad) el delito sin necesidad de denuncia previa o por noticia de la comisión de un hecho delictivo. La oficialidad y oficiosidad son características que tienen un mismo origen: el monopolio del estado en la persecución del delito.

c) Indivisibilidad.- La acción penal es única, si bien en el proceso aparecen actos diversos promovidos por el titular de la acción penal, la acción es única y tiene una sola pretensión: la sanción penal que alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito, no existen distintas acciones que correspondan a cada agente, sino una acción indivisible.

d) Obligatoriedad.- La obligación por parte del ministerio público de ejercitar la acción penal ante la noticia de la presunta comisión de un hecho ilícito.

e) Irrevocabilidad.- Una vez promovida la acción penal sólo puede concluir con una sentencia firme condenatoria o absolutoria o con un auto que declara el sobreseimiento o no haber lugar a juicio oral o declara fundada una excepción. No hay posibilidad de desistimiento o transacción, como ocurre en el caso de los procesos iniciados por acción privada o en los casos en los que se aplican los criterios de oportunidad. Esta característica es la que distingue la acción pública de la privada.

f) Indisponibilidad.- La ley sólo autoriza al que tiene el derecho de ejercer la acción penal, por tanto, es un derecho indelegable, intransferible. En el caso de la acción penal pública, esta facultad está en manos del Ministerio Público y en caso de la acción penal privada, corresponde al agraviado o a su sustituto legal. En ambos casos se está frente a acciones que están dirigidas contra personas ciertas, determinadas y naturales, pues las personas jurídicas no cometen delitos como tales y la acción penal no puede estar dirigida tampoco a personas inexistentes o indeterminadas.

Entre las características de la acción penal privada se encuentran:

a) Voluntaria.- En el acto de promover la acción penal privada prima la voluntad del titular.

b) Renunciable. La acción penal es renunciable.

c) Relativa.- La acción penal privada es relativa, por cuanto la administración de todo el proceso penal y, sobre todo, la capacidad de ejercitar el *ius puniendi y decidendi* está en manos del estado, el particular tiene por tanto sólo facultades que se enmarcan dentro del control penal estatal que es pedir la tutela judicial efectiva.

Por último, cabe señalar que la acción penal privada en la mayoría de los países se encuentra limitada a unos cuantos delitos referidos mayormente al honor y los que afectan bienes jurídicos íntimos de la persona humana, violación de la intimidad personal o familiar, entre otros.

En general, la acción penal se caracteriza, porque es:

- Es única: Porque sirve para perseguir toda clase de delitos.
- Es pública: Porque persigue que el estado ejercita la acción punitiva contra el infractor de la ley penal.

La acción penal siempre es pública aunque su ejercicio puede ser pública o privada.

- Es indivisible: Porque sirve y persigue el castigo de todos los que de uno u otra forma hayan participado en la comisión del ilícito.
- Es autónoma: Porque la persecución o ejercicio de la acción penal no está sujeto al carácter dañoso y su restitución o reparación.
- Es irrevocable: La acción penal no es retractable, desistible, transigible ni conciliable, porque una vez iniciado solo concluye con la sentencia final, con la condena o absolución, excepto la aplicación del principio de oportunidad.

1.10. Independencia de la acción penal de la acción civil y sus diferencias

La jurisdicción penal es la encargada de desentrañar pretensiones de carácter penal.

En términos generales, lo que corresponde hacer al tribunal penal es resolver acerca de la existencia de hechos merecedores de pena en los delitos o de medidas de seguridad, los injustos penales.

No obstante, existen circunstancias en que incumbe al juez penal resolver, además de la pretensión punitiva, pretensiones de carácter civil, cuando se ejerce la acción civil resarcitoria.

La responsabilidad civil comprende la restitución, reparación del daño causado y la indemnización de perjuicio. La legitimación para el ejercicio de la acción civil corresponde a la víctima.

Históricamente, en el derecho romano, se tomaba la acción civil como la encargada de buscar la sanción de pretensiones reconocidas por el derecho civil, en el sentido de entonces como cuerpo jurídico compuesto por la ley, la costumbre y las respuestas de los jurisconsultos. Tomando en cuenta la jurisdicción criminal, acción civil es la que entablan las víctimas de un delito o sus derechos inherentes para conseguir la restitución de lo arrebatado, la reparación del daño y el resarcimiento de perjuicios.

Se hace referencia someramente a la acción civil, tomándola estrechamente ligada al delito, ya que este es condición necesaria para el nacimiento de aquella. El ejercicio de la acción civil corresponde al agraviado o a quien resulte ofendido por la comisión de un hecho delictivo, para obtener el resarcimiento de los daños derivados del mismo y padecidos por el ofendido.

El ejercicio de la acción civil, en el procedimiento penal, se limita a la reparación del daño causado por el delito cometido. En ese contexto Moras Mom refiere que: "*El problema de que se lleven ambos procesos de manera conjunta, surge cuando el hecho ilícito se produce o se proyecta tanto en el campo penal como en el civil, esto es así por cuanto el daño causado intencionalmente por un hombre, siendo un ilícito civil, puede no serlo en vía penal, cuando la ley no lo tipifique como delito, en cuyo caso la recepción de la pretensión reparatoria fundada en el derecho material es ajena al proceso penal y propia y exclusiva de un proceso civil, debe de ponerse atención a la pretensión que tiene la parte y al origen de dicho daño, ya que puede no ser originado en un hecho delictivo, en este caso no debe de llevarse conjuntamente ambas pretensiones.*"[13]

[13] J.R. Moras Mom. *La acción civil reparatoria y el proceso penal*. Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1996. Pág. 29.

Entonces, en los casos aludidos, el juez desentraña lo propio de un presunto delito, tal y como se establece en las normas del proceso penal y, a su vez, lo que corresponde a una pretensión civil que, por lo general, se concreta en el resarcimiento de daños y en la restitución del objeto que es objeto del diferendo, basándose en las normas establecidas en el Código Procesal Penal. En este caso es de carácter supletorio la normativa civil, aunque cabe destacar la figura de la reparación digna introducida en le código procesal penal en el Artículo 5, la cual no se desarrollará porque constituye el tema, empero es importante destacar que aún y cuando la víctima no hubiere adoptado la figura de querellante adhesivo tiene ese derecho.

La accesoriedad, por su lado, implica que la pretensión civil no se sustenta por sí sola, sino que se subordina a la promoción de la pena, carece de autonomía, y cuando la pretensión penal no sea promovida o continuable, tampoco la pretensión civil lo será en el proceso penal. La acción civil solo puede ser ejercida cuando la pena principal esté pendiente.

En efecto, la vida de ese resarcimiento depende de la sanción penal, aunque ambas son independientes por su finalidad, naturaleza y contenido.

En conclusión, la acción penal es la que se ejercita para establecer la responsabilidad criminal, mientras que la civil, ocasionada por la comisión de un delito o falta.

La determinación de quienes pueden ejercitar esta acción constituye uno de los temas más debatidos en el derecho procesal penal, y resueltos por las diversas legislaciones de muy diversa manera. Como norma orientadora puede afirmarse que la acción está encomendada principal o inexcusablemente al ministerio público, cuando se trata de delitos que afectan a la sociedad y que, por ello, tienen carácter público. Otros delitos, por su índole privada, solo pueden ser accionados por la víctima, por sus representantes o por sus causahabientes; ya que se estima que en su comisión no se encuentra lesionado el interés social. Y hay otros delitos en que, no obstante afectar el interés público, la acción únicamente puede ser iniciada por la víctima y representantes o causahabientes.

Las acciones penales no se excluyen unas a otras; así, en los delitos públicos, resultarán compatibles las que siguen el Ministerio Público, el damnificado, y la acción popular, allí donde sea admitida. En los delitos de iniciativa privada pueden coexistir la acción pública y la del particular perjudicado. Con respecto a los delitos de acción privada, la única posibilidad es la promovida por la parte afectada. Es decir si se promueve una acción penal por un delito de acción pública, al mismo tiempo se puede perseguir un delito de persecución pública a instancia particular, empero en la acción privada no puede participar para nada el Ministerio Público, ya que solo procede acción privada ejercida directamente por la víctima como querellante exclusivo.

1.11. Extinción de la persecución penal

La persecución penal desaparece o se extingue:

- Por muerte del imputado
- Por amnistía.
- Por prescripción.

El Código Procesal Penal, Decreto número 51-92, del Congreso de la República de Guatemala toma en cuenta, además de los motivos indicados que extinguen la acción penal, los contemplados en el Artículo 32.

La acción penal, de acuerdo con la clasificación que hace el Código Procesal Penal guatemalteco, será tratada ampliamente en los capítulos subsiguientes.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

CAPÍTULO II

2. Obstáculos para el ejercicio de la acción penal

El Estado en virtud del *ius puniendi* de que está investido, como ya fue estudiado en su oportunidad, es el único facultado para aplicar la ley en casos concretos, actuando por medio de los órganos encargados para ello, cuando se ha transgredido el orden jurídico y se ha afectado de esa manera los bienes jurídicos tutelados. Sin embargo, ya promovida la actuación jurisdiccional, el estado tiene también la obligación de garantizar el derecho de defensa como un derecho constitucional adquirido, así como garantizar el debido proceso, en virtud de lo cual, la persona sindicada por la comisión de un hecho tipificado como delito tiene la facultad de oponerse a la persecución penal.

El proceso penal, menciona Alberto Herrarte; *"no siempre se desarrolla en una forma regular. Existen ciertos obstáculos que impiden su prosecución y que lo suspenden, algunas veces en forma temporal y otras indefinidamente."*[14]

Los obstáculos para la persecución penal son impedimentos que, sin referirse a la existencia del delito o a la responsabilidad del imputado, tienen como efecto postergar el ejercicio de la acción penal en el proceso de que se trata de impedirlo definitivamente.

La Real Academia de la Lengua Española define como obstáculo: "*Impedimento, inconveniente; obstaculizar es impedir o dificultar la consecución de un propósito.*"[15]

En este sentido, se puede entender los obstáculos a la persecución penal, obstáculos procesales u obstáculos al ejercicio de la acción penal, pero solo sin son declarados con lugar suspenden la persecución penal.

La escritora venezolana Magaly Vásquez explica que: "*El CPP contempla varias causales que denomina obstáculos al ejercicio de la acción penal y tienen por finalidad evitar el ejercicio*

[14] A. Herrarte. *Derecho procesal penal. El proceso penal guatemalteco.* Guatemala: Ed. Centro Editorial Vite, 1993. Pág. 201.
[15] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española.* 20ª. ed.; t. I, España: Ed. Real Academia de la Lengua Española, 1992. Pág. 1462.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

de la acción por parte del sujeto procesal legitimado para hacerlo (fiscal o víctima, según sea, trate de los delitos de acción pública o de dependiente de instancia privada) o, una vez ejercida la acción detener el proceso de manera provisional o definitiva."[16]

Como obstáculos a la persecución penal el código procesal penal de Guatemala enumera la cuestión prejudicial, el antejuicio y las excepciones. Dentro de estas se distinguen las excepciones de incompetencia, la de falta de acción y la de extinción de la persecución penal o pretensión civil.

2.1. Naturaleza jurídica de los obstáculos para la persecución penal

En el proceso penal, puede ocurrir que aparezca como posible una circunstancia que obstaculice el ejercicio de los poderes de acción y de jurisdicción, es decir que pueda surgir un obstáculo impeditivo del pronunciamiento de la decisión sobre el fondo con respecto a la pretensión hecha valer en el proceso, dado el caso y no mediando el retiro de la pretensión. Es decir, desistimiento procesal o renuncia, o corrección oportuna del defecto o vicio, el tribunal es el órgano que debe decidir; para ello se determinará en sentido afirmativo o negativo sea de oficio, o instancia de parte interesada. Cuando la cuestión asumida de oficio o propuesta por parte interesada resultare acogida, significará en definitiva que se niega la prestación de la jurisdicción para el caso propuesto por el actor, o que se paraliza su ejercicio.

En realidad, ese pronunciamiento formal ha de contener una declaración positiva o negativa acerca de la válida promoción o ejercicio de la acción, lo que significa expresarse sobre la viabilidad de esta.

La declaración, en sentido positivo o acogiendo la cuestión, implica negar esa viabilidad ante la falta de apoyo legal indispensable para que el ejercicio de la acción pueda producir los efectos jurídicos que le son propios.

El interés público de un trámite regular y legal, manifestado en la exigencia constitucional del juicio previo, proporciona al juez atribuciones de decisión. Sobre este

[16] G. M. Vásquez *Ob. Cit*. Pág. 48.

particular, Creus afirma que *:"Cuando una de estas circunstancias impeditivas a la promoción de la acción se advierte in limine litis, es común que los códigos procesales prevean este poder autónomo del tribunal."*[17]

En efecto, el proceso se puede resolver definitiva o provisionalmente. Es definitivo cuando la aceptación del obstáculo implica imposibilidad de continuar en el proceso teniendo un efecto extintivo, puede ocurrir que se continúe en el proceso una vez salvado el obstáculo mediante el cumplimiento de lo omitido.

Contrario *sensu* es provisional cuando el obstáculo solo remite a otra instancia, otra rama del derecho para que pueda solucionar el conflicto, y una vez solucionado por otra rama del derecho regresa al derecho penal.

Un obstáculo para la persecución penal, distinto a las excepciones, es el derecho de antejuicio del que gozan algunos funcionarios públicos el cual consiste en que previo que se les persiga penalmente una autoridad distinta, y fundamentalmente en un procedimiento distinto, una vez agotado y al no existir indicios de delito o de participación del funcionario es imposible el juzgamiento siendo un fallo donde no proceden recursos ordinarios, como si ocurre en las excepciones y la cuestión prejudicial.

2.2. La cuestión prejudicial

Resulta en extremo escueta la información que brindan sobre esta institución jurídica los Artículos 291 y 292 del Código Procesal Penal en los cuales está regulada la mencionada institución. Esa escasa información apareja la exigencia de desarrollar una normativa de carácter interpretativo más amplia en la que esté incluida la gama de figuras delictivas en las cuales pueda invocar su procedencia, así como también el procedimiento que permite regresar al proceso penal una causa que se ha ventilado en otra vía. Por eso el investigador considera que el tema de la prejudicialidad no está bien determinado en la normativa que lo regula, por cuanto el tema es tratado de manera superficial, abriendo las puertas para que sea interpretado por los jueces de distinta

[17] C. Creus. *Derecho procesal penal.* Argentina: Ed. Astrea, 1996. Pág. 76.

forma. Además, las normas que regulan tal institución no explican qué se debe entender por prejudicialidad mucho menos se sabe en qué elemento reside su naturaleza. Esa incertidumbre genera serios problemas para su correcta aplicación, y si bien es cierto que existe doctrina de la Corte Suprema de Justicia que en cuanto a la procedencia de la Casación que han invocado en sus fallos recientes, en los cuales se establece que si el obstáculo a la persecución penal es declarado con lugar por una sala de apelaciones procede la interposición de la casación y si el obstáculo a la persecución penal es declarado sin lugar por sala de apelaciones, procede el amparo. Sobre este aspecto es al que me refiero que debe ser aclarado normativamente, y si bien no estoy en posición de desafiarlo sí pretendo discutir mi discrepancia con tal criterio, y es lo que constituye el eje central de mi criterio que quedará plasmado en el posterior desarrollo.

Por ello, el presente estudio se iniciará tratando de realizar una recopilación de las definiciones aportados por los diferentes doctrinarios que han tratado el tema con el objetivo de ampliar el conocimiento que se tenga acerca de la institución de la prejudicialidad.

2.3. La prejudicialidad en la doctrina

Según Moreno Catena: "*La prejudicialidad es un fenómeno que se produce ante la presencia de objetos procesales complejos.*"[18]

Previo a citar a otros autores, es preciso entender que, en sentido estricto, la prejudicialidad es el fenómeno que se produce cuando para la decisión de fondo sobre un asunto concreto, atribuido legalmente al conocimiento de un determinado órgano jurisdiccional, y que constituye el objeto principal del proceso, es necesaria la previa decisión también de fondo sobre otro asunto integrado en aquel, objeto accesorio que, aisladamente considerado, es susceptible de constituir el objeto de otro proceso distinto.

[18] Moreno Catena. *Manual de organización judicial.* España: Ed. Tirant lo Blanch, 2003. Pág. 227.

Para Manuel Ossorio, cuestión prejudicial es: "*Aquella que tiene que ser incidentalmente resuelta por el mismo o por otro tribunal, a efecto de poder tramitar o resolver en el orden civil o en orden penal la cuestión principal sometida a juicio. Las cuestiones prejudiciales dan lugar a los incidentes de previó y especial pronunciamiento y a las excepciones dilatorias y perentorias*".[19]

Para Alamargo Nosete y Tome Paule, "*prejudicial es todo juicio judicial que deba formarse, con carácter previo, para poder formular el juicio definitivo sobre la cuestión que se decide en el asunto principal. La prejudicialidad guarda una conexión de lógica jurídica con el tema que se debate de tal manera, que la decisión que exige bien se haga en el curso del proceso o se produzca en la sentencia que pone término al mismo está siempre en relación de subordinación, con el objeto principal del proceso*"[20]

Según Devis Echandia, "*Existe prejudicialidad cuando se trate de una cuestión sustancial pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia proceso separado, ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene*."[21]

Con base en los anteriores conceptos, es posible determinar que las cuestiones prejudiciales deben entenderse como los objetos concretos que motivan la necesidad del juicio previo al juicio sobre la cuestión principal. Su resolución del fondo de la litis no es del mismo órgano si no de otro órgano jurisdiccional diferente del que enjuicia la cuestión principal, bien sea, que pertenezca al mismo orden jurisdiccional a otro distinto.

"*Es posible definirla como aquellas cuestiones de carácter previo y preferente que deben ser decidas antes que la acción penal pueda seguir su curso y porque la decisión de las mismas debe juzgar por anticipado o prejuzgar, las otras cuestiones que de ellas depende*."[22]

Miguel Fenech expone: "*existe cuestión prejudicial cuando en un proceso penal, además de la pretensión punitiva se pretende la actuación de una pretensión no punitiva prejudicial a*

[19]M. Ossorio. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* Argentina: Ed. De Palma 1987. Pág. 187.
[20] *La prejudicialidad en el derecho*. 2003,
http://www.yahoo.com/sp=?prejudicialidad+derecho/Alemania/=+español+=/html
[21] *Ibid.*
[22]E. Suárez De Llera Barcena. *La prejudicialidad.* España: Ed. Tirant Lo Blanc, 2003. Pág. 227.

aquella, o cuando se interpone en el mismo para que se traslade se conocimiento a otro titular no penal del órgano jurisdiccional, suspendiéndose en tanto el proceso penal hasta la resolución de la prejudicial".[23]

Lara Cruz, define la cuestión prejudicial diciendo que: "*es la propuesta incidentalmente en un proceso y que ha de ser resuelta antes que la principal, sobre cuya decisión puede tener influencia, suspendiendo por tanto el curso del mismo*".[24]

Gómez Orbaneja, dice que: "*la cuestión prejudicial se da cuando la resolución de una cuestión de derecho privado (civil o mercantil) o público (constitucional, internacional, administrativo) ejerce influencia sobre la decisión de una cuestión penal o a la inversa*"[25]

Fernández Boixader, entiende que se está en presencia de una cuestión prejudicial: "*Siempre que en el transcurso de un pleito civil o durante la tramitación de un proceso penal se produzca un advenimiento causal ajeno, pero inserto al problema que se debate, el cual, por ser antecedente obligado del fallo, dada su influencia, debe ser resuelto antes que la cuestión principal, con suspensión del curso del proceso de la misma*."[26]

Es por eso que, para el presente estudio, se debe dar una definición más acorde a la legislación procesal penal guatemalteca, la definición es la siguiente: cuestión prejudicial es el obstáculo a la persecución penal consistente en un proceso previo, preferente e independiente que suspende el proceso penal y cuya resolución influye en el conocimiento y decisión de este.

El Artículo 291 del Código Procesal Penal, exige como requisito indispensable que la persecución penal dependa exclusivamente de una cuestión prejudicial, esta dependencia exclusiva suele ser inadvertida en las distintas resoluciones judiciales y es difícil que sea analizada. Mecánicamente se declara la existencia de la misma cuando figura dentro de un proceso un pagaré o una o un documento público donde se establezca que cualquier diferencia se ventilará mediante arbitraje, es decir se incluye

[23] M. Fenech, citado por Bran Dieguez, Miguel Enrique. *Las excepciones previas en el nuevo código procesal penal.* Pág. 29.
[24] C. E. Lara De La Cruz**.** *La cuestión prejudicial y su trámite en al cuerda pública en el proceso penal*. Pág. 9.
[25] *Ibíd***.** Pág. 7.
[26] *Ibíd***.** Pág. 8.

una cláusula arbitral como preparando previamente el terreno con artificios para que en un momento determinado la acción penal encuentre ese tipo de valladares.

Si bien la normativa procesal no debe resolver todos los conflictos y reserva una buena parte a la interpretación de la ley, ello no implica que la regulación de la cuestión prejudicial no sea precaria. En efecto, es preciso que por lo menos se tenga claro en que casos puede interponerse, habida cuenta de los demás obstáculos a la persecución penal como el antejuicio. Está claramente determinado quien está protegido con tal prerrogativa y cuando debe interponerse, el código procesal penal de Paraguay, por ejemplo, establece que la cuestión prejudicial únicamente procede en juicio de alimentos, es decir previamente a que se investigue comisión de delito por negación de asistencia económica, se instruye el juicio civil de alimentos y es el único proceso que admite tal obstáculo.

En Guatemala, la cuestión prejudicial como figura jurídica es susceptible de ser utilizada en abuso, y afortunadamente ya existe consenso jurisdiccional que solamente con lugar se suspende el procedimiento. Empero anteriormente, por decirlo de una manera generalizada, en el año dos mil cinco a dos mil ocho, inclusive en algunos juzgados de primera instancia, se suspendía el proceso penal con la simple interposición de la cuestión prejudicial, con amparo el segundo párrafo del Artículo 292 del Código Procesal Penal que establece: "El tribunal tramitará la cuestión prejudicial en forma de incidente, y si acepta su existencia, suspenderá el procedimiento hasta que sea resuelta por juez competente"

El párrafo precedente era interpretado en el sentido de que con la presentación del incidente de cuestión prejudicial se suspendía el procedimiento penal hasta que fuera resuelta, ello por un error de redacción ostensible en el sentido que primero sitúa la resolución al establecer si acepta o no su existencia correspondía entonces según el criterio del investigador que el párrafo debió decir : Suspenderá el procedimiento hasta que sea resuelta si acepta su existencia, empero situar la frase hasta que sea resuelta en segundo termino es la que generaba la confusión, por lo tanto la cuestión prejudicial se utilizaba frecuentemente con fines evidentemente dilatorios, y si bien dilata la persecución penal y por ello es un obstáculo, no implica que sea la finalidad la dilación procesal.

Es frecuente la interposición de la cuestión prejudicial, también en casi todos los casos, relativos a falsead material o falsedad ideológica con la pretensión de que se discuta previamente lo relativo a la nulidad del instrumento público; ello, con fundamento en el Artículo 186, del Código Procesal Civil y Mercantil que establece que "*Los documentos autorizados por notario o funcionario público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de reargüirlos de nulidad o falsedad*."

Surge, pues, la invocación defensiva de que para iniciar la persecución penal debe previamente un juez de naturaleza civil determinar mediante juicio que el instrumento público que figura como dudoso es nulo, generalmente por vicios de consentimiento.

No puede ser desapercibido que en el artículo precitado del Código Procesal Civil y Mercantil se establezca que el instrumento público sea redargüido de nulidad o falsedad. Esta dualidad nulidad o falsedad que genera disyunción separa ambos conceptos y esta separación ostenta un significado jurídico necesario de desentrañar. En efecto si se debe redargüir un documento público de nulidad, es obvio que la nulidad se ventila en un procedimiento estrictamente civil, en tanto que al incluirse el concepto falsedad, es obvio que una falsedad no puede ser discutida en un juicio civil por cuanto la falsedad es un concepto exclusivo del ordenamiento penal, sea en cualquiera de sus dos manifestaciones material o ideológica, ello desvirtúa la obligatoriedad de que en un caso donde se alegue que un instrumento público es falso que se deba previamente declarar por un juzgado del orden civil la declaratoria de nulidad.

En efecto, cuando se invoca falsedad de un instrumento público, generalmente se hace en relación con la firma de uno de los otorgantes, con mayor grado de lógica, la firma del cedente, vendedor o persona cuya obligación sea la entrega de un bien; obviamente la firma del beneficiario por lo regular no es dubitada, así también figuran como invocados los vicios del consentimiento.

2.4. Naturaleza jurídica

Bran Diéguez, al abordar el tema de la naturaleza jurídica de la cuestión prejudicial indica que: "*para determinar la naturaleza jurídica de las cuestiones prejudiciales es necesario, establecer antes su situación en el campo de la conexión procesal; su existencia implica una relación con un proceso principal cuyo trámite no está agotado al tiempo de su planteamiento: esto se impone, desde ya, porque el área de las cuestiones prejudiciales es menos amplia que la de la prejudicialidad propiamente de dicha, de donde se comprende que hay que deslindar el área de esa conexión para que sea aceptadas como cuestiones prejudiciales*".[27]

Las cuestiones prejudiciales constituyen hechos que están ligados al delito imputado, ya que unos y otros no podrían existir si no existiere un hecho punible, "*Aparecen cuando se inicia la relación jurídico penal de las partes en el proceso criminal y del órgano jurisdiccional está facultado discretamente por mandato legal para admitirlas y darles su curso que manda o rechazarlas o declararlas sin lugar en su caso".*[28]

La cuestión prejudicial afecta el ejercicio de la acción, porque si se declara con lugar suspende el proceso penal, mientras se somete a conocimiento y resolución del órgano jurisdiccional competente, resolución que influye directamente en el proceso penal.

Es posible concluir que la naturaleza jurídica de la cuestión prejudicial, en la legislación procesal penal vigente, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, es la de ser un obstáculo a la persecución penal, no se puede considerar como excepción previa, consideración ésta que sí se daba de conformidad con la legislación procesal penal anterior, Decreto número 52-73 del Congreso de la República.

2.5. Antecedentes históricos

No obstante que se analizará la cuestión prejudicial en la historia guatemalteca, se hace necesario hacer un breve relato del origen histórico que en el ámbito internacional ha tenido esta institución.

[27] Bran Dieguez. *Ob. Cit.* Pág. 30 y 31
[28] *Ibid.*

Es por ello que se indicará que la cuestión prejudicial tiene su origen en el Derecho Romano. A este respecto, menciona Eugene Petit que las cuestiones prejudiciales tienen por objeto: "…*hacer resolver judicialmente ciertas cuestiones de derecho o de hecho cuya solución puede se útil al demandante en vista de un proceso ulterior. En dicho ordenamiento jurídico la Cuestión Prejudicial, está compuesta de dos voces PRAE JUDICION que significa una etapa ulterior al juicio o antes del juicio*."[29]

Emilio De Llerena Suárez indica que: "*En la antigüedad en Francia se inspiró también en antecedentes romanos, pero el influjo de las nuevas ideas, generadoras de las nuevas doctrinas procesales, fue abriendo el camino al concepto de prejudicialidad civil, admitido hoy por la mayor parte de tratadistas. En un principio de limitaba a la prejudicialidad en las cuestiones relativas al estado civil de las personas quedando reconocido en el Código de Napoleón donde se consignaba que los tribunales civiles eran los competentes en resolver, aceptando con el transcurso del tiempo cuestiones referentes a la propiedad, así mismo relacionadas con el derecho mercantil y administrativas, este régimen fue seguido por Bélgica, Italia y Holanda*."[30]

La cuestión prejudicial no es nueva, ni en la ciencia jurídica ni en el derecho positivo de algunas naciones, ya que es posible observar al igual que, como muchas instituciones del derecho procesal, tiene su origen en la legislación romana, en la que tanta importancia se le concedía a la *actio preajudiciales*.

Así es como, en algunos códigos de legislación imperial, se encuentran precedentes, especialmente en cuestiones de estado civil de las personas, y de la propiedad si bien en aquel derecho no podían producirse grandes conflictos acerca de ello, porque el juez competente para conocer de la acción penal era el mismo que debía conocer de las cuestiones prejudiciales, que se convertían en un incidente en el proceso.

En el movimiento romano denominado las partidas se adoptan las normas romanas. Las leyes recopiladas no ponían tampoco limitación a la justicia penal en el conocimiento de tales cuestiones, relativas también al estado civil y a la propiedad. Los prácticos sostenían la misma doctrina.

[29] E. Petit. *Tratado elemental de derecho romano.* Pág. 102.
[30] E. Suárez De Llerena Barcena. *Ob. Cit***.** Pág. 231.

2.6. Breves antecedentes históricos de la cuestión prejudicial en Guatemala

"*Leyes de Indias: Los antecedentes del Proceso Penal Guatemalteco, se remontan al tiempo de la Colonia, ya que el mismo se encontraba bajo el imperio de las leyes de Indias, puestas en vigor por la Corona Española desde l680, reconociéndose en dicho cuerpo legal los derechos de los indígenas con un propósito humanitario. "Dichas leyes constaban de nueve libros haciendo un total de 10,000 leyes, entre las que se estructuraban el Consejo Real, las Audiencias, los Oidores, los Visitadores, los Juzgados de los bienes de los difuntos, así como la organización judicial*".[31]

Aunque en dichas leyes, a pesar de ser una innovación para las posesiones hispánicas en América, el procedimiento penal estaba regido por los principios del sistema inquisitivo, al ser un proceso escrito, formal, y burocrático, estuvo en vigencia aún después de 1821, época de la independencia de España, por lo que ni se puede mencionar la figura de la cuestión prejudicial.

Código de Lívingston: No es sino hasta el año de 1837, durante el gobierno de Mariano Gálvez (1831-1838), que, por medio del Código de Lívingston, se introduce en Guatemala en materia procesal penal, el sistema acusatorio, en el que predominaban los principios de oralidad y publicidad. Se estableció como novedad el sistema de jurados, pero desafortunadamente no rindió los frutos que se esperaban, principalmente por el escaso grado de cultura de las personas llamadas a integrar dichos jurados. Otro de los fuertes obstáculos a dicho procedimiento fue el derrocamiento del Gobierno de Gálvez, aprovechado por sus opositores, quienes al llegar al poder ponen en vigor un código procesal penal con fuertes influencias del sistema inquisitivo, el que durante su vigencia sufre varias reformas, principalmente en el año de 1877 durante el Gobierno de Justo Rufino Barrios, por lo que es obvio que las garantías del proceso eran escasas y las figuras procesales que emanan de dichas garantías eran inexistentes.

Código de procedimientos penales: El 7 de enero de l898 entra en vigor, en Guatemala, el Código de Procedimientos Penales, Decreto 551 del presidente de la República, General José María Reyna Barrios, quien se inspiró en el procedimiento escrito de

[31] Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual.* Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1976. Pág. 3.

España de 1879, aunque para la península Ibérica, en 1882 la ley de enjuiciamiento criminal ya era compatible con la ley de bases, que contemplaba los principios del sistema acusatorio, los que desafortunadamente en nuestro país no se tomaron en cuenta, y permitieron a la continuación del sistema inquisitivo lo que cercenaba garantías y por ende la figura procesal objeto de estudio, porque el proceso penal se desarrolló un una sola instancia en el cual "*Un solo Juez conoce de todo el proceso, hasta dictar sentencia, así: Conocía del sumario, abría a juicio, recibía la prueba la que tenía que valorar conforme el sistema tasado o legal y por último dictaba sentencia*".[32]

Durante los 75 años en que estuvo en vigencia en Guatemala, al Código de Procedimientos Criminales se le hicieron varias reformas de acuerdo con la realidad cultural, social y política de cada época, pero que en poco se ajustaban a los postulados establecidos, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otras convenciones, convenios y tratados internacionales. Por esta razón surge en el medio forense guatemalteco, en más de una oportunidad, la inquietud de que se adaptara el ordenamiento jurídico en materia procesal penal a aquellos convenios internacionales, y fueron presentados anteproyectos de ley ante el Organismo Legislativo, para cambiar el sistema en la administración de justicia penal. Pero los intentos fueron infructuosos, ya que dichos anteproyectos, fueron engavetados en el Congreso.

Código procesal penal: no es sino hasta el 5 de julio de 1973, durante el gobierno del Coronel Carlos Manuel Arana Osorio, que entra en vigor el Decreto 52-73 del Congreso de la República, Código Procesal Penal, y el autor del anteproyecto de dicho cuerpo legal fue el Licenciado Hernán Hurtado Aguilar, quien vio que los lineamientos fijados en el anteproyecto del nuevo código, no fueron tomados en cuenta por el organismo legislativo, porque según el criterio de dicho organismo emitido por medio de sus representantes "*En el proceso penal guatemalteco no hay un verdadero contradictorio, el procedimiento es lento y escrito, en gran parte continúa la secretividad, la actividad procesal*

[32] G. Y. Albeño Ovando. *Derecho procesal penal, implantación del juicio oral al proceso penal guatemalteco.* Guatemala: Ed. Talleres e imprenta. Fotografiado Llerena. 1993. Pág. 2.

sigue concentrada en un solo Juez y la ausencia de una verdadera inmediación, permite la continuación del sistema inquisitivo".[33]

El proceso penal, entonces, se desarrolla en dos etapas, el sumario o instrucción y el juicio, que no permitía incidentar el proceso.

La cuestión prejudicial en la historia guatemalteca se encuentra por primera vez regulada en el Decreto 52-73 del Congreso de la República de Guatemala, antiguo Código Procesal Penal, como una excepción y no como un obstáculo a la persecución penal, ello con independencia de que ya sea como excepción o como obstáculo son incidentes los que se interponen. Aunque actualmente se le preceptúa como obstáculo a la persecución penal, en el código anterior se encontraba regulada en el Artículo 301 del mismo de la siguiente forma: "*La excepción de prejudicialidad sólo podrá interponerse cuando se trate de cuestiones civiles o administrativas por hechos anteriores al delito y que por su naturaleza y la del proceso penal respectivo sea necesario resolverlas previamente y de inmediato por ser determinantes, en el caso de que la cuestión no pudiera comprenderse dentro del trámite ordinario del proceso.*"

Con respecto al procedimiento de diligenciamiento, este no ha variado mucho; sin embargo, en el trámite, como ya se indicó, en ambos casos es incidental, porque en el primer caso figura como excepción, y hoy también se denomina como excepción al incidente de cuestión prejudicial.

2.7. Clasificación doctrinaria de la cuestión prejudicial

La clasificación más completa de las cuestiones prejudiciales es la que hace Gimeno Sendra

a) "*Por su naturaleza: Genéricas y específicas*

Genéricas: Todas las cuestiones cualquiera que sea su naturaleza intrínseca que se oponen a la continuación del proceso hasta que se resuelva la misma.

[33] Cabanellas, *Ob. Cit.* Pág. 2.

Específicas: Son las que se oponen por afectar a la naturaleza de la relación sustantiva del derecho cuestiona. Las específicas se dividen en impropias conexas y propias o perfectas, las que se dividen en homogéneas y que se refieren a materia civil, mercantil y administrativas y heterogéneas.

Propias o impropias: Aunque la nota distintiva de las específicas resida en oponerse por afectar al núcleo del tipo delictivo, esta afección puede resultar de una cuestión ya resuelta, en cuyo caso se trata realmente de señalar los efectos de la cosa juzgada de un proceso en otro posterior.

Homogéneas: Se denominan así a las cuestiones prejudiciales que tiene como base que el hecho condicionante que debe ser de la misma naturaleza o índole penal, esté sometido al juzgamiento del mismo juez del hecho condicionado o bien, a otro diferente, pero de la misma competencia penal."[34]

Por otro lado, el texto manual de organización judicial de origen español realiza otra clasificación indicando que: "*Las cuestiones prejudiciales pueden clasificarse atendiendo a distinto criterios…*"[35]

A continuación se anotan los aspectos importantes de esta clasificación:

"*Un primer criterio es el de su naturaleza o contenido, pudiendo distinguirse así entre cuestiones prejudiciales homogéneas y heterogéneas. Las homogéneas son aquellas que tienen la misma naturaleza del objeto principal en que se integran, se hallan reguladas por normas del mismo ramo del ordenamiento y sus conocimiento se halla normalmente atribuido a los órganos del mismo orden jurisdiccional que conoce del asunto principal; mientras que las heterogéneas son las que tienen una naturaleza distinta de la del objeto principal y se hallan reguladas por normas de distinta naturaleza, de modo que, aisladamente consideradas, su conocimiento quedaría atribuido a los órganos de otro orden jurisdiccional.*"[36]

Íntimamente relacionado con el criterio anterior, pueden clasificarse las cuestiones prejudiciales atendiendo a la rama del orden jurídico que las regula o las prevé, como

[34] Gimeno Sendra. *Ob. Cit.* Pág. 231.
[35] M. Villagómez Cebrián, V. Guzmán Fluja, R. Catillejo Manzanares, I. Flores Prada, E. de Llera Suárez-Bárcena y L. M. Contreras. *Manual de Organización Judicial.* España: Ed. Valencia, 2003. Pág. 228.
[36] *Ibid***,** pág. 229.

cuestiones prejudiciales civiles, administrativas, laborales, penales, constitucionales y comunitarias.

Desde la perspectiva de la sentencia o decisión de fondo, la prejudicialidad puede producirse tanto con respecto al elemento fáctico como al normativo o jurídico, lo que permite hablar de prejudicialidad normativa y de prejudicialidad de hecho.

Dentro el as cuestiones prejudiciales heterogéneas puede distinguirse a su vez dos clases: las cuestiones prejudiciales devolutivas o excluyentes y no devolutivas o no excluyentes.

"*Ante la presencia de una cuestión prejudicial el legislador puede optar por atribuir su conocimiento al órgano que con carácter general tiene atribuida la potestad jurisdiccional para resolverla según su naturaleza, obligando en tal caso a que el que conoce del asunto principal quede vinculado por la resolución de aquel, o tribuir excepcionalmente su conocimiento al tribunal que cono del objeto principal, aunque su decisión no produzca efecto fuera del mismo, esto es, resuelva a los solos efectos de decidir sobre la cuestión principal*."[37]

Así, cuando el conocimiento de la cuestión prejudicial se atribuye al mismo tribunal que conoce de la cuestión principal, se dice que la cuestión prejudicial será no devolutiva o no excluyente de la jurisdicción del mismo, y será resuelta en la sentencia que recaiga sobre su asunto principal como antecedente lógico-jurídico de esa decisión que además no producirá efecto de cosa juzgada fuera del proceso, esto es, la decisión sobre el objeto accesorio se hará únicamente a los efectos prejudiciales.

Por el contrario, cuando la ley atribuye la decisión al a cuestión prejudicial a un tribunal distinto del que conoce del asunto principal en que la cuestión se integra, se dice que es devolutiva o excluyente. En este caso, el tribunal que conoce del asunto principal ha de suspender el proceso y esperar a que el órgano jurisdiccional que ha de conocer de la cuestión prejudicial se pronuncie sobre ella, quedando vinculado por ese pronunciamiento para la decisión sobre el asunto principal.

[37] De Llerena Suárez Barcena. *Ob. Cit*. Pág. 331.

2.8. La cuestión prejudicial sustantiva

Las insuficiencias de los elementos temporal y lógico para configurar la naturaleza jurídica de las cuestiones prejudiciales motivó la adición a los mismos de un nuevo factor para tener en cuenta: en concreto, el denominado por la doctrina italiana elemento jurídico relativo a la común naturaleza jurídico sustantiva entre la cuestión prejudicial y la principal.

Como señala Marín Pageo: "*La prejudicialidad lógica es el presupuesto de la prejudicialidad jurídica, lo que ha conducido a no pocos autores a considerar que la prejudicialidad lógica constituye el género y la jurídica la especie, de modo que todas las cuestiones prejudiciales desde el punto de vista jurídico lo son también desde la perspectiva lógica pero no a la inversa.*"[38]

Sin embargo, la naturaleza jurídico sustantiva (elemento jurídico) de una cuestión cuya decisión debía ser previa (elemento temporal) y necesaria (elemento lógico) a la resolución del asunto principal continuaba sin ser suficiente para delimitar la existencia de una cuestión prejudicial, por lo que en estrecha relación con el elemento jurídico se yuxtapuso un componente más, a saber: la susceptibilidad de la cuestión para poder convertirse en objeto de un proceso autónomo. Admitiendo la potencial autonomía de la materia prejudicial adquiere significado la tradicional diferenciación entre conocimiento *incidenter tamtum* y conocimiento *principaliter* pues de no acogerse tal dato, esto es, si la cuestión prejudicial no pudiera ser objeto de un juicio autónomo, la resolución sobre ella adoptada lo sería siempre *incidenter tantum* y no tendría sentido la aludida distinción entre los efectos de la decisión prejudicial.

Entre otro orden de ideas, si bien la previa y necesaria resolución de una cuestión prejudicial en tanto antecedente lógico-jurídico de la cuestión principal se sitúa en el marco de un único proceso, se debe cuestionar si se tratará de un proceso con varios objetos o de un único objeto, aunque complejo.

Para Muñoz Rojas, el punto de inflexión que inclinaría la balanza hacia una u otra posibilidad vendría determinado por el carácter devolutivo o no de la cuestión

[38] E. Marín Pageo. *La prejudicialidad civil en el proceso civil guatemalteco***.** Pág. 51.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

prejudicial, esto es, en función de la atribución de la competencia decisoria de la misma, al juez que esté conociendo del asunto principal o al competente *ratione materiae*. De ese modo, el conocimiento y posterior decisión de una cuestión por el mismo órgano judicial ante el que se esté tramitando el proceso principal, es decir, en el supuesto de una cuestión prejudicial no devolutiva, extendería también su vis atractiva a la comunidad del objeto principal.

Ahora bien, al juicio del ponente, lo relevante al momento de considerar la existencia de varios objetos procesales, o de uno solo, aunque complejo, es precisamente la potencialidad de la cuestión para constituir el objeto de un juicio autónomo. De este modo, cualquier cuestión prejudicial por definición, sea no devolutiva o devolutiva, será susceptible de convertirse en el objeto de un proceso autónomo, y por ello, se está hablando de un único proceso pero con dos objetos, y el requisito esencial de validez de la cuestión prejudicial.

2.9. Regulación legal de la cuestión prejudicial en Guatemala

Como ya se ha mencionado anteriormente existe, prejudicialidad cuando la solución del proceso penal depende de la solución de otro proceso. El manual del fiscal dentro de la prejudicialidad distingue:

a) Prejudicialidad penal: Se dará cuando la solución del proceso dependa de otro proceso no acumulable. Por ejemplo: Juan denuncia a Pedro por la comisión de un homicidio y Pedro interpone una querella contra Juan por calumnia. La querella no podrá resolverse hasta que no se determine si la denuncia es cierta o falsa.

b) Prejudicialidad por otras vías: Se estará ante una cuestión prejudicial no penal cuando la existencia o no existencia del delito dependa de una resolución que el juez penal no tenga competencia material para resolver. Por ejemplo, para condenar por quiebra fraudulenta, regulado en el Artículo 348 del Código Penal, es necesario que el juez civil la haya declarado como tal, según el Artículo 389 del Código Procesal Civil y Mercantil o para perseguir por negación de asistencia económica, regulado en el Artículo 242 del Código Penal, es necesario sentencia firme o convenio.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES USAC SECRETARIA

La cuestión prejudicial puede ser planteada por cualquiera de las partes. Durante el procedimiento preparatorio, y en el intermedio se hará por escrito fundado ante el juez contralor. En la fase de preparación del juicio se hará también por escrito fundado ante el tribunal. Sin embargo, durante el debate se presentará oralmente, tal y como lo establece el Artículo 292 del Código Procesal Penal. En ese contexto cabe advertir que, de acuerdo con reglamentos internos de la corte suprema de justicia e instrucciones giradas a los juzgados de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente, las peticiones se harán de forma oral, de manera que los juzgados referidos aun y cuando el artículo que contiene la figura de la cuestión prejudicial no ha sido modificada en cuanto a su interposición, se rechazan para su trámite peticiones escritas, existiendo una grave confusión entre la preferencia a la oralidad con la desaparición total de los escritos, siendo cuestionable que es más fácil que se le de trámite a una solicitud formulada telefónicamente atendida por un oficial de comunicación que a una solicitud hecha por escrito dirigida al juez con el fundamento de la petición.

En ese sentido, al no haber sido derogado el artículo que exige que la cuestión prejudicial debe estar contenido en escrito fundado, es ilegítimo que se exija que la misma se solicite vía telefónica y sin estar debidamente fundado, porque cómo puede estar debidamente razonada una petición formulada telefónicamente. El Artículo 291 del Código Procesal Penal establece: "En los casos en los que la persecución penal depende exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, el Ministerio Público la promoverá y proseguirá citando a todos los interesados. Si el Ministerio Público no está legitimado para impulsar la cuestión, notificará a la persona interesada requiriéndola sobre la promoción del proceso y su desarrollo, Artículo 291 del Código Procesal Penal."[39]

El juez o tribunal tramitará la cuestión prejudicial en forma de incidente, Artículo 292 del Código Procesal Penal. El incidente se tramitará en pieza separada, ello de acuerdo a los artículos 135 al 140 de la Ley del Organismo Judicial. Se dará audiencia a las partes en el plazo de dos días, y si se solicita la apertura a prueba, el plazo será de diez días. El juez podrá disponer de cinco días más para mejor resolver, con el objeto de recibir pruebas de oficio. Pasada la audiencia, el juez deberá resolver en tres días, y:

[39] Ministerio Público. *Manual del Fiscal.* Guatemala: Ed. Ministerio Público, 1994. Pág. 287.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

a) "*Si acepta su existencia, suspenderá el procedimiento hasta que sea resuelta por juez competente. Sin embargo, el Ministerio Público realizará los actos urgentes de investigación que no admitan demora. Si el imputado estuviere detenido se ordenará su libertad. Asimismo se ordenará el archivo en tanto se resuelva la situación.*

b) *Si el tribunal rechaza la cuestión, mandará seguir el procedimiento.*

Frente a lo resuelto por el juez o tribunal, se podrá plantear recurso de apelación, conforme el artículo 404 inciso 12 del Código Procesal Penal."[40]

2.10. Trámite de la cuestión prejudicial en Guatemala, doctrina de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad relacionadas con la procedencia de casación sobre obstáculos a la persecución penal.

Atendiendo a que el proceso penal constituye una serie de fases es obvio que depende de la fase del proceso en que el mismo se encuentre para el trámite a seguir de la cuestión prejudicial. En efecto, aunque por disposición del Artículo 150 Bis, del Código Procesal Penal, los incidentes se tramitaran como tales, es la etapa preparatoria en la que efectivamente se sustancia el incidente como tal, tomando en consideración que se cumplen los plazos de un incidente como tal, no siendo así en la etapa intermedia por cuanto el Artículo 341, del Código Procesal Penal establece categóricamente que los asuntos planteados se resolverán en la misma audiencia de decisión de apertura a juicio, tomando en consideración que el Articulo 336 del mismo código faculta a la defensa a interponer excepciones y obstáculos a la persecución penal, siendo el único obstáculo a la persecución penal susceptible de interponerse, el de cuestión prejudicial, el cual que se deberá resolver en una sola audiencia y discutirse en la misma resolución de apertura a juicio.

Como se indicó en el párrafo precedente, consignado en la anterior página, depende del momento de interposición del incidente su propio trámite, porque en la fase de debate, también se puede promover como incidente una vez abierto el debate y conferirse las audiencias respectivas y puede resolverse en ese mismo instante o en

[40] *Ibid.*

sentencia, empero en la fase preparatoria como ya se indicó el tramite regulado en el Artículo 150 Bis del Código Procesal Penal cumple todas sus fases, es decir se inicia con la petición de una audiencia unilateral en la audiencia unilateral, se sustancia el mismo con las pruebas que se ofrecen, en dicha audiencia se emite resolución que hace las veces de una admisibilidad formal y convoca a las partes acreditadas en el proceso a una audiencia que no excederá del plazo de dos días si se trata de asunto de derecho, y cinco días si se trata de asunto de hecho a fin de resolver el incidente el mismo día de la audiencia.

Se aclara que, aunque el obstáculo a la persecución penal, específicamente el de Cuestión Prejudicial, es denominado indistintamente como incidente, no se aplican los plazos de la Ley del Organismo Judicial por ser una ley, general, teniendo preeminencia el Artículo 150 Bis del Código Procesal Penal, por ser ley especial aun y cuando, como ya se explicó, no exista un orden en los plazos y cada momento procesal se aparte de dicho artículo.

Otro aspecto que se estima relevante en este apartado es que si bien es cierto por acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, que las solicitudes deben ser de manera oral, así lo ordena también el Articulo 150 Bis del Código Procesal Penal, que específicamente la cuestión prejudicial debe solicitarse una audiencia de manera oral, sin embargo el Artículo 292 del mismo Código señala que la interposición de la Cuestión Prejudicial debe ser mediante escrito fundado, y solo en debate oralmente. Este artículo no ha sido reformado con por el Decreto 7-2011, del Congreso de la Republica de Guatemala, por lo que crea algún tipo de dificultad práctica porque no se podría rechazar un escrito fundado. Sin embargo, se aplica el principio de derogatoria tacita de una nueva ley lo cual es discutible.

En relación con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad relacionadas con el trámite de la cuestión prejudicial, en cuanto a los casos de procedencia de casación, no es necesario diferenciarlas porque la doctrina de la Corte Suprema de Justicia emana de la doctrina de la Corte de Constitucionalidad, con base en ciertos criterios.

En efecto, en las resoluciones que emite la Corte Suprema de Justicia, invoca fallos de la Corte de Constitucionalidad en los cuales refleja su doctrina. Estos fallos son amparo en única instancia número dos mil doscientos treinta y dos, guión dos mil cuatro, cuyo fallo fue emitido el nueve de marzo de dos mil cinco, por ejemplo, y así se podrían citar otros expedientes, lo cual sería ocioso. Empero, en todos los fallos de esa naturaleza se destaca lo que opina tanto la Corte Suprema como la Corte de Constitucionalidad que : "*Como auto definitivo ha de entenderse aquel que produzca efectos suspensivos o conclusivos en relación a las finalidades o componentes del proceso penal, en ese sentido el auto de una sala de apelaciones que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el de un juez de Primera Instancia que decide (acogiendo o denegando) un incidente o excepción solo reviste el carácter de definitivo, y por ello susceptible de ser impugnado mediante casación, si como consecuencia del mismo se declara con lugar el incidente, ya que si así no fuere (es decir se declara sin lugar) esta resolución no le esta poniendo fin a ningún asunto o aspecto del proceso penal, sino únicamente concluyendo una incidencia que no trasciende más allá del ámbito procedimental*."

Este pensamiento convertido en doctrina es el que provoca la presente tesis en tanto, no se desafía pero tampoco se comparte, si tomamos en consideración que auto definitivo implica ausencia de posibilidad de rediscusión, por lo que un auto suspensivo jamás podrá considerarse definitivo, ello sin olvidar también que el Artículo 437 literal c del Código Procesal Penal, emplea el vocablo autos que resuelvan, y resolver implica declarar con o sin lugar una pretensión, lo que causa confrontación de normas y con la doctrina supra citada y abre espacio al presente trabajo de tesis.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

CAPÍTULO III

3. La definitividad en el proceso penal

El principio de definitividad ha tenido un estudio más amplio en materia constitucional, en gran parte debido a las resoluciones emitidas por la Corte de Constitucionalidad, las cuales, en algunas ocasiones, se encuentran basadas en este principio.

El principio de definitividad es uno de los principios fundamentales en que se asienta el sistema de protección de los derechos procesales fundamentales. Este principio, para el caso del proceso penal, implica que para interponer un recurso de casación ante el tribunal competente se esta subordinado al agotamiento de las vías judiciales previas.

Definitivo es un adjetivo definido por el diccionario de la real academia española como: "*Dícese de lo que decide o concluye".*[41] Como segunda y tercera acepción lo define como*, "auto definitivo y sentencia definitiva."*[42]

Por su parte, el autor Manuel Ossorio lo define como: "*Resolutorio: decisivo (Sentencia definitiva).*"[43]

Y, finalmente, el autor Fernando De La Rúa refiere sobre el tema: "*Sentencia definitiva, en sentido propio, es la resolución que pone término al proceso después y en virtud del debate pronunciándose sobre la condena o absolución del imputado… Pero su nota característica es el efecto de poner término al proceso.*"[44]

En la anterior definición puede verse que se refiere a sentencias emitidas después y en virtud del debate, no estableciendo los autos definitivos como causales para la procedencia de la casación, sin embargo, agrega también que la ley, haciendo referencia a la legislación argentina, equipara con la sentencia definitiva, a los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúe, y cita a su vez lo regulado por el código procesal penal argentino, que refiere: "*El recurso se concede*

[41] Academia de la Lengua Española. *Ob. Cit.* Pág. 475.
[42] *Ibid.*
[43] Ossorio. *Ob. Cit.* Pág. 207.
[44] F. De La Rúa. *Recurso de casación en el derecho positivo argentino.* Argentina: Ed. De Palma, 1968. Pág. 193.

contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúa, además de otros casos especiales previstos."

Continua indicando el autor De La Rua que un indicativo de la definitividad de una resolución es: "*…aquello ocurre por la resolución de la causa en la culminación de las instancias ordinarias sin la posibilidad de renovar su examen ex novo ed in totum ante un tribunal de grado superior y dentro del mismo proceso; esto por la extinción de la acción sin la posibilidad de replantear la misma cuestión por otra vía y en un nuevo proceso.*"[45]

3.1. La definitividad como caso de procedencia de casación

De lo definido en el inciso anterior sobre lo que es la definitividad en el recurso de casación, se puede evidenciar la falta de claridad que posee el Código Procesal Penal guatemalteco en cuanto a este requisito, lo que ha provocado como consecuencia la poca comprensión del mismo, pues tal y como lo regula el artículo 437 de este cuerpo legal, el cual establece la procedencia del mismo, únicamente se preceptúa que el recurso de casación procederá contra los autos y sentencias definitivas, sin indicar claramente a qué se refiere al decir definitivos.

Por el tema que ocupa la presente investigación, es necesario hacer referencia al inciso 4 del Artículo 437, ya que se ha establecido, según la doctrina, que la definitividad de una resolución se funda en la capacidad de la misma de ponerle fin al proceso y tal y como lo regula dicho inciso: "*Los recursos de apelación como las resoluciones de los jueces de primera instancia que declaren el sobreseimiento o clausura del proceso; y los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal*."

El anterior inciso provoca una serie de dudas debido a la contradicción que posee, no solo con el mismo artículo, sino también contra las doctrina del recurso de casación. En primer término establece el inciso transcrito que es procedente el recurso de casación contra las sentencias emitidas en virtud de un recurso de apelación que haya sido

[45] Ibid, pág. 421.

presentado contra un auto emitido por un juez de primera instancia que haya declarado con el sobreseimiento o clausura del proceso.

En cuanto al sobreseimiento, será solicitado por el ministerio público cuando no existe fundamento suficiente para el enjuiciamiento del procesado, por lo que en ese sentido provoca la terminación del proceso, surgiendo así el efecto definitivo que lo hace recurrible de apelación y posteriormente de casación. El Ministerio Público podrá solicitar la clausura cuando no sea procedente sobreseer o solicitar la apertura a juicio por no existir los elementos de prueba suficientes para requerir la apertura a juicio, y por lo mismo no sería posible solicitar el sobreseimiento.

Lo especial de clausura se debe a lo indicado anteriormente, debido a que en este caso se emitirá un auto fundado donde se mencionará los medios de prueba que se espera incorporar, ordenando levantar todas las medidas de coerción dictadas contra el procesado, por lo que, en ese sentido, tal resolución no pone fin al proceso, sino más bien lo deja en suspenso pero con la revocación de las medidas de coerción.

Luego de hacer referencia a lo anterior, es interesante anotar que la resolución que determina que ha lugar a una cuestión prejudicial no termina el proceso, sino más bien indica que existe una situación susceptible de ser conocida en otra instancia procesal, por lo que al finalizar la ventilación de este último se continuará con el proceso penal, con lo cual se pierde todo vestigio de definitividad y si es la resolución definitiva en la vía ordinaria la que declara sin lugar la cuestión prejudicial por cuanto al ser dictada por autoridad en alzada tomo el carácter de definitiva.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia, como se verá más adelante, ha determinado que la definitividad de una resolución también consiste en que la misma suspenda el proceso, ello contradice lo establecido por la doctrina con respecto a la definitividad, ya que esta es concluyente al indicar que para que una resolución sea definitiva debe poner fin al proceso, no solamente debe suspenderlo sino terminar la litis, lo cual comparte el autor, y en la doctrina ya citada de la corte suprema se tergiversa.

3.2. Diferencia entre la definitividad en caso de procedencia de recurso de casación y el principio de definitividad

Tal y como se ha podido estudiar, la definitividad en el recurso de casación consiste en aquellas resoluciones que ponen fin al proceso y que contiene un requisito sin el cual no es procedente la interposición del recurso de casación, sin embargo dentro de la doctrina también existe el principio de definitividad el cual consiste en el principio que obliga a que el recurso de amparo se interponga posteriormente a cualquier otro recurso ordinario, administrativo o judicial, establecido legalmente en contra del acto reclamado. La ley ha previsto para pedir el amparo, salvo casos establecidos en la ley, que previo hay que agotar los recursos ordinarios, judiciales o administrativos, por cuyo medio se ventilan adecuadamente los asuntos de conformidad con el debido proceso, según el Artículo 19, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: "salvo casos establecidos en la propia ley", se refiere a los casos de procedencia del inciso f) del artículo 10-, o sea: 1) No hay resolución dentro del término legal; y, 2) Las peticiones no se admiten para su trámite. En ambos casos procede pedir el amparo sin previa interposición de recursos administrativos y judiciales, empero por no ser materia de lo que se investiga no se abunda en el concepto DEFINITIVIDAD tal cual está concebido en la ley en materia de amparo, lo que se pretende solamente es buscar la diferencia de ambos conceptos Ens. forma de aplicación a figuras distintas, incluso de diferente índole, habida cuenta la casación aún y cuando el Código Procesal Penal de Guatemala lo describe como un recuso extraordinario, se conoce en jurisdicción ordinaria y aunque figure como caso de procedencia la violación a una norma constitucional, la materia que conoce es ordinaria, a diferencia del amparo que si es materia constitucional persé por lo tanto extraordinaria y no tiene funciones de instancia revisora de los resuelto, problema que si tiene el recurso de casación que incluso en desafío al Artículo 211, de la Constitución Política de la República de Guatemala, puede constituirse como una tercera instancia, o instancia revisora, de hecho la actual cámara penal de la corte suprema de justicia de Guatemala, le confiere un súper poder al Artículo 442 del Código Procesal Penal, en tanto establece que "*solamente en los casos que advierta de una violación de norma constitucional, o legal podrá disponer la anulación y el reenvío para la corrección debida".*

El establecer que solamente en los casos que advierta de una violación de normativa constitucional o legal, es repetición ociosa del ultima sub caso de procedencia del artículo 441 del mismo Código Procesal, en consecuencia, si existiere vulneración a una norma en particular que sentido tendría la casación como recurso, en efecto lo que vale la pena destacar es que la casación tiene una importante limitación y que se determina en que solo puede conocer errores jurídicos de la resolución, con ello legalmente se está limitando a la autoridad que conoce en grado la casación, no obstante como ya se denunció la actual cámara penal de la Corte Suprema de Justicia, ignora esta limitación y han emitido doctrina que hasta se atreve a establecer que puede descender a la plataforma de los hechos probados por el tribunal de sentencia de primer grado, lo que constituye una extralimitación de facultades y que constituye un abuso por lo ambiguo de la ley, que incluso se ha aprovechado por la cámara penal de la corte suprema de justicia hasta ordenar el reenvío al tribunal de sentencia de primer grado, sin pasar por la respectiva sala de apelaciones, lo que constituye una ilegalidad.

Retornando a la definitividad que exige la Ley de Amparo para la promoción de la acción constitucional de amparo, es necesario advertir que también son constantes las quejas de que la Corte de Constitucionalidad, mediante el amparo, ha revisado materia ordinaria en sus resoluciones; por ello, la Suprema Corte de Justicia Nacional de México, e Ignacio Burgoa coinciden en señalar que, en virtud del carácter extraordinario que informa al amparo, el principio de definitividad supone que previo a que la persona presuntamente agraviada por la actividad autoritaria acuda en solicitud de protección constitucional, debe haber agotado todos los recursos que la ley que rige el acto reclamado establece para atacarlo, ello implica que no quede materia ordinaria que discutir para que el amparo no se constituya en instancia revisora, ello también se consagra en nuestro sistema constitucional, y es exigencia el agotamiento de los recursos ordinarios entendiéndose también con ese preclaro fin que al momento de discutirse el amparo solo sea materia constitucional porque al agotarse los recursos ordinarios definitivamente ya no habrá materia ordinaria que discutir, ello sin perjuicio de que no se está considerando que el conocimiento del amparo sea abstracto, ya que

siempre la base es lo actuado ordinariamente empero que de cómo consecuencia poner en riesgo o lesionar el sistema de garantías y principios constitucionales, cuya tendencia es confundirlos empero se diferencian en el plano dinámico de su aplicación ya que son principios en le plano abstracto y garantías cuando se efectivizan.

Guzmán Hernández señala lo siguiente "*lo anterior significa que dicha garantía constitucional prosperará solamente en casos excepcionales, cuando ya se hayan recorrido todas las jurisdicciones y competencias, porque se interpusieron los procedimientos o recursos ordinarios previstos. La sola posibilidad de que la ley permitiera entablar simultáneamente o potestativamente un procedimiento o un recurso ordinario y el amparo para impugnar un acto de autoridad, con evidencia se desnaturalizara la índole jurídica del último de los medios contralores mencionados, al considerarlo como uno común de defensa.*"[46]

"*Eso sí, debe tenerse en cuenta que los procedimientos o recursos ordinarios, cuya no promoción hace improcedente aquella garantía constitucional, deben tener existencia legal, es decir, deben estar previstos en la ley normativa del acto o de los actos que se impugnen. Por ende, aún cuando haya costumbre, como en muchos casos, de impugnar un acto por algún medio no establecido legalmente, el hecho de que el agraviado no intente éste, no es óbice para que la ejercite la acción constitucional contra la conducta autoritaria lesiva.*" [47]

Como se puede deducir de la anotado anteriormente la definitividad en materia de casación penal difiere de la definitividad en materia de amparo; aunado a ello, la doctrina ha profundizado más en el estudio del principio de definitividad en materia de amparo que en la definitividad en casación ya que aún permanece la duda de que debe entenderse por una resolución definitiva.

[46] M. R. Guzmán Hernández. *El amparo fallido, Publicación de la Corte de Constitucionalidad,* 2ª. ed. Guatemala: Ed. Corte de Constitucionalidad, 2004. Pág. 40 y 41.
[47] Ibid.

3.3. Resolución definitiva

Tal y como lo indica el autor Oscar R. Pandolfi: "*Los límites tradicionales –objetivos- del recurso de casación están fijados en cuanto a las categorías de las resoluciones recurribles*."[48]

El autor anotado estudió la legislación argentina y cita el artículo e indica: "*…en el artículo 427 del CPPRN: Podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena. (de idéntico texto 416 del CPPNQ y simular al 457 del CPPN, el que al finalizar la norma, cuando reza…o hagan imposible que continúan y antes del pasaje siguiente … o denieguen… etc. agrega quizá con mayor rigor lingüístico, las actuaciones.*"[49]

"*La norma viene intacta del viejo código y por ello resulta aplicable el comentario de Núñez. Una sentencia es definitiva si es la última que se puede dictar en la causa sobre el fondo del asunto.*"[50]

Según Cafferena de Jiles: *"…por sentencia se entiende la decisión del tribunal acerca de las acciones y excepciones que han sido materia del juicio... por lo que los fundamentos de la sentencia deben ser acordes a las acciones y excepciones en forma tal que haya entre una y otras la conveniente congruencia y correlación; si dichos fundamentos se refieren a acciones y excepciones no deducidas, la sentencia con la materialidad de sus considerandos de esa especie, cumplirá solo en apariencia, pero no formalmente y en verdad el expresado requisito de anunciar los fundamentos derecho sobre que descansan los sus decisiones.*"[51]

"*…sentencia de término vale tanto como sentencia definitiva, según la definición que el mismo legislador ha tomado de esta actuación judicial. … sentencia definitiva es la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto de juicio.*"[52]

---

[48] O. R, Pandolfi. *Recuso de casación penal.* Argentina: Ed. Ediciones La Rocca, 2001. Pág. 126.
[49] *Ibid.*
[50] *Ibid.*
[51] E. Cafferena de Jiles. *Diccionario de jurisprudencia chilena: recopilación de conceptos y definiciones.* Pág. 305.
[52] *Ibid***.**

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

En el mismo sentido, se pronuncia el autor Fernando De La Rúa indicando que es: "*sentencia definitiva, en sentido propio, es la resolución que pone término al proceso….pronunciándose sobre la condena o absolución del imputado y, en su caso, sobre la restitución, reparación o indemnización demandas. Pero su nota característica es el efecto de poner término al proceso. Por ello el concepto se de sentencia se extiende a la resolución dictada después del debate, que sin decidir el fondo del asunto, se pronuncia sobre cuestiones previas, sustanciales o formales, que implica la posibilidad de conocerlo, y también a la que, dicta antes del debate, sobre el fondo o sobre cuestiones previas, causa la extinción del proceso. El criterio para determinar el concepto se funda más en el efecto de la resolución con relación al proceso, que en su contenido. Es así que se considerado también sentencia definitiva, reconociéndose que procede a su respecto la casación, a aquella que resuelve un recurso de apelación interpuesto en juicio de habeas corpus.*"[53]

La ley equipara con la sentencia definitiva a los autos que pongan fin a la acción, a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones. También aquí se atiende el efecto de la resolución sobre la suerte del proceso, al determinar su extinción De la Rua señala al respecto:

"*Por ello, no interesa que la causa extintiva sea de naturaleza sustancial o formal: es suficiente que el auto tenga la virtualidad de poner fin o impedir su continuación. El recurso de casación procede, por tanto, contra el auto de sobreseimiento, pero no contra resoluciones que lo deniegan."*[54]

"Además de poner fin al proceso, la resolución deber ser definitiva, es decir, dejar impedida o agotada a su respecto la vía de la apelación. Siendo única la instancia de juicio, no tiene cabida la casación per saltum; ésta tampoco procede respeto de resoluciones que, como el auto de sobreseimiento, están sujetas a apelación. El agotamiento de esta vía es requisito ineludible."[55]

Por su parte, Augusto Morello explica la casación y su efecto en las sentencias definitivas, así como que efecto tiene la definitividad indicando que: "*Casar quiere decir anular, dejar sin efecto sentencias definitivas (o que por sus consecuencias para suerte de los*

[53] De La Rúa, Fernando**.** *La casación penal***.** Argentina: Ed. De Palma, 1994. Pág. 180.
[54] Ibid**.**
[55] Ibid**.**

derecho en liltigio se le equiparen)… Definitividad e irreparabilidad son nociones casi intercambiables en el sentido de reflejar lo que el fallo ha frustrado en concreto: el interés del afectado (lo que él sustentaba como que era su derecho); que le atañe de modo directo y personal al legitimado…"[56]

Continúa explicando más adelante que: "*La noción recibida para caracterizar a la sentencia definitiva, particularmente en el panorama del recurso extraordinario federal, ronda de continuo la clave irreparabilidad del agravio que emana, para la parte, de la resolución judicial susceptible de impugnación.*

Empero ¿es únicamente ese indicador el que de manera absoluta permite regular con ciertos criterios objetivos seguros un factor tan decisivo para la procedibilidad de ese recurso?

A su vez ¿cuál es o ha de entenderse como sentencia definitiva en el marco del Artículo 278 del CPBA?

A) Entendemos que es posible reconstruir el concepto de sentencia definitiva en el recuadro del recurso extraordinario provisional (como en el federal) si lo vemos desde registros independientes, aunque al cabo converjan para poder plasmar un concepto común y abarcador.

Nos parece que por tres carriles puede visualizarse la definitividad de un pronunciamiento como relación al interés actual, real y concreto tutelable del afectado.

a) En primer lugar, un dato temporal (como que el tiempo es siempre decisivo en el escenario de la justicia), habida cuenta de que su simple transcurso conlleva el germen de la frustración o de un menoscabo cierto.

b) Desde un segundo ángulo, el que recorre el sendero mancadamente económico, dado que un perjuicio actual al lesionar el patrimonio-que debe aprehenderse de manera dinámica y no solo en reposo o nada más que estáticamente- ocasionan un desfasaje que solo eventualmente habrá idénticas o semejantes condiciones a las existente en ocasión en que se produce el referido menoscabo y ello de por sí supone un riesgo acerca de su eventual o hipotética conjugación (el "ya" contra el "después").

c) Por último, y es más una subvariante de la anterior, la circunstancia de que se dé por supuesta la posibilidad cierta de que un patrimonio, en el momento de la efectividad del retorno

[56] A.M. Morello. *La casación, un modelo intermedio eficiente***.** Argentina: Ed. Platense-Abeledo-Perrot, 1993. Pág. 12.

no compensador (que repara) se haya mantenido incólume y con suficiente consistencia, no empece que en los hechos se consuma un menoscabo, acaso secundario pero lesión al fin, que se habría evitado de haber continuado su titular con su plena disponibilidad, permitiéndose obtener un lucro mayor a través de aplicaciones redituables. En cualquiera de estos casos habrán gravamen concretamente sufrido.

El juego desequilibrador de algunos de esos factores y sus efectos, con mayor razón el de dos o el de la totalidad de ellos, desemboca en un gravamen de imposible, insuficiente, dificultosa y siempre gravosa reparación ulterior. Que en algunos supuestos sobre objetiva y notoria evidencia. Así, en las situaciones de insolvencia, de anormalidades o incertidumbres económicas u otras de carácter azaroso, que permiten introducir través de señales objetivas, que nada serio permitirá cubrir, razonablemente, lo que el concepto jurídico indeterminado de irreparabilidad de por sí involucra.

Al parecer de los tratadistas citados, es entonces, que solo una prudente evaluación de esas circunstancias consideradas de manera fluyente o dinámica, en la experiencia específica de cada supuesto particularizado, recortará el perfil de la sentencia definitiva o a ella equiparable por sus efectos.

Un solo patrón de aparente fuerza nada más que formal, será impotente para suministrar la adecuada motivación; además, con pretendidas notas generales, que no se corresponden con las diferenciadas matizaciones del tráfico. Desde el horizonte bonaerense la idea de que la resolución debe ser de tal significación que termine la litis y haga imposible su continuación por cierto que dista de ser simple y sometida a una sola lectura. (legislación argentina)

a) Lo que gravita es la suerte real del derecho que se debate más que la terminación del litigio en sí.
En un proceso universal –como el de los concursos comerciales- un derecho creditorio que concurrió para ser verificado y no lo es, se malogra pues recibe un tratamiento que produce a su pretenso titular un daño actual e irreparable, no obstante que el proceso universal no concluya por efectos de tal resolución, que se circunscribe a una pretensión debatible dentro de un continente más abarcador.
b) Si un incidente enredado y circular hace que el proceso gire en el vacío y por años no avance hacia su meta lógica, la sentencia de fondo (o en el mérito), las resoluciones que se vayan

dictando puede levantarse como un insuperable estorbo para la adecuada defensa (que menoscaban el debido proceso con lo que, en las particularísimas circunstancias de ese peculiar caso (a riesgo de consagrar una efectiva privación de justicia), se estaría ante sentencias definitivas porque, sustancialmente (aunque formal y aparentemente no lo sean), impiden, (embarazan, obstan, etc.) su continuación.

Los ejemplos pueden multiplicarse y evidencian que no cabe –como para todas las cuestiones jurídicas- una única y lineal respuesta.

Hemos insistido hasta el infinito sobre el acierto del –cabalmente sabido y elocuente- clásico aforismo que afirma que del hecho surge el derecho (ex factor oriturius). De él en la casación se desprende cuando hemos razonad a lo largo de tantas páginas.

En estos supuestos los hechos pueden a lo teórico y a las normas; hay una clara posición dominante, de supremacía, que no puede derrumbarse el incurrirse en error grave en burdo trastoque, en la evaluación de la realidad probada.

Como insiste Cueto Rúa de continuo: "comenzar por los hechos, confrontarlos, darle su lugar; saber encontrar el interés en ellos, porque sin decisivos para la suerte de la litis (ver LL, mayo 26 de 1992, bibliografía p.3).

Lo que quiero hacer notar aquí –desde un ángulo de observación que no puede sacrificar los propósitos personales a la realidad- y luego del veloz recorrido que hemos impreso a la consideración de una de las espinas dorsales de nuestro tema, es que, si las controversias en torno de la reacomodación y ajuste de las explicaciones están en perpetua tensión, no ocurre así, en cambio, con su accionar, monolíticamente asentado y que –en general- constituye una lección de permanencia y acatamiento a un modelo que, en la praxis, no está dispuesto a conocer muchas excepciones. Tampoco a flexibilizar las fórmulas que definen un tipo legal pretoriano, que continúa viendo con disfavor cuando concierne a la legislación de quienes ejercen los recursos extraordinarios y a la apertura en el acceso y control de las cuestiones de hecho. Esa interpretación goza de buena salud y en lo que respecta a su predomino (que ayuda, decididamente, a contener la sobrecarga, la inundación que produce un número descomunal de impugnaciones) seguramente no habrán de sobrevenir mudanzas radicales.

Quizá, al cado esa postura tenga, también, sus propios méritos. Son directivas, estándares y guías cualitativas de acción, a las que el recurrente no puede dejar de acomodar su técnica y de las que, obviamente, no le está dado prescindir.

No debería, por ende, perderlas de vista ni, con simple voluntariedad, pretender hacerles frunces o gambetearlas porque esos intentos –en el derecho vivido de las Provincias de Buenos Aires y no sólo en ella- son inconducentes.

Al cabo: el vértice de la Corte Suprema habrá que evaluar en concreto (para este caso) si la sentencia pone fin al artículo, al punto o cuestión controvertido, sella la suerte del derecho de manera tal que la afectación de derechos de calidad constitucional no pueda ser reparada sino y únicamente en este momento (porque no hay ninguno otro útil después) y a través de la Corte Suprema.

7. Es de interés resaltar igualmente la propia comprensión (y su diferente órbita funcional con el juego que tiene reservado en el carril del recurso extraordinario) que realiza la Corte acerca de la sentencia definitiva en la esfera del recurso ordinario de apelación (ver art. 254 CPN. Tecto ley 22.434).[57]

De lo anteriormente plasmado directamente de la doctrina argentina se establece no solo la diferencia de lo que se entiende por definitividad tanto en materia constitucional como en materia de jurisdicción ordinaria, sino también la abismal diferencia de la doctrina versus el uso que se le quiere conferir para los efectos de la casación ya que se ha establecido que la autoridad encargada de la interpretación de esta figura jurídica DEFINITIVIDAD le confiere un significado totalmente distinto en sus resoluciones hasta llegar a consignar que cuando se declara la procedencia de una excepción u obstáculo a la persecución penal hay resolución definitiva y no así cuando se declara la improcedencia.

3.4. Regulación legal, interpretaciones actuales, breve explicación de la casación

Para un mejor entendimiento del tema que ocupa el presente análisis es necesario hacer un pequeño examen del recurso de casación.

El proceso penal legal y justo está constituido por una serie de actos que deben cumplir con determinadas formalidades que lo hacen valido y que posibilitan el control por parte de las autoridades y de los ciudadanos; a fin de hacer efectivo el derecho de las partes y evitar arbitrariedades. Sin embargo, las decisiones judiciales son tomadas por seres humanos, que por naturaleza se encuentran ante la posibilidad de cometer errores de

[57] *Ibid*, Págs. 179, 180, 181 y 182.

apreciación o de juicio; es decir que, en la aplicación de la ley material o procesal, rompen el equilibrio procesal y causan gravámenes o desventaja a uno o más de los sujetos procesales.

Estos errores pueden originarse por abuso, inobservancia o interpretación indebida de la ley. La impugnabilidad desde el punto de vista objetivo, implica la aptitud que tiene la resolución atacada para ser impugnable en casación.

El tratadista De la Rua expone que: "*Las condiciones para la impugnación, son el conjunto de los requisitos genéricos que la ley establece como condiciones de admisibilidad, sin vincularlas particularmente a un sujeto procesal determinado, señalando las resoluciones que pueden ser objeto del recurso de casación. Por regla, el recurso se concede solo cuando la ley expresamente lo establece, con lo que se consagra el principio de taxatividad, según el cual la impugnación procede solo en los casos específicamente previstos. Por ello, su procedencia debe ser restrictiva, sin que sea necesario acudir a consideraciones fundadas en el carácter ordinario o extraordinario del recurso. Esta regla, que solo tiene valor interpretativo, no tiene otro efecto que el de establecer una suerte de rigor formal en la apreciación de los requisitos exigidos. La norma es única, en su interpretación y en su alcance, y la ley procesal constituye una exclusiva regla jurídica para decidir la admisibilidad. Interpretación restrictiva no es interpretación negativa sino solo interpretación rigurosa*".[58]

La casación es el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, tal y como lo menciona la venezolana Magaly Vásquez: "*una parte postula la revisión de los errores judiciales atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, clamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a juicio*."[59]

El Articulo 437, del Código Procesal Penal, regula que el recurso de casación procede contra las sentencias o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones que resuelven:

[58] De La Rúa. *0b.Cit*. Pág. 178
[59] Vásquez. *Ob. Cit*. Pág. 241.

a) Los recursos de apelación especial de los fallos emitidos por los tribunales de sentencia o cuando el debate se halle dividido, contra las resoluciones que integran la sentencia.

b) Los recursos de apelación especial contra los autos de sobreseimiento dictados por el tribunal de sentencia.

c) Los recursos de apelación contra las sentencias emitidas por los jueces de primera instancia, en los casos de procedimiento abreviado.

d) Los recursos de apelación contra las resoluciones de los jueces de primera instancia que declaren el sobreseimiento o clausura del proceso; y los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal.

Al respecto, se debe indicar que la característica con la que la ley reviste a estas resoluciones es que sean definitivas; es decir, que le pongan fin a la acción intentada o que imposibiliten su continuación. Para el efecto, el autor De la Rúa establece que: "El recurso se concede contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continuación."[60]

El tratadista Oscar Pandolfi, indica lo siguiente: "*Una sentencia es definitiva si es la última que se puede dictar en la causa sobre el fondo del asunto"*.[61]

En ese contexto hacer relación a los actos que hagan imposibles la continuación a la acción o a la pena se incurre en error graso al tratar de situar la resolución que declara la procedencia de la cuestión prejudicial como susceptible de casación.

Por su parte, la impugnabilidad subjetiva o técnicamente llamada sujeto activo de la impugnación, esta referida a los sujetos procesales legalmente constituidos en el proceso, a quienes se les otorga la facultad de impugnar.

[60] *Ibid.*
[61] Pandolfi. *Ob. Cit.* Pág. 126.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

CAPÍTULO IV

4. La Casación Penal

Daniel Pastor se refiere a la casación penal de la siguiente manera "*La casación penal, o la finalidad de la casación penal, que es lo mismo, tiene presente que es el producto de una evolución constante durante algo más de doscientos años, tiempo en el cual hubo períodos de transformación intensa y concentrada y otros de variación menor y letárgica. Así puesto, esa evolución por definición no ha terminado, habrá de tener también un futuro y quizá, en ese futuro se llegue incluso a ver la desaparición de este recurso, pues cuando se habla de la casación, se habla de su crisis*."[62]

El rasgo más importante de ese régimen, y que define marcadamente se estilo, es la consideración de la casación penal como una institución compleja de dos elementos inescindibles: un tribunal y un recurso; un tribunal dispuesto únicamente para resolver ese recurso y un recurso previsto exclusivamente para lograr la actuación de ese tribunal.

4.1. Definición

El autor Jesús Saenz Jiménez señala que: "*El vocablo casación proviene del francés casser, que significa romper, anular o quebrantar. Originalmente el recurso de casación recibió el nombre de recurso de nulidad*".[63]

A continuación, se transcriben diversas definiciones del recurso de casación, según Aguirre Godoy: "*Recurso de casación es el medio de impugnación de resoluciones definitivas, dictadas en apelación, mediante el cual se somete al conocimiento de un tribunal superior; a fin de que por el mismo sea examinada la aplicación del derecho objetivo efectuada por el inferior y su actuación procesal*".[64]

Piero Calamandrei, señala que: "*El recurso de casación es, el medio procesal para hacer valer contra una sentencia, una acción de anulación que cuenta con autonomía propia, la cual*

[62] R. Pastor, Daniel. *La nueva imagen de la casación penal.* Argentina: Ed. Ad-hoc, 2001. Pág. 10.
[63] J. Saenz Jiménez. *Compendio de derecho procesal civil y penal.* España: Ed. Santillana, 1985. pág. 26.
[64] M. Aguirre Godoy. *Recurso de casación civil.* Guatemala: Ed. Prensa Libre, 1974. pág. 16.

es distinta de la acción hecha valer en el juicio de mérito acerca de la cual decidió la sentencia que se quiere anular".[65]

Aguirre Godoy, determina: "*Recurso de casación es el proceso de impugnación de una resolución judicial, ante el grado supremo de jerarquía judicial; por razones inmanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada*".[66]

Miguel Fenech, indica: "*El recurso de casación es el acto de impugnación, que tiende a provocar y generar un nuevo examen limitado de una resolución provocadora de un nuevo examen limitado de una resolución de carácter definitivo, recaído en un proceso penal para conseguir su anulación total o parcial, con o sin reenvío a nuevo juicio; fundada en una determinada infracción del derecho material o del derecho procesal positivo taxativamente establecida en la ley*".[67]

César Sentias Ballester determina: "*Recurso de casación es el remedio extraordinario que concede la ley contra las sentencias firmes de los tribunales de apelación para enmendar el abuso, exceso o agravio por ellas inferido, cuando han sido dictadas con infracción de ley o doctrina legal; o con infracción de los trámites correspondientes y formas más sustanciales del juicio. Se interpone contra las sentencias definitivas, pronunciadas en apelación por los tribunales*".[68]

En la doctrina se discute, si el recurso de casación es un proceso, recurso o medio de impugnación. De conformidad con la legislación vigente en Guatemala, no consiste propiamente en un proceso; sino que en un medio de impugnación.

Al igual que los demás recursos, el de casación ha sido establecido para que mediante el mismo, puedan efectivamente enmendarse los errores que se hayan cometido en la resolución del caso planteado, ya sea en el fondo del asunto o en los requisitos formales de la tramitación.

---

[65] P. Calamandrei, Piero. *La casación civil***.** Argentina: Ed. Jurídica Europa América**,** 1979. pág. 63.
[66] M. Aguirre Godoy. *Ob.Cit.* Pág. 5.
[67] M. Fenech, Miguel. *Ob. Cit*. Pág. 117.
[68] C. Sentias Ballester, Cesar. *Tratado práctico del recurso de casación.* España: Ed. Nereo, 1973. Pág, 153.

4.2. Caracteres del Recurso de Casación

El licenciado José Manuel Sosa Cordón señala en su tesis de grado que distintos son los caracteres de importancia del recurso de casación, por lo que parafraseando lo notado por él se señalan:

1). Carácter limitado: El recurso de casación cuenta con carácter limitado. Dicho carácter radica en que las causales por las que el mismo puede interponerse, se encuentran determinadas legalmente.

Es de importancia anotar que son tres los aspectos fundamentales a conocer en lo relacionado al carácter limitado del recurso de casación en el sistema vigente en Guatemala: el primero en lo relativo a las sentencias que pueden ser objeto del mismo; el segundo relacionado con las causales que sirven para que las sentencias puedan ser revocadas o reformadas; el tercero debido a que los errores de técnica hacen ineficaz el acto de impugnación.

2). Carácter técnico: El recurso de casación es de carácter eminentemente técnico, debido a que para su elaboración además de los conocimientos generales de la rama en la que se interpone; son necesarios los conocimientos especiales de la casación.

Debido a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y de su carácter eminentemente técnico, requiere contar con conocimientos especiales.

3). No es extraordinario: La ley no contiene ningún elemento que autorice a como extraordinario el recurso de casación, a excepción de las limitaciones que en mayor o menor grado condicionan también las otras impugnaciones; a todas las partes en causa.

4). Carácter supremo: El recurso de casación, es de carácter supremo, debido a que en la jerarquía de los recursos es el último recurso normal que puede ser interpuesto en un proceso. También, cuenta con dicho carácter debido a que se interpone ante el tribunal supremo.

5). Carácter público: Cuenta con carácter público, debido a que las partes en el recurso de casación hallan en el litigo; el remedio para sus problemas y la salvaguardia de la defensa de sus intereses particulares.

La idea de la casación entraña una aspiración mucho más elevada, y sobre todo trascendental, debido a que es tendiente al restablecimiento del imperio de norma vulnerada u olvidada; o equivocada al ser interpretada por el juzgador.

El autor, Vicenio Manzini, señala que: "El recurso de casación se encuentra en la voluntad de los sujetos procesales, de que los agravios que se han cometido y que les afectan directamente sean subsanados por el más alto tribunal".[69]

4.3. Historia del Recurso de Casación

Si se considera, a la manera del profesor Serra Domínguez, que: "*El instituto de la casación en la actualidad es un instrumento indispensable para garantizar la interpretación uniforme de cualquier ley.*"[70]

Bien puede pensarse que el recurso de casación ha tenido antecedentes históricos remotos e instituciones que han servido para realizar la tarea que ha desempeñado a lo largo del tiempo. Puede decirse, entonces, que se encuentra un antecedente en los antiguos tribunales de contenido religioso como el de los Heliastas y el areópago de la antigua Grecia y el Sanedrin del pueblo Hebreo.

Ya en esta época posterior, el Derecho Romano que tuvo elementos que si bien se dirigían al recurso de casación no constituían este recurso, no pudiéndose hablar de él ni en el período preclásico, clásico o republicano, en donde fueron desconocidas las figuras que tuvieran una connotación de los recursos tal como en la actualidad se le conoce.

Se admite en la doctrina que el origen del recurso de casación es el derecho francés. En el Derecho Feudal, previo al proceso revolucionario, hubo una división de los

[69] V. Manzini. *Tratado de derecho procesal penal.* México: Ed. Ediciones Jurídicas, 1980. pág. 188.
[70] M. Serra Domínguez. *El hecho y el derecho en la casación civil.* Pág. 11.

órganos jurisdiccionales en Parlamentos para restar vigor al poder del rey, que ahora renunciaba a intervenir en los asuntos judiciales.

"*Los orígenes de la casación penal, en lo que realmente interesa a la ciencia jurídica desde un punto de vista práctico, deben ser situados en el cambio político y social que se produjo en el mundo civilizado a partir de la Revolución Francesa, verdadera madre de la casación en razón de que la constitución política del Estado de derecho revolucionario y sus instituciones representan un fenómeno absolutamente nueve en la historia del derecho.*"[71]

La tendencia revolucionaria de querer sustituir lo que representara el antiguo régimen no tuvo un camino fácil; ante ello, es posible percatarse que siendo el modelo penal anterior, de carácter netamente inquisitivo, difícilmente las partes penales podían plantear recursos; al darse una mayor apertura en la fase revolucionaria, lo recursos penales fueron aumentando aunque el número de recursos civiles fue siempre más voluminoso, no debiéndose olvidar también que el proceso penal y el derecho atinente fueron considerados en una época como apéndice del Derecho Penal.

La casación penal tuvo una evolución más rápida que la casación civil, como lo reconocen los estudios al respecto, especialmente el de Nivea Fenoll, quien refiere que por la ley de 16 de septiembre de 1791 se abrieron dos nuevos motivos para ella, como eran: la falsa aplicación de la ley y la violación o la omisión de las formas esenciales de la instrucción procesal. El reconocimiento de la falsa aplicación de la ley como motivo de la casación penal, fue más que todo para asegurar el cumplimiento del Código Penal de 1791. Pero, esa posibilidad de analizar la falsa aplicación de la ley, le otorga carácter jurisdiccional al recurso, por lo menos, en lo relativo al ámbito penal, aún cuando no podía ofrecer la solución del asunto, para lo cual se instituye: "*el reenvío*."[72]

En un siguiente período en Tribunal de Cassation, la que trasladó el motivo de falsa aplicación de la ley al campo civil. A partir de ello la Cour conoció del fondo de los asuntos, pese a que la ley que le había instaurado prohibía dicho conocimiento, pero a partir de las críticas que se hicieron a la ley de 1 de abril de 1837 que autorizaba tal

[71] Pasto. *Ob. Cit***.** Pág. 15.
[72] Nivea. *Ob. Cit.* Pág. 34.

práctica, la Cour vio limitada su competencia a las cuestiones de derecho lo que se ha reflejado en muchas legislaciones de la época actual, incluso la de Guatemala.

Puede hablarse de un Código Procesal Penal en Guatemala, a partir del promulgado el 7 de enero de 1898, durante el gobierno del Presidente Reyna Barrios. Este código contenía el recurso de casación por infracción de la ley y por quebrantamiento de forma.

4.4. Principios constitucionales de la casación

El fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de igualdad ante la ley asegurando la interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva su interpretación al mas alto tribunal de la Justicia nacional o provincial, ante el cual la causa llega con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados, de una parte; y de la otra, preservar la observancia de las garantías de la libertad individual y en particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no sólo previo sino también legal.

Es posible afirmar, que el recurso de casación, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal, por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.

Es considerado, medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio.

El recurso de casación es una institución establecida con el fin de garantizar tanto la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.

Clará Olmedo, refiere "*Se trata de una apelación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho. Estos motivos pueden ser tanto de juicio como de actividad: in iudicando como in procedendo. De aquí que queden excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito (el in iudicando in factum, en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba*."

4.5. Casación el proceso penal guatemalteco

En general, el recurso se fundamenta en el principio general del derecho a impugnar las resoluciones desfavorables, como un derecho fundamental según Martínez Arrieta: "*Persigue asegurar la interdicción de la arbitrariedad por medio de la observancia de los derechos fundamentales y la unificación de la interpretación de ley penal sustantiva y procesal*."[73]

En la mayoría de los países de Latinoamérica, la casación es un recurso de carácter extraordinario que se tramita ante la corte suprema. En Guatemala, el recuso de dirige en contra de la sentencia de segunda instancia persiguiendo examinar la corrección jurídica del fallo dictado en primera instancia. En efecto, en Guatemala se ha debatido en relación a que si la casación figura o no como una tercer instancia prohibida por el Artículo 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala, donde categóricamente establece que en todo proceso no habrá más de dos instancias, lo que implica, en el plano formal, la existencia de la casación, independientemente de que en el plano material el recurso funciona sin ninguna restricción e incluso si no se cumple con los requisitos de ley, pese al formalismo que debe exigirse para su admisibilidad

[73] Martínez Arrieta, Andrés. *Algunos aspectos del recurso de casación***.** Pág. 6.

este puede corregirse en un plazo no mayor de tres días de notificada la obligatoriedad de corrección por virtud del Artículo 388 del Código Procesal Penal, para toda clase de recursos, al momento de interponer dentro del plazo de quince días posteriores a la notificación de la resolución que motiva, esta sujeto a dos calificaciones, una relativa al cumplimiento de requisitos de admisibilidad o lo que es denominado admisibilidad formal de recurso, y la otra etapa de discusión del fondo del planteamiento aún y cuando no sea cierto en la práctica por cuanto generalmente el fondo del planteamiento la actual cámara penal de la Corte Suprema de Justicia lo conoce en primer etapa que solo debería de ser útil en el establecimiento de cumplimiento de requisitos, la mala práctica consiste en que si es un planteamiento defensivo se trata de descalificar desde esa primera fase, empero si trata de un planteamiento de la Fiscalía aún y cuando el recurso no supere el tamiz formal de admisibilidad se garantiza su discusión final y su procedencia por lo regular.

Los fundamentos de la casación deben encontrarse siempre en la Constitución Política de la República, sin que deba pensarse en ello como una especie de amparo, empero existe un aspecto legal en materia ordinaria y que trata de hacer legítima la existencia de la casación y es el Artículo 438 del Código Procesal Penal al establecer que el recurso está dado en interés de la ley y la justicia, lo que justifica que aún y cuando se considere una tercera instancia debe existir para revisar errores jurídicos en las resoluciones de segundo grado y que revise también si la resolución deviene en justicia, en ese contexto, en ese contexto se hace la distinción entre justicia y legalidad que no siempre coinciden, un fallo legal no siempre será justo y un fallo justo tendría que ser siempre legal, lo que si genera controversia es si los recursos legales deben estar orientados en procurar la legalidad o la justicia, y no para establecer errores jurídicos en el fallo, lo legal es más objetivo de establecer por cuanto solo debe buscarse la frialdad y la letra muerta de la ley, empero para buscar y definir lo justo se involucran otros aspectos aparte de la ley, como la convicción personal de quien la aplica, las circunstancias del hecho y las personas involucradas, incluso se puede auxiliar de la experiencia del juzgador, y aunque no sea reconocido será útil la intuición y la psicología para tratar de determinar las circunstancias que rodean el hecho sujeto a discusión y cuya verdad se trata de busca.

4.5.1. Procedencia del recurso de casación

De La Rúa indica que: "*La procedencia o improcedencia de un recurso, o sea, su admisibilidad o inadmisibilidad, derivan de un examen preliminar que ha de ser efectuado en concreto sobre si se pueda o no desarrollar el procedimiento que el recurso determina*."[74]

La procedencia del recurso de casación está dada por el conjunto de requisitos necesarios para que se pueda pronunciar por el fundo de la impugnación.

"*La resolución en sentido positivo se llama concesión del recurso y la negativa, o que lo rechaza declaración de improcedencia*."[75]

El recurso de concederá si ha sido interpuesto en la forma y término prescritos por quien puede recurrir y si la resolución impugnada da lugar a él. Éstos son los aspectos sobre los que debe recaer el examen por el cual, en consecuencia, se debe verificar si concurren los siguientes elementos: "*a) la existencia de un derecho impugnaticio, para lo cual es necesario que la ley otorgue la posibilidad de recurrir en casación una resolución determinada (impugnabilidad objetiva) y que el sujeto esté legitimado par impugnar por tener un interés jurídico en la impugnación y capacidad legal para interponerla con relación al gravamen que la resolución la ocasiona (impugnabilidad subjetiva); y b) la concurrencia de los requisitos formales de modo, lugar y tiempo que deben rodear a la interposición del recurso como acto procesal*." [76]

Para la interposición del recurso de casación, los casos que más se utilizan son los de procedencia por motivos de fondo; y los derivados de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

De La Rúa indica: "*El examen debe limitarse a la procedencia o improcedencia de la casación, desde un punto de vista puramente formal. No se puede denegar el recurso, o concederlo discutiendo o aduciendo su razón o justicia, o en virtud de argumentos tendientes a demostrar la validez formal o la corrección sustancial de la sentencia, o en consideraciones relativas a la viabilidad de los motivos*

[74] De La Rúa, Fernando. *Ob. Cit*. Pág. 175.
[75] *Ibid.*
[76] Ibid. Pág. 176.

indicados, aunque se estime que será seguramente rechazado en cuento al fundo por existir vasta jurisprudencia constante: ello equivaldría a consagrar la obligatoriedad de ésta."[77]

La limitación deriva de la naturaleza de este examen, que tiene un carácter necesariamente previo o formal. Respecto del tribunal a quien se debe señalar, además, que con la sentencia se agota la potestad cognoscitiva del órgano jurisdiccional y le está negado un examen del fondo del asunto que constituye su objeto. La actividad del tribunal en el pronunciamiento de admisión no puede exceder la mera comprobación sobre si las condiciones formales para la procedencia del recurso se verifican o no en el caso concreto, y no debe inmiscuirse en la valoración de la exactitud del motivo aducido. El código procesal penal en el artículo 398 establece que los recursos que no cumplan con los requisitos de forma exigidos legalmente deben ser subsanados en el plazo de tres días, de esta corrección no escapa la casación, no obstante suele suceder que la actual cámara penal de la corte suprema de justicia al ordenar corregir el recurso se inmiscuye en el fondo de la discusión y cuando es la defensa quien interpone la casación aun y cuando se corrija el supuesto vicio se resuelve que no se corrigió y generalmente es una resolución que aparenta ser formal, se discute de manera ilegal y liminar el fondo de la pretensión; contrario sensú si el interponente de la casación resulta ser la el ministerio público, o la súper intendencia de administración tributaria generalmente no se ordena corregir , y cuando se ordena corregir aún y cuando no se ha cumplido con lo ordenado, se consigna en la resolución una razón en la cual se advierte que no se ha cumplido con los requisitos de ley, no obstante por ser la sociedad la perjudicada se admite a trámite el recurso tal y como está redactado, incluso se llega al extremo al CASAR DE OFICIO LAS RESOLUCIONES.

José Barillas Monzón, señala que: "*El recurso de casación es un remedio en los tribunales de instancia, debido a la deficiencia de los mismos en la administración de justicia. Los errores que tratan de evitarse con el recurso anotado son errores actuales*"[78]

[77] *Ibid.*

[78] J. Barillas Monzón. *La corte nacional de casación.* Guatemala: Ed. Maxi Impresos, 1984. pág. 34.

Jesús Saenz Jiménez, señala que: "*El fundamento básico de la casación de fondo, aquel, comenzó siendo eminentemente político; se ha convertido en una forma de unificación y de armonización de los criterios de la interpretación de las leyes y de garantía del derecho a un fallo justo de los litigantes*".[79]

En el proceso penal, la defensa tiene interés en que el fallo emitido mediante los tribunales de justicia, sea de conformidad con la regulación y justicia procesal en Guatemala, el ministerio público generalmente sustenta una pretensión eminentemente institucional que no siempre coincide con justicia.

También, es de importancia para la casación, debido a su tendencia relativa a enmendar errores cometidos por la administración de justicia, que no solamente lesionan a la justicia, considerada desde un punto de vista abstracto, sino también al sujeto procesal quien se ha visto perjudicado por el fallo injusto, mediante una aplicación incorrecta de la ley o de la doctrina, por una interpretación errónea o una violación de las mismas, y surge la figura de que se instituye la casación en interés de la ley.

4.5.2. Sujetos legitimados en el proceso

A continuación, se enumeran los diversos sujetos legitimados del recurso de casación, siendo los mismos los siguientes:

a) El procesado: El procesado es uno de los sujetos activos del recurso de casación. Tanto el imputado, como su defensor pueden indistintamente promover el proceso; ello es lo que se denomina legitimación para promover la acción, y si esta se limita, se está entonces limitando el derecho de petición.

b) El defensor: El defensor del procesado, puede también interponer el recurso de casación a favor de su defendido. El defensor, en la mayoría de los casos no actúa en

[79] Saenz Jiménez. Ob. Cit**.** Pág. 191.

su misma calidad, sino que afirma las distintas soluciones que presenta a los tribunales de justicia; a ruego del presentado.

c) El acusador particular: Es otro de los sujetos procesales, y cuenta con legitimación como sujeto activo del recurso; debido a que el ejercicio de la acusación abarca todos los actos necesarios para la obtención de una declaración de culpabilidad contra el imputado para que se le imponga la sanción que la ley estipula. Para ello, el acusador insta en la forma que la ley preceptúa.

d) Representante legal: Los representantes legales de los sujetos procesales cuentan con legitimación, y los mismos también pueden interponer el recurso de casación a nombre de sus representados. Para ello, se tiene que agregar al memorial del recurso de casación del testimonio de la escritura pública que contiene el respectivo mandato judicial; debido a la obligación de llenar todos los requisitos legales de toda primera solicitud.

e) Ministerio Público: El ejercicio de la acción penal pública le corresponde con exclusividad al Ministerio Público. La intervención del mismo es obligatoria en todos los trámites del proceso de acción pública. En los delitos de acción privada, en los casos que la ley señale, y además cuando sea requerido; entonces también puede el Ministerio Público actuar como sujeto activo del recurso de casación.

f) Actor civil: Después de ejercida la acción penal, se entiende también como ejercida la acción civil. En distintos delitos, puede ocurrir el caso de que el ofendido del hecho delictivo sea una persona; y la afectada civilmente sea otra.

Es importante anotar que, en casos imprevistos y especiales, el juez resuelve, a su prudente arbitrio; tratando de acomodar su actuación a situaciones o circunstancias de igual entidad y análogas a las previstas y reguladas legalmente.

El responsable civil subsidiario: Cuando una persona tiene bajo su guarda legal a un discapacitado, y por un descuido que tiene éste comete uno o más hechos delictivos. Al ser dictada la sentencia se declara que es autor del o de los delitos que se le sindica, y también se hace la correspondiente declaración de irresponsabilidad penal, debido a

existir una causa de inimputabilidad; pero se declara que subsidiariamente es responsable civil la persona que no tenía bajo su guarda legal y se fija el monto de las responsabilidades civiles. Al no encontrarse de acuerdo el responsable civil subsidiario con dichas responsabilidades, se presenta entonces un caso similar al del actor civil; por lo que también se podría interponer el recurso de casación por parte de este sujeto procesal.

4.5.3. Impugnabilidad objetiva

Las condiciones para la impugnación, consideradas desde un punto de vista objetivo son el conjunto de los requisitos genéricos que la ley establece para su admisibilidad, sin vincularlas particularmente a un sujeto procesal determinado, señalando las resoluciones que pueden ser objeto del recurso de casación, en efecto no todas las sentencias de segundo grado deberían ser objeto de casación por cuanto el requisito esencial de la casación reside en que se hubieren vulnerado aspectos de forma o de fondo en la resolución y lo impugnable no es solo el simple desacuerdo con la resolución sino una sentencia con vicios ya sea formales o de fondo, hay que agregar que por lo extraordinario del recurso este está revestido de importantes recaudos formales que deben ser satisfechos por el postulante.

De La Rúa indica: "*El recurso de casación se concede contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúe…consagra el principio general de recurribilidad en casación de las sentencias, salvo las limitaciones expresamente establecidas. Aquí regla la taxatividad, concediendo el recurso contra las sentencias en forma genérica, viene a quedar invertida en su formulación.*"[80]

Como ya se dijo, con anterioridad, y citando al autor De La Rúa: "*El recurso de casación procede, por tanto, contra el auto de sobreseimiento pero no contra las resoluciones que lo deniegan*."[81]

[80] De La Rúa. *Ob. Cit*. Pág. 178 y 179.
[81] *Ibid.* Pág. 180.

4.5.4. Impugnabilidad subjetiva

Los requisitos de impugnabilidad subjetiva son aquellos establecidos por la ley con relación a los sujetos del proceso, estableciendo genéricamente la necesidad de que existe un interés en la impugnación, y específicamente la naturaleza o contenido de las resoluciones impugnables por cada sujeto en particular.

Citando nuevamente a De La Rúa: "*Desde el punto de vista objetivo, para que exista un interés, la resolución debe tener un contenido desfavorable para el interés del impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico, concretamente y no según su apreciación objetiva*."[82]

Debe ocasionarle un gravamen, esto es, un perjuicio y una desventaja, consistente en una restricción a su derecho o su libertad. El elemento perjuicio o desventaja es esencial en la definición de los medios de impugnación, de esa cuenta la teoría formal del recurso exige que pueda evidenciarse el perjuicio que no es equivalente a resolución contraria a intereses particulares sino contraria a la justicia.

"*El perjuicio debe consistir en la decisión dañosa para el interés del sujeto, contenida en la parte resolutiva de la sentencia. Por ello, no procede el recurso deducido por quien resulta favorecido por la parte dispositiva, aunque discrepe con los fundamentos, …*"[83]

"*Desde el punto de vista subjetivo, el interés debe surgir de la discrepancia del sujeto con la resolución impugnada, es decir, de la no aquiescencia de los efectos perjudiciales del fallo. La conformidad puede ser expresa como cuando el sujeto, dentro del término para recurrir, manifiesta su aceptación, de la sentencia o renuncia a recurrir. Puede también ser tácita, lo que ocurre cuando se realiza un acto procesal clara inequívoco y necesariamente incompatible con la voluntad de impugnar como cuando se consientes sus efectos solicitando su ejecución, con alcance preclusivo. En este caso la voluntad real, manifestada en concreto por la conducta asumida, tiene preeminencia sobre la voluntad declarada de recurrir, expresada en el recurso*."[84]

[82] *Ibid*. Pág. 187.
[83] *Ibid*. Págs. 187 188.
[84] *Ibid*. Pág. 190.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

4.5.5. Principio de taxatividad

Desde la arista formal del recurso, se distingue otro de los principios del sistema recursivo: la taxatividad. El Ministerio Público de la República de Paraguay indica que: "*Para ser más explícitos, el principio de taxatividad de los medios recursivos determina, concretamente, que las decisiones jurisdiccionales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, (taxatividad objetiva) y que tal, derecho corresponde tan solo a quien sólo le sea expresamente acordado (taxatividad subjetiva*)." [85]

Cuando la norma prescribe que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales serán impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, significa que existe un conjunto de requisitos que la propia Ley establece como condiciones de admisibilidad de cada recurso en particular, sin vincularlas concretamente a un sujeto procesal determinado, señalando específicamente quien debe impugnar.

4.5.6. Estructura de la norma jurídica

En el ramo civil y en el ramo penal, donde se interpone en variadas ocasiones el recurso de casación, los abogados interponentes encuentran la problemática con mayor dificultad de darle solución, en lo relativo a la interpretación y aplicación de la ley, más que todo por el poco conocimiento del proceso que siguen quienes administran justicia para la aplicación del derecho.

Debido a la importancia del conocimiento de la problemática que surge, planteada en el párrafo anterior, es necesario tomar en cuenta la estructura de las normas jurídicas y así plantear adecuadamente la enmienda de los errores existentes, para la existencia de un proceso lógico del juzgador.

En la lógica jurídica, destacan tres partes integrantes de la norma jurídica: la primera o supuesto o hipótesis jurídica; la segunda o la cópula; la tercera o disposición normativa.

[85] Ministerio Público de la República de Paraguay. *El recurso de casación penal. Manual para agentes fiscales*. Paraguay: Ed. República de Paraguay, 2009. Pág. 36.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

El autor Eduardo García Maynez señala: "El supuesto jurídico consiste en la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias de derecho, o sea de los deberes. La disposición es la parte de la norma que expresa qué derecho o deberes están condicionados por la realización del supuesto. La cópula, es el término que une el predicado con el sujeto".[86]

Cuando se deja el campo del deber ser y se llega al campo del ser, se encuentra la realización del supuesto jurídico o de la hipótesis jurídica, y se le denomina hecho jurídico. La cópula siempre continúa siendo cópula y la disposición normativa se denomina consecuencia jurídica.

Para la comisión de un delito se requiere de la presencia de un sujeto activo, y es fundamental también la determinación de cuál es éste. Los tribunales de justicia, coadyuvan con cada uno de esos elementos en donde cometen los errores; o sea en los motivos de fondo del recurso de casación.

Dichos errores son cometidos en la aplicación del caso particular de las normas, debido a que se tienen que respetar los hechos que se declaren probados en la sentencia. Los vicios que se comenten son de actividad lógica.

4.5.7. Aplicabilidad de la norma jurídica y estructura lógica de la sentencia

El juzgador, para poder aplicar la norma jurídica al caso concreto, tiene que realizar un proceso ordenado y lógico, relativamente prolongado, lo cual para hacerlo correctamente debe contar con los conocimientos exactos de las normas que va a aplicar, en lo relacionado a la correcta interpretación de las mismas, así como de su ámbito de validez, debido a que en caso contrario puede cometer errores por aplicación indebida, por interpretación errónea, o violación de la ley o de la doctrina legal.

Dichos errores, en una técnica pura del derecho, se cometen en las normas de carácter sustantivo, suponiendo que siempre esas normas tienen que encontrarse incluidas en leyes de naturaleza material o sustantiva.

[86] E. García Maynez. *Lógica del concepto jurídico.* México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1981. Pág. 165.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

Para la aplicación de las normas de carácter sustantivo, y para la formulación de la premisa menor del silogismo jurídico que constituye las sentencia, se tiene que contar con un conocimiento exacto de las leyes adjetivas o procesales, para el establecimiento de la realidad fáctica; o sea el hecho jurídico que se pretende subsumir en el supuesto jurídico correspondiente.

El juzgador, para hacer una aplicación debida y completa de la norma jurídica, tiene que realizar los razonamientos lógicos siguientes: determinar al sujeto obligado o pretensor la base fáctica del hecho jurídico, la subsunción del hecho jurídico; y la subsunción correspondiente para la determinación de las consecuencias jurídicas.

La estructura de la sentencia, tal como la regula la legislación vigente en Guatemala, contribuye a hacer más difícil el planteamiento de la resolución del recurso de casación, debido a que aparentemente el razonamiento que hace el juzgador para dictar su fallo parte de los hechos comprobados; en los cuales después se subsume a la norma general sustantiva.

Barillas Monzón, determina: "*Tradicionalmente se ha sostenido que la sentencia no es más que un silogismo que en la lógica clásica, en donde la premisa mayor es la norma; la premisa menor es el hecho jurídico o hecho concreto y la conclusión es la resolución. Sin embargo, se ha criticado que se considere como un silogismo, para los efectos de casación, los errores en la subsunción; y en las premisas los que originan los casos de procedencia*".[87]

La sentencia es ineludiblemente un silogismo, en donde la premisa mayor es la norma jurídica, la menor el hecho, y la conclusión el fallo; o lo que es lo mismo un procedimiento de deducción, de tal suerte que el razonamiento no solo del hecho y su acomodación a la norma sino resulta necesario también establecer porque motivos la persona ajustó su conducta al tipo penal, y si los medios de prueba direccional a ese encuadramiento.

El Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el artículo 429 que: "*Terminada la audiencia, el tribunal pasará a deliberar. Si por lo avanzado de la hora o por la importancia y complejidad de las cuestiones*

[87] J. Barillas Monzón. *Ob. Cit***.** Pág. 71.

planteadas fuere necesario definir deliberación y el pronunciamiento, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala y el presidente anunciará ante los comparecientes el día y hora de la audiencia en la cual se pronunciará la sentencia, fecha que no podrá exceder del plazo de diez días."

La sentencia se pronunciará siempre en audiencia pública, la normativa anotada regula en el Artículo 430 lo siguiente: "*La sentencia no podrá en ningún caso hacer mérito de la prueba o de los hechos que se declaren probados conforme a las reglas de la sana crítica razonada. Únicamente podrá referirse a ellos para la aplicación de la ley sustantiva o cuando exista manifiesta contradicción en la sentencia recurrida*."

El Artículo 431, del Código Procesal Penal, regula que: "*Si la sentencia acoge el recurso, con base en la inobservancia o errónea aplicación o interpretación indebida de un precepto legal, resolverá el caso en definitiva; dictando la sentencia que corresponde*."

El Artículo 432, de la citada norma, regula lo siguiente: "*Si la sentencia se funda en la inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto del procedimiento; anulará total o parcialmente la decisión recurrida y ordenará la renovación del trámite por el tribunal competente desde el momento que corresponda*."

Anulada la sentencia, no podrán actuar los jueces que intervinieron en su pronunciamiento para un nuevo fallo.

El Artículo 433, del Código Procesal Penal, preceptúa que: "*Los errores de derecho en la fundamentación de la resolución recurrida, que no influyan en su parte resolutiva; deberán ser corregidos aunque no provoquen su anulación. De la misma manera serán corregidos los errores materiales en la designación o en el cómputo de las penas o de las medidas de seguridad y corrección*".

El Código Procesal Penal regula, en el Artículo 434, que: "*Durante el trámite del recurso corresponde al tribunal la aplicación de todas las reglas que regulan la libertad del acusado. El tribunal ordenará inmediatamente la libertad del acusado, cuando por efecto de su decisión deba cesar la detención*."

4.5.8. Normas absolutas y normas discrecionales

Existen distintas clasificaciones en lo relacionado con las normas jurídicas. Para el recurso de casación, la clasificación de importancia es en la que existen las siguientes normas: absolutas o imperativas y las discrecionales o facultativas.

Es indiscutible que dicha clasificación de las normas anteriormente anotada, es referente a su obligada aplicación o a su discrecional aplicación. Como consecuencia de la clasificación que se hace para la aplicación de las normas al caso concreto; se encuentran las actuaciones dirigidas al juzgador.

Las normas absolutas o imperativas como también se les denomina, son las normas jurídicas; de las cuales no puede soslayarse el juez en lo relacionado a su aplicación. O sea, que al presentarse el caso concreto, el juez tiene la obligación de aplicarlas; sin tener ningún margen de discrecionalidad.

Las normas facultativas o discrecionales como también se les denomina, son las que permiten la existencia de determinado margen al juez; para que pueda decidir sobre su aplicación. Los jueces tienen la facultad para otorgar, en sentencia, el perdón judicial, siempre que, a su juicio; las circunstancias en que el delito se cometió lo ameriten y por supuesto que la pena impuesta sea mínima.

Barillas Monzón señala: "*El control del recurso de casación sólo es plenamente admisible cuando una determinada norma jurídica tiene que ser absolutamente aplicada por el juez una vez constatado el hecho en cuestión sin poder discrecional alguno de disposición*".[88]

De la cita anterior, se establece que las normas discrecionales no son impugnables en casación, a excepción de que el grado de discrecionalidad que se ha dado al juzgador haya sido sobrepasado; después de aplicada una determinada norma discrecional.

En lo que respecta a la discrecionalidad, es evidente que existe violación de la ley cuando el juez ha supuesto y ejercitado un poder discrecional que no tenía; siendo dicha arbitrariedad constitutiva de exceso de poder.

[88] *Ibid*. Pág. 81.

Pero dicho exceso de poder, también ocurre cuando el juez aun teniendo un poder discrecional para la aplicación de una norma penal, lo ejercita positiva o negativamente fuera de los límites establecidos legalmente.

De lo anotado, se infiere que debido a la redacción casuística de la normativa procesal guatemalteca en los casos de procedencia de casación, no es posible impugnar el otorgamiento de perdón judicial y de la suspensión condicional de la pena; debido a que no existe caso en el cual se puedan encuadrar.

Para futuras reformas legislativas se tiene que considerar esta situación, para que exista una redacción; que permita con ello que la casación cumpla sus fines.

4.6. Casos de procedencia del recurso de casación

Diversos son los casos de procedencia del recurso de casación, siendo los mismos los siguientes:

1). Hechos en sentencia que se declaren calificados como delitos no siéndolo. Esta procedencia ocurre cuando los hechos que en la sentencia se declaren probados, sean calificados y penados como delitos no siéndolo o cuando se sancione; no obstante la concurrencia de la circunstancia eximente de responsabilidad penal o de circunstancias legales posteriores.

Los hechos que la sentencia declara probados tienen que ser calificados y penados como delitos no siéndolo. Para su existencia tiene que existir tanto la calificación como la sanción, debido a que solamente se calificaran o penaran; sin ser delitos.

Las leyes infringidas son de carácter sustantivo y específicamente las normas que definen y penan los delitos. No son punibles las acciones u omisiones que no se encuentren calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración.

2). Hechos que en sentencia se prueben y sancionen. Los hechos que en la sentencia se declaren probados y que se sancionen, a pesar de la concurrencia de eximente de responsabilidad penal, para ello, es requisito indispensable la concurrencia de eximente

anotada. La calificación del delito es la adecuada, pero por no tomar en consideración la concurrencia de cualquier eximente de responsabilidad penal es sancionado el procesado.

El error cometido por el juzgador es la subsunción del hecho jurídico, en el supuesto jurídico, debido a que existiendo causas o circunstancias que eximen de responsabilidad penal, no ocurre el supuesto jurídico y su resultado; entonces son las consecuencias que de él se derivan y no son las legales. Es fundamental, que el tribunal de segunda instancia pruebe los hechos que han dado lugar a las circunstancias eximentes de responsabilidad; pues si los hechos no se dan por probados no se puede interponer el recurso de casación.

3). Hechos que en sentencia se declaren probados y se sancionen acorde a circunstancias legales posteriores. Son los hechos en los que la sentencia se declare probada y se sancionen de conformidad a circunstancias legales posteriores a la comisión del delito. Los hechos probados se sancionan a pesar de la existencia de circunstancias legales posteriores a la comisión del delito.

Las normas infringidas, son las que establecen las causas de extinción de la responsabilidad. El error cometido en este caso, es el de la determinación de las consecuencias de derecho, debido a que la calificación del delito y lo relacionado con la participación del procesado son correctas, pero las consecuencias de derecho no lo son; debido a que con una resolución de este tipo se ignora la circunstancia legal posterior a la comisión del delito.

4). Hechos que en sentencia se declaren probados, que sean delitos y que no se sancionen. Cuando los hechos que en la sentencia se declaren probados y no se califiquen o no se sancionen como delitos, siéndolo y sin que existan circunstancias posteriores que impidan penarlos. Ello ocurre por omisión del tribunal de instancia que a pesar de declarar probados determinados hechos, al momento de calificarlos; no los califica correctamente.

La norma infringida es la que califica al delito. Las normas de la legislación vigente desde el punto de vista de la técnica jurídica pura, no son completas. Si un hecho

calificado como delito, al ser dictada la sentencia, no se califica como delito y no existen circunstancias legales posteriores que impidan su penalización, entonces se comete el vicio, pero si el hecho es delito, no se califica de tal manera; y existe perdón al ofendido en los delitos privados.

5) Hechos que se declaren probados en la sentencia y que sean constitutivos de delito, y que al calificarlos exista error de derecho

El presente caso de procedencia, se presenta cuando el tribunal ha declarado probados determinados hechos jurídicos que reúnen los caracteres propios de uno o más delitos, que se han sancionado correctamente; pero al momento de calificar el o los hechos motivos del proceso se ha cometido error de derecho en su calificación.

Dicho acto de calificar o dar un nombre jurídico a determinados hechos, es una clasificación jurídica del hecho bajo la norma de derecho en que lo conceptúa el juez a estar previsto ese mismo hecho. Esta operación lógica, se denomina tipificación.

6). Al cometer error de derecho al determinar la participación de los procesados en los hechos que se declaren probados en sentencia. La realización de uno o de varios hechos jurídicos calificados como delitos, tienen que tener uno o varios sujetos activos; y la determinación de los sujetos activos en su realización es lo que prevé este caso de procedencia. La importancia práctica de este caso de procedencia, radica en que a los autores del delito se les impone una determinada pena y a los cómplices la pena a imponérseles es la que corresponde al autor.

El juzgador comete error de derecho al determinar la participación de cada uno de los procesados, y este error no se queda solamente en la determinación de la participación; sino que puede llevar como consecuente necesario el error en la determinación de la pena a imponer.

7). Error de derecho en circunstancias eximentes. Actualmente, es motivo de discusión doctrinaria, si las circunstancias eximentes de la responsabilidad civil o penal son las adecuadas. Las causas o circunstancias eximentes de la responsabilidad son aquellas que se presentan, cuando la norma a pesar de haber definido un hecho como delito, por

las circunstancias objetivas o subjetivas en que se comete, se considera que es: inimputable; justificable o inculpable.

Para los efectos relativos al recurso de casación y, específicamente en este caso de procedencia, el error cometido por el tribunal de segunda instancia puede ser: cuando un hecho jurídico accesorio o circunstancial es calificado como eximente y no lo es, cuando un determinado hecho jurídico también accesorio o circunstancial del tribunal lo califica equivocadamente.

8). Al cometer en la apreciación de la prueba error de derecho o de hecho. Cuando en la apreciación de las pruebas se haya cometido error de derecho o de hecho, si este último resultara de documentos; diligencias judiciales o de actos auténticos que demuestren el modo evidente de la equivocación del juzgador.

Barillas Monzón, señala: "*El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto, es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso*".[89]

El error surge cuando la afirmación y la negación son empleadas arbitrariamente y sin fundamento, sin que la materia básica del juicio sea previamente aclarada. El que se equivoca o comete el error, es la persona que afirma o niega una proposición de manera arbitraria y está en desacuerdo con la realidad.

Los errores que comete el juzgador, son aquellos que se derivan de no tomar en consideración exactamente lo que dice la ley; o de no tomar en cuenta las actuaciones procesales.

Lo relativo al error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba es de importancia. Luego de establecido en la ley procesal civil, fue establecido también en la ley procesal penal. Dicho fenómeno, se presentó en Guatemala, después de una gran lucha doctrinaria para sostener que el error de derecho y el error de hecho en la apreciación de la prueba, no constituyen una tercera instancia; que es lo que con vehemencia se ha defendido y se defiende.

[89] *Ibid*. Pág. 92.

El error de hecho y de derecho tienen los siguientes caracteres comunes: ambos deberán recaer sobre la parte resolutiva del fallo, además es necesario que tanto el error de hecho como el de derecho sean alegados por el recurrente, y hay que determinar la prueba o pruebas mal apreciadas, siendo preciso que del error se deduzca de un perjuicio al recurrente; por lo que el error tiene que conducir a la violación de la ley sustantiva.

4.7. La casación frente a la definitividad

Definitivo es un adjetivo definido por el diccionario de la Real Academia Española como: "*Dícese de lo que decide, resuelve o concluye. Como segunda y tercer acepción lo define como auto definitivo y sentencia definitiva*."[90]

Por su parte el Diccionario Jurídico del tratadista Manuel Ossorio lo define como: *"Resolutorio: decisivo (Sentencia definitiva*)."[91]

El adjetivo definitivo es el calificativo empleado a una situación que ha tenido como efecto o consecuencia, la finalización de algo, que no tiene otra posibilidad, por lo que se entiende claramente su significado y efectos.

Fernando De La Rúa refiere sobre el tema: "*Sentencia definitiva, en sentido propio, es la resolución que pone término al proceso después y en virtud del debate pronunciándose sobre la condena o absolución del imputado… Pero su nota característica es el efecto de poner término al proceso*."[92]

4.8. La acción idónea al resolver la cuestión prejudicial

El licenciado Juan Francisco Flores en su libro *Constitución y Justicia Constitucional/ Apuntamientos* expone que existe, en la jurisprudencia penal, el problema de la

[90] Real Academia de la Lengua Española. *Ob. Cit.* Pág. 475.
[91] Ossorio. *Ob. Cit.* Pág. 207.
[92] De La Rúa, Fernando. *Ob. Cit.* Pág. 193.

jurisprudencia: cuando puede promoverse casación en contra del pronunciamiento que la resuelve.

Para explicar lo anterior, hace referencia al Artículo 437 del Código Procesal Penal: "*Procedencia: El recurso de casación procede contra las sentencias o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones que resuelvan:*

1) Los recursos de apelación especial de los fallos emitidos por los tribunales de sentencia, o cuando el debate se halle dividido, contra las resoluciones que integran la sentencia.

2) Los recursos de apelación especial contra los autos de sobreseimiento dictados por el tribunal de sentencia.

3) Los recursos de apelación contra las sentencias emitidas por los jueces de primera instancia, en los casos de procedimiento abreviado.

4) Los recursos de apelación contra las resoluciones de los jueces de primera instancia que declaren el sobreseimiento o clausura del proceso; y los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal."

El Artículo 291 del mismo texto legal, con el cual se inicia el capítulo II, relativo a los obstáculos para la persecución penal y civil, determina:

"Cuestión prejudicial. Si la persecución penal depende exclusivamente del juzgamiento de una cuestión prejudicial, la cual según la ley, debe ser resuelta en un proceso independiente, éste deberá ser promovido y proseguido por el Ministerio Público, con citación de todos los interesados, siempre que la ley que regula la cuestión se lo permita. Cuando el Ministerio Público no esté legitimado para impulsar la cuestión prejudicial, notificará sobre su existencia a la persona legitimada y le requerirá, a su vez, noticias sobre la promoción del procesado y su desarrollo."

Del contenido de los artículos invocados se pueden colegir dos aspectos:

a. Que la cuestión prejudicial es un obstáculo a la persecución penal y,

b. Que el recurso de casación procese contra las sentencias o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones que resuelvan, entre otros, excepciones u obstáculos a la persecución penal.

"*La compresión surgida de la textualidad del literal 4) del artículo 438 del Código Procesal Penal pareciera establecer que el pronunciamiento –en cual sentido- del tribunal de alzada sobre la*

prejudicialidad sustenta la promoción de la Casación. La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad ha establecido la improcedencia de la Casación cuando el pronunciamiento de segundo grado declara la existencia de la cuestión prejudicial, ya que en ese caso el auto que resuelva tiene carácter definitivo, puesta extingue, concluye o acuerda la finalización de uno de los elementos del proceso penal…". Si el auto emitido no declara la existencia de la prejudicialidad, esta resolución no le pone fin a ningún aspecto del proceso penal y por tanto – de conformidad con la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad – no es susceptible ser impugnado mediante Casación."[93]

Al respecto, los expedientes que en su parte conducente se transcriben de la Corte de Constitucionalidad:

"*Es por lo anterior, que en el caso sub judice, es necesario hacer un análisis previo de jurisprudencia relativa a la procedencia del recurso de casación contra las resoluciones dictadas por las Salas de Apelaciones que declaren sin lugar una cuestión prejudicial, ello con el objeto de determinar si el acto reclamado revista la característica de definitivo que posibilite su conocimiento sobre el fondo del asunto que se somete a consideración.*

Esta Corte ha sentado jurisprudencia en cuanto a la improcedencia del recurso extraordinario de casación ante las resoluciones de segundo grado que declaren sin lugar el planteamiento de cuestión prejudicial dentro del proceso penal; es ese sentido, en sentencia de veinticuatro de noviembre de dos mil cinco (expediente dos mil quinientos setenta y seis – dos mil cuatro (2576-2004) expuso: …Como cuestión preliminar, esta Corte, como máximo y último órgano intérprete del ordenamiento constitucional guatemalteco, estima pertinente pronunciarse sobre la firmeza del pronunciarse sobre la firmeza del acto reclamado, toda vez que en la práctica forense, e incluso en el ámbito constitucional (por la vía de amparo), no existe una postura uniforme sobre la procedencia o no del recurso extraordinario de casación en materia penal, contra las resoluciones que, como el acto reclamado, resuelven los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los jueces de primera instancia que acogen o deniegan una excepción u obstáculo a la persecución penal. Para el efecto, el artículo que debe ser objeto de análisis es el 437 del Código Procesal Penal, el cual, en su parte conducente reza: "Artículo 437. Procedencia. El recurso de casación procede contra las sentencia o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones que resuelvan: …4) Los recursos de apelación contra las resoluciones de los jueces de primera instancia que declaren el sobreseimiento o

[93] J. F. Flores Juárez. *Constitución y justicia constitucional / apuntamientos.* 2ª. ed. Guatemala: Ed. Talleres Gráficos de Impresos, 2009. Pág. 686.

clausura del proceso; y los que resuelven excepciones u obstáculos a la persecución penal. La interpretación de dicha norma, a tenor de los dispuesto en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial (cuyo contenido es acorde y aceptado tanto por la Doctrina del Derecho como por la jurisprudencia de esta Corte), debe hacerse conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. En tal virtud, debe partirse del análisis del presupuesto general que requiere la norma procesal penal transcrita para la procedencia del recurso de casación: que se trate de sentencias o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones. De momento estima innecesario referirse a las sentencias, por no se el caso del supuesto contenido en el inciso 4) del citado artículo, motivo por el cual este fallo se limitará a establecer cuándo se está frente a un auto definitivo. El Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española. Editorial Espasa Calpe, Sociedad Anónima. Vigésima primera edición -1992-) define auto definitivo como: …El que impide la continuación del pleito o deja resuelta alguna de las cuestiones litigiosas, aunque sea dictado incidentalmente. En la ciencia jurídica, no existe una definición uniforme sobre el término; sin embargo, Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (editorial De Palma, vigésima edición, 1986) expresa que es…El que tiene fuerza de sentencia, por decidir la causa o pleito, aún dictado incidentalmente. De las anteriores definiciones, puede afirmarse que, a la luz de su contexto y para el presente asunto, los autos definitivos son aquellos que extinguen, concluyen o acuerdan la finalización de uno de los elementos del proceso penal… De esa cuenta, se concluya que auto definitivo equivale, en materia penal, a aquel que produce efectos suspensivos o conclusivos en relación de una de las finalidades o componentes expresados del proceso penal, de tal manera que, para el presente caso, el auto de una Sala de la Corte de Apelaciones que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el de un juez de primera instancia que decide (acogiendo o denegando) una cuestión prejudicial, sólo revista el carácter de definitivo, y por ello susceptible de se impugnado mediante casación, si como consecuencia del mismo se declara la existencia de dicho obstáculo a la persecución penal, ya que si así no fuere (es decir, que se declare sin lugar), es resolución no le está poniendo fin a ningún asunto o aspecto del proceso penal –en la acepción anteriormente expresada-, sino únicamente concluyendo una incidencia que no trasciende más allá, del ámbito procedimental… criterio que ha sido reiterado, entre otros, en los fallos de cuatro de abril de dos mil tres (expediente ochocientos cincuenta y nueve guión dos mil cuatro 859-2004).

Conforme lo anotado, es indudable que en el caso concreto, la resolución que constituye el acto reclamado no era susceptible de ser impugnada mediante recurso de casación, ante lo cual, es procedente conocer sobre las pretensiones de fondo del postulante."[94]

"Esta Corte se ha manifestado en casos similares respecto a la improcedencia del recurso extraordinario de casación ante las resoluciones de segundo grado que declaren sin lugar el planteamiento de excepciones y obstáculos a la persecución penal, encontrándose en ellas la cuestión prejudicial, objeto del caso de mérito; en ese sentido, la sentencia dictada el treinta y uno de julio de dos mil siete, dentro del expediente un mil quinientos ochenta y ocho guión dos mil siete) indica: "…esta Corte, como máximo y último órgano intérprete del ordenamiento constitucional guatemalteco, estima pertinente pronunciarse sobre la firmeza del acto reclamado, toda vez que en la práctica forense, incluso en el ámbito constitucional (por vía de amparo), no existe una postura uniforme sobre la procedencia o no del recurso extraordinario de casación en materia penal, contra las resoluciones que, como el acto reclamado, resuelven contra las resoluciones de los jueces de primera instancia que acogen o deniegan una excepción u obstáculo a la persecución penal. Para el efecto, el artículo que debe ser objeto de análisis penal es el 437 del Código Procesal Penal, el cual, en su parte conducente reza: "Artículo 437. Procedencia. El recurso de casación procede contra las sentencia o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones que resuelvan: …4) Los recursos de apelación contra las resoluciones de los jueces de primera instancia que declaren el sobreseimiento o clausura del proceso; y los que resuelven excepciones u obstáculos a la persecución penal." La interpretación de dicha norma, a tenor de los dispuesto en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial (cuyo contenido es acorde y aceptado tanto por la Doctrina del Derecho como por la jurisprudencia de esta Corte), debe hacerse conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. En tal virtud, debe partirse del análisis del presupuesto general que requiere la norma procesal penal transcrita para la procedencia del recurso de casación: que se trate de sentencias o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones. De momento estima innecesario referirse a las sentencias, por no se el caso del supuesto contenido en el inciso 4) del citado artículo, motivo por el cual este fallo se limitará a establecer cuándo se está frente a un auto definitivo. El Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española. Editorial Espasa Calpe, Sociedad Anónima. Vigésima primera edición -1992-) define auto definitivo como: …El que impide la continuación del pleito o deja resuelta alguna de las cuestiones litigiosas, aunque sea dictado

[94] Corte de Constitucionalidad. Expediente 1588-2007.

incidentalmente. En la ciencia jurídica, no existe una definición uniforme sobre el término, sin embargo, Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (editorial De Palma, vigésima edición, 1986) expresa que es…El que tiene fuerza de sentencia, por decidir la causa o pleito, aún dictado incidentalmente. De las anteriores definiciones, puede afirmarse que, a la luz de su contexto y para el presente asunto, los autos definitivos son aquellos que extinguen, concluyen o acuerdan la finalización de uno de los elementos del proceso penal… De esa cuenta, se concluya que auto definitivo equivale, en materia penal, a aquel que produce efectos suspensivos o conclusivos en relación de una de las finalidades o componentes expresados del proceso penal, de tal manera que, para el presente caso, el auto de una Sala de la Corte de Apelaciones que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el de un juez de primera instancia que decide (acogiendo o denegando) una cuestión prejudicial, sólo revista el carácter de definitivo, y por ello susceptible de se impugnado mediante casación, si como consecuencia del mismo se declara la existencia de dicho obstáculo a la persecución penal, ya que si así no fuere (es decir, que se declare sin lugar), es resolución no le está poniendo fin a ningún asunto o aspecto del proceso penal –en la acepción anteriormente expresada-, sino únicamente concluyendo una incidencia que no trasciende más allá, del ámbito procedimental(…)

Criterio que ha sido reiterado, ente otros fallos de once de diciembre de dos mil siete (expediente dos mil seiscientos cuarenta y ocho de dos mil siete y de diecinueve de octubre de d os mil cuatro).

Conforme lo anotado, es indudable que en el caso concreto, la resolución que constituye el acto reclamado no era susceptible de ser impugnada mediante recurso de casación, pues la misma al no ponerle fin al proceso, no constituye un auto definitivo, requisito este último, necesario para viabilizar el planteamiento de la casación, ante lo cual, es procedente conocer sobre las pretensiones de fondo del postulante."[95]

Ese mismo criterio se ha sostenido, entre muchos otros, en los expedientes 2648-2007, 1938-2004 y 859-2002.

Lo redactado en los párrafos precedentes y que son el motivo de desacuerdo plasmado en la presente investigación, no lo por las resoluciones a que se hace referencia sino también a un criterio plasmado que para tratar de acomodar el error se incurren otro al

[95] Corte de Constitucionalidad. Expediente 3617-2007.

consignar que: "*Las resoluciones que suspenden el litigio también son consideradas como definitivas."* Este grave error, no por lo que piensa el investigador en la presente tesis sino por lo que se ha repetido en demasía por la doctrina en cuanto a la que válidamente debe entenderse como definitivo y es solamente la decisión que culmina el conflicto, y que naturalmente nunca se le puede atribuir a las resoluciones suspensivas, ya que ello atenta contra la misma naturaleza jurídica de lo definitivo y caso contrario lo suspensivo adquiere grado de antónimo.

En el contexto precitado mucho más fácil sería establecer contrario *sensu* que la casación como recurso procede en contra de la resolución que declara la improcedencia de la cuestión prejudicial porque es definitivo que el proceso no se encuentra interrumpido, empero al manifestar que al interrumpirse el proceso mediante la procedencia de aceptación de cuestión prejudicial se establezca que procede la casación porque esta es una decisión definitiva rompe con la lógica y el correcto pensar, porque esa resolución no tiene nada de definitiva, es más esa resolución depende absolutamente de otra que debe de emanar hasta de un procedimiento distinto al penal y es incierto que ocurre posteriormente de dictar una resolución en otro ámbito que no sea el penal, sin poder especular de manera lógica que la otra rama del derecho solucionará el conflicto y el proceso penal queda en el limbo y no se establece ni siquiera que pasa si no se agota la otra vía que se ordena en la resolución que declara la procedencia de la cuestión prejudicial, y tampoco se hace referencia al tiempo que puede durar el proceso interrumpido y que pueda tener la condición de cerrado irremisiblemente.

El tipo de situaciones relacionadas generan incertidumbre y justifican el replanteamiento normativo de la cuestión prejudicial por cuanto no hay regulación al respecto así como tampoco hay regulación en el eventual caso que la otra rama del derecho que por la decisión del juez penal, debe dilucidar el conflicto establezca que no se pueda resolver en esa vía, y que grado de autoridad puede tener el juez penal sobre el juez civil o autoridad administrativa, mucho menos se regula como se determina la prescripción del delito, ni se confiere un tiempo determinado a la autoridad de otra rama del derecho

para dilucidar el conflicto y el efecto devolutivo que genera la nueve resolución, no se sabe cuales son sus efectos, por lo que el nivel de compresión que ofrece la normativa actual relativa a la prejudicialidad es muy pobre, y genera las confusiones en las cuales se ha reiterado en el presente trabajo.

4.9. La casación penal diferencia con la casación civil

Existe tendencia a unificar el sistema de casación penal con el civil, pero se tiene que tener presente que los fines que persigue el Derecho Penal y Derecho Procesal Penal son bastante diversos a los que busca el Derecho Civil y el Derecho Procesal Civil. Para alcanzar un verdadero instituto de la casación, éste también se tiene que adecuar a los fines generales del proceso.

Cabe aclarar, entonces, que en la casación civil se evidencian con mayor plenitud los recaudos formales más exigentes de los cuales está revestida la casación la exigencia del rito formal es más acentuada y no existe posibilidad de ampliación o corrección en tanto que la casación penal puede prescindir de tal formalidad en el memorial inicial, por cuanto se le confiere al interponente el plazo de tres días a efecto de que pueda subsanar deficiencias y, como se explicó en párrafos anteriores, incluso depende de quién sea el interponente hasta se puede prescindir de la subsanación, ello, claro está, solo sucede en Guatemala y con la actual Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En el contexto precitado las diferencias normativas también deviene importante destacaras aún y cuando algunas diferencias sean obvias como por ejemplo en la casación penal, existe la posibilidad de planteamiento en nombre del Estado del Ministerio Público, y además la Procuraduría General de la Nación y algunas veces la Superintendencia de Administración Tributaria, en tanto que en una casación civil no puede figurar nunca como interponente.

Otro aspecto que es importante es que en a casación civil es categórico al establecer el Artículo 620 del Código Procesal Civil y Mercantil que el recurso de casación solo

procede contra autos y sentencias definitivos de segunda instancia no dando margen para interpretar que se pueda interponer contra resoluciones suspensivas ya que agrega que es contra resoluciones que terminen los juicios ordinarios de mayor cuantía que también constituye otra diferencial al no proceder en toda clase de juicios, entiéndase arbitral, ejecutivo o sumario, en tanto que la casación penal, procede en más de un juicio, también procede en el procedimiento abreviado y en juicios de acción privada por lo que llama la atención que se diga que el recurso de casación sea extraordinario.

Por diferente naturaleza de ambas materias, penal y civil, el procedimiento también es distinto, en efecto en el proceso penal se puede discutir los alegatos de fondo en una audiencia oral, siendo en la práctica que se puede reemplazar por escrito la participación generalmente así se desarrollan las audiencias, es decir por escrito, en tanto que en la casación civil si se pude vista pública no hay ninguna posibilidad de sustituir el alegato por escrito incluso se puede desarrollar de manera pública si asi los dispone la respectiva cámara de la Corte Suprema de Justicia.

Otra diferencia es que en el recurso de casación civil se pueden interponer los recursos de aclaración o ampliación según sea el caso, aún y cuando se diga que ambos recursos no afectan al fondo de los decidido, con lo cual se comparte en lo tocante al recurso de aclaración, pero no para el recurso de ampliación ya que esto implica que se dejó de resolver algún punto litigioso y, obviamente, al resolverse ese punto litigioso pendiente de fallo, puede cambiar el sentido del mismo, por lo que la ampliación si podrá modificar, en un momento determinado, el fondo del litigio.

En cuanto a aspectos en común de ambos recursos en la normativa procesal guatemalteca tanto penal como civil se establece que ambos recursos se puede atacar tanto la forma como el fondo de lo decidido y no se puede proponer prueba alguna y obviamente no se pueden tramitar incidentes dentro de la casación, asimismo ambos recursos *prima fasie* son calificados en su admisibilidad formal y por último se debe discutir el fondo y son conocidas por una cámara penal y la casación civil y en la cámara civil, y está demás agregar que en la interposición de ambos recursos se exige

una formalidad fuera de lo normal, no como se plantea en la doctrina la tutela judicial efectiva que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo pues por los formalismos que ya se indicaron la casación jamás podrá ser un recurso sencillo.

En materia civil, el recurso puede ser rechazado si el mismo no está arreglado a la ley en tanto que en materia penal se le confiere tres días al interponente para corregir el recurso y superar el período de admisibilidad formal.

En ese contexto es importante acotar que sin ánimo de dar a entender que se tiene la solución para diversos tipos de problemática de vacío de ley, y específicamente en lo relativo al generado en lo tocante a la cuestión prejudicial que no es percepción personal del autor que existe tal vacío, ya que la misma cámara penal ha detectado ese vacío empero el camino que ha tomado para superarlo es ilegítimo por cuanto lo que hace es una especie de legislación disfrazada de criterio o doctrina.

La doctrina que emana de las cortes de justicia, tanto ordinaria como constitucional, deviene generalmente de doctrina extranjera o Derecho Penal Comparado, y la consecuente adaptación a la realidad nacional, de hecho también ello se realiza en el trabajo legislativo, por la implementación de los códigos y las reformas a las leyes ordinarias y la creación de nuevas leyes responden a la vigencia en el contexto internacional; a guisa de ejemplo, la Ley contra el Lavado de Dinero primero se implementó en Colombia y en México, posteriormente en Guatemala, ello con independencia que los tres países y muchos otros son signatarios del Tratado Marco para Erradicar el Lavado de Dinero o blanqueo de activos como suele denominarle la doctrina, y es el Tratado de Viena relativo a estupefacientes ya lo habían ratificado y, dicho sea de paso, se relacionaba como antecedentes del lavado de dinero el producido o ganado mediante el narcotráfico. Muchos países que desarrollaron la relacionada ley, aún y cuando los tratados y convenios se ratifican tal cual su texto original, la ampliaron para una serie de delitos. Este comentario es válido solamente para reafirmar lo relativo a la procedencia de la doctrina y el trabajo legislativo que se realiza con base en modelos.

En efecto, si el trabajo legislativo deviene de la globalización normativa, prueba de ello lo constituye también la creación de la Ley contra la Delincuencia Organizada que fue primeramente implementada en México por el poder que han asumido los grupos armados que nacen del narcotráfico y que se han cruzado las fronteras y se han internado también en suelo guatemalteco, en jornadas record se implementó también en Guatemala, por lo que es innegable que el trabajo legislativo que realiza el Congreso de la República de Guatemala en la creación de leyes, en además de iniciativas en base a modelos de otras legislaciones lo cual supone un conflicto para adaptación.

No obstante, lo referido en los párrafos precedentes que no constituyen lo total del presente trabajo, resultaba necesario para ejemplificar lo que se hace para implementar leyes, y crearlas y, por lo tanto, también para determinar que la interpretación de las normas se hace con base en doctrina extranjera o derecho comparado.

Habida cuenta el trabajo interpretativo para aplicar al caso concreto una norma, no tiene porque hacer las veces de un trabajo legislativo, el trabajo legislativo lo hace en exclusiva el Congreso de la República de Guatemala, y no la cortes que solo deben limitarse a aplicar las leyes, y como ya se advirtió ese trabajo interpretativo no puede convertirse en una pequeña legislación, ello se termina porque llega al extremo de consignar tal como se podrá plasmar en los anexos de este trabajo esta una aparente fórmula legal que incluso abarca obstáculos al a persecución penal y excepciones, empero ello constituye un grave yerro por cuanto no se puede perder de vista que dentro de los obstáculos a la persecución penal figura el antejuicio que no tienen que ver en lo absoluto con resoluciones definitivas para casación ni con algún procedimiento ordinario por lo tanto la doctrina que trata de abarcar los dos obstáculos a la persecución penal listados en el Código Procesal Penal, incurre en grave error debiendo ser específico que solo es aplicable a la cuestión prejudicial limitando el universo normativo.

También deviene necesario separar y distinguir entre obstáculos a la persecución penal y para no incurrir en el mismo error de la autoridad que se ha venido citando del

obstáculo denominado cuestión prejudicial y separarlo de las excepciones que aun y cuando se tramiten por la vía de los incidentes, en esencia no son ni constituyen lo mismo, por ejemplo la excepción de incompetencia no puede figurar como un obstáculo a la persecución penal, porque una vez determinado el juez competente (del mismo ramo, porque no puede ser incompetencia en la creencia que le corresponde juzgar a un juez civil y no penal, por ejemplo sino la incompetencia como excepción en materia penal a la luz de la lógica y el correcto pensar se debe entender que es de la misma materia) el proceso continúa su curso hasta ser juzgado en su totalidad por lo que se entiende la excepción de incompetencia en materia penal, al igual que en materia civil que es un simple depurador o dilatador de la acción empero no un obstáculo por lo que reitero que deviene en error declarar como equivalentes el obstáculo a la persecución penal denominado cuestión prejudicial con las excepciones y especialmente la incomparecencia ya referida.

Mayor yerro constituye efectuar un razonamiento de parte de la cámara penal de la corte suprema de justicia, cuando en sus resoluciones consigna que si la cuestión prejudicial es denegada o no determina la paralización el expediente lo que procede es el Amparo, porque el Amparo NO PROCEDE, en ningún caso, de jurisdicción ordinaria y no tiene porque figurar en un listado de recursos, el planteamiento del amparo solamente corresponde cuando exista vulneración de una garantía constitucional y es terrible consignar en una resolución que procede el amparo, habida cuenta legislar sobre aspectos constitucionales solo compete a una asamblea nacional constituyente, de tal suerte que solo el hecho de que en las resoluciones se pretenda legislar como el caso de referencia ya deviene absurdo, con mayor razón cuando se intenta legislar materia constitucional expresando cuando corresponde interponer amparo.

Independientemente de lo escrito y entrando en materia conclusiva del tema propuesto, cabe advertir que la doctrina de la corte suprema de justicia y además escrito en libro denominado apuntamientos del ex magistrado Juan Francisco Flores Juárez, cuyo pensamiento se refleja en dicho libro y es compartido por la cámara penal aludida, no estoy en condición de desafiar dicha idea y no es el mi intención, empero si me es dado poder disentir de ese criterio y plasmar en estas líneas el porque de de la no aceptación

del mismo, En efecto, si tomásemos como base que las resoluciones que suspenden también pueden estar clasificadas dentro de las resoluciones definitivas estamos frente a una gran contradicción por cuanto la suspensión no puede ser definitiva, se caracteriza por su temporalidad.

Otra característica, por supuesto que la definitiva lo constituye la imposibilidad de revisión del fondo del planteamiento en tanto que la suspensión si puede ser reexaminada en otro ámbito, y lo definitivo siempre será certero no genera ningún grado de incertidumbre, como sí lo generaría una resolución simplemente suspensiva que, dicho de otra manera, no resuelve absolutamente nada.

CONCLUSIONES

I. El Artículo 437 del Código Procesal Penal y el último párrafo de su numeral 4 contiene ambigüedad en lo relativo a la interposición del recurso de casación contra los autos que resuelven obstáculos a la persecución penal, y específicamente en lo relativo a la cuestión prejudicial, por cuanto genera confusión acerca de los autos definitivos, cuyo significado no regulado propicia, necesariamente, interpretaciones que no coinciden con la naturaleza jurídica por lo cual propicia un replanteamiento normativo, que se confirma con el planteamiento de la hipótesis en el plan de tesis.

II. La cámara penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala ha tratado de resolver la ambigüedad de la norma citada en la conclusión precedente conforme su doctrina, no obstante, al crear supuestos en sus resoluciones ha irrumpido en las tareas de legislar, lo cual deviene ilegítimo por cuanto esta es una potestad exclusiva del Congreso de la República de Guatemala, y no se debe confundir la creación y aplicación de la doctrina con crear supuestos o casos de procedencia lo que ya constituye una extralimitación.

III. La legalidad como principio y garantía se encuentra seriamente amenazada al no suplirse el vacío legal relativo a la procedencia de casación contra resoluciones definitivas que resuelven obstáculos a la persecución penal, por cuanto no puede aceptarse como válida la doctrina de la cámara penal, de la Corte Suprema de Justicia, porque contiene supuestos normativos que son permitidos por la legalidad, mediante esa fuente de creación.

IV. La cuestión prejudicial, tal como esta regulada en el Código Procesal Penal, requiere de un replanteamiento normativo con un marco más amplio de comprensión en cuanto a su naturaleza jurídica, forma de ser solicitada su admisión su resolución y efectos de la resolución, el procedimiento posterior a que se declare su procedencia y, por supuesto, en lo referente al aspecto recursivo.

V. Mediante la definitividad se pone fin al litigio, por lo cual deviene totalmente falso que también se aplique la definitividad a la resolución que suspenden el litigio lo remiten a una rama jurídica que no sea la penal, de tal suerte que la resolución que declara la existencia de la cuestión prejudicial no debe entenderse como definitiva y, por lo tanto, no habilita la casación.

VI. Es impropio consignar en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en las resoluciones de admisibilidad formal de casación que en los casos donde se declare con lugar o procedente la cuestión prejudicial, procede casación y contra resoluciones que declaren su improcedencia procede la acción de amparo, por cuanto la acción de amparo no puede figurar en un catálogo recursivo ya que ello atenta contra su naturaleza.

RECOMENDACIONES

I. Para efecto de evitar ambigüedades normativas, es preciso que se cambie la redacción de los últimos párrafos del Artículo 437, numeral 4, del Código Procesal Penal, ya que la redacción actual: "*Los que resuelvan obstáculos a la persecución penal*", es totalmente ambigua y debe sustituirse por la frase: "Los que declaren la Cuestión Prejudicial", por cuanto resolver implica declarar con o sin lugar una pretensión, en tanto que declarar es aceptar la procedencia, y porque solo la cuestión prejudicial es susceptible de recurrirse en casación ya que el otro obstáculo a la persecución penal, que es el antejuicio, es procedimiento administrativo.

II. Se propone que el Artículo 292 del Código Procesal Penal que contiene el tramite de la Cuestión Prejudicial en *numerus clausus*, y además regule el procedimiento después de declarada la cuestión prejudicial, y el procedimiento a seguir, cuando el conflicto ha sido entilado sin éxito en otra vía distinta a la penal, estableciendo si el proceso penal puede *ex novo* dilucidar el conflicto y si como tratar la prescripción.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre Godoy, Mario. *Recurso de casación civil.* Guatemala: Ed. Prensa Libre, 1974.

Alabeño Ovando, Gladis Yolanda. *Derecho procesal penal, implantación del juicio oral al proceso penal guatemalteco.* Guatemala: Ed. Talleres e imprenta. Fotografiado Llerena.1993.

Barillas Monzón, José. *La corte nacional de casación*. Guatemala: Ed. Maxi Impresos, 1984.

Bran Dieguez, Miguel Enrique. *Las excepciones previas en el nuevo Código Procesal Penal.*

Binder, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal.* Argentina: Ed. De Palma, (s.f).

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual.* Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1976.

Cafferata De Jiles, Elena. *Diccionario de jurisprudencia chilena: recopilación de conceptos y definiciones.*

Cafferata Nores, José. *Relaciones entre el derecho penal y el derecho procesal penal.* Argentina: Ed. De Palma 1987.

Calamandrei, Piero. *La casación civil.* Argentina: Ed. Jurídica Europa América**,** 1979.

Creus, Carlos. *Derecho procesal penal.* Argentina: Ed. Astrea, 1996.

De La Rúa, Fernando. *La casación penal***.** Argentina: Ed. De Palma, 1994. Pág. 180.

De La Rúa, Fernando. *Recurso de casación en el derecho positivo argentino.* Argentina: Ed. De Palma, 1968.

Diez-Picazo, Luís María. *El poder de acusar. Ministerio Público, fiscal y constitucionalismo.* España: Ed. Ariel Derecho, 2000.

Flores Juárez, Juan Francisco. *Constitución y justicia constitucional / apuntamientos.* 2ª. ed. Guatemala: Ed. Talleres Gráficos de Impresos, 2009.

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

García Maynez, Eduardo. *Lógica del concepto jurídico*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1981.

Gimeno Sendra, Vicente, Víctor Moreno Catena y Valentín Cortez Dominguez. *Derecho procesal penal.* 2ª. ed.; España: Ed. Colex, 1997

González Bustamenta, Juan José*. Principios del derecho procesal penal mexicano.* 8ª. ed. México: Ed. Porrua, 1985.

Guzman Hernández, Martín Ramón. *El amparo fallido, Publicación de la Corte de Constitucionalidad*, 2ª. ed. Guatemala: Ed. Corte de Constitucionalidad, 2004.

Herrearte, Alberto. *Derecho procesal penal. El proceso penal guatemalteco***.** Guatemala: Ed. Centro Editorial Vite, 1993.

Instituto de Estudios Comparado en Ciencias Penales de Guatemala. *Manual de Derecho Procesal Penal.* T. I. 2ª. ed. Guatemala: Ed. Instituto de Estudios Comparador en Ciencias Penales de Guatemala. 2007. Pág. 221.

Lara De La Cruz, Carlos Eduardo**.** *La cuestión prejudicial y su trámite en al cuerda pública en el proceso penal.* (S.D.E)

Marín Pageo, E. *La prejudicialidad civil en el proceso civil guatemalteco.* Guatemala: (s.E.), 1999.

Manzini, Vicenio. *Tratado de derecho procesal penal*. México: Ed. Ediciones Jurídicas, 1980.

Martínez Arrieta, Andrés. *Algunos aspectos del recurso de casación.*

Ministerio Público. *Manual del Fiscal***.** Guatemala: Ed. Ministerio Público, 1994.

Ministerio Público de la República de Paraguay. *El recurso de casación penal. Manual para agentes fiscales.* Paraguay: Ed. República de Paraguay, 2009.

Morello, Augusto M. *La casación, un modelo intermedio eficiente***.** Argentina: Ed. Platense-Abeledo-Perrot, 1993.

Moras Mom, Jorge R. *La acción civil reparatoria y el proceso penal.* Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1996.

Moreno Catena. *Manual de organización judicial.* España: Ed. Tirant lo Blanch, 2003.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal y control social***.** España: Ed. Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* **.** Argentina: Ed. De Palma 1987.

Pandolfi, Oscar R. *Recuso de casación penal***.** Argentina: Ed. Ediciones La Rocca, 2001.

Pastor, Daniel R. *La nueva imagen de la casación penal***.** Argentina: Ed. Ad-hoc, 2001.

Petit, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano.*

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española.* 20ª. ed.; t. I, España: Ed. Real Academia de la Lengua Española, 1992. Pág. 1462.

Rubianes, Carlos J. *Derecho procesal penal.* 1t.; Argentina: Ed. Depalma, 1983.

Saenz Jiménez, Jesús. *Compendio de derecho procesal civil y penal.* España: Ed. Santillana, 1985.

Sentias Ballester, Cesar. *Tratado práctico del recurso de casación.* España: Ed. Nereo, 1973.

Serra Domínguez, Manuel. *El hecho y el derecho en la casación civil*

Suárez de Llerena Barcena, Emilio. *La prejudicialidad.* España: Ed. Tirant Lo Blanc, 2003.

Traslosheros, Jorge E. *Los indios, la inquisición y los tribunales eclesiásticos ordinarios de la Nueva España. Definición jurisdiccional y justo proceso.* México: Ed. Instituto de Investigaciones Históricas. Unam. (s.f.).

Vásquez G., Magaly. *El nuevo derecho procesal venezolano.* Venezuela: Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2008.

Valenzuela O., Wilfredo. *El nuevo proceso penal.* Guatemala: Ed. Oscar De León Palacios, 2000.

Villagómez Cebrian, Marco, Vicente Guzmán Fluja, Raquel Catillejo Manzanares, Ignacio Flores Prada, Emilio de Llera Suárez-Bárcena y Luis Martín Contreras. *Manual de Organización Judicial***.** España: Ed. Valencia, 2003.

Páginas web

La prejudicialidad en el derecho. 2003, http://www.yahoo.com/sp=?prejudicialidad+derecho/Alemania/=+español+=/html

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

ANEXO

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
USAC
SECRETARIA

ANEXO

24/11/2011 – RECHAZADO PENAL
2267-2011

Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Guatemala, veinticuatro de noviembre de dos mil once.

Se resuelve sobre la admisibilidad de la casación por motivo de forma, interpuesta por **Juan de Dios Cruz Alfaro**, contra la sentencia emitida por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, el cinco de octubre de dos mil once.

Considerando

-I-

De conformidad con el ordenamiento jurídico penal, es indispensable advertir, que para admitir el recurso de casación es requisito ineludible que la resolución objetada sea susceptible de ser impugnable por la vía relacionada.

-II-

Vía casación el accionante recurre contra el fallo emitido por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, de cinco de octubre de dos mil once, la cual por unanimidad declaró acoger el recurso de Apelación Especial planteado contra la sentencia de veintiocho de abril de dos mil once, dictada por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Escuintla. La sala ordenó el reenvío y que los antecedentes fueran devueltos al tribunal de su procedencia.

-III-

Del párrafo que precede se establece que el tribunal de segundo grado al resolver anuló la sentencia emitida por el Tribunal Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Escuintla, de fecha veintiocho de abril de dos mil once, al acoger el recurso de apelación especial interpuesto. El artículo 437 del Código Procesal Penal, impone como presupuesto en la parte conducente: “El recurso de casación procede contra las sentencias o autos **definitivos** dictados por las salas de apelaciones (…)”. De acuerdo con la ley en mención, es ineludible que el fallo que se recurre mediante casación sea definitivo, al respecto el Diccionario de la lengua Española, en su vigésima segunda edición define como definitivo: “Que decide, resuelve o concluye”, es decir, que en el presente caso es ineludible que la sentencia recurrida haya concluido el proceso, requisito que éste órgano jurisdiccional no aprecia en el caso que se estudia,

pues la consecuencia de que la sala anuló la sentencia impugnada y ordenó el reenvío de conformidad con la ley, resultado de ello constituye la renovación de dicho acto, efecto que produce se dicte nueva sentencia de acuerdo a lo ordenado por la sala jurisdiccional, por lo cual la resolución objetada no es un acto conclusivo del proceso y la petición resulta improcedente; por consiguiente, el concepto de definitividad de la sentencia depende más del efecto de la sentencia con relación al proceso, que de su propio contenido, pues lo que interesa saber es si al recurrente le queda o no, una vía jurídica para solucionar su agravio, si no existe ninguna, la decisión es definitiva y por ende susceptible de ser impugnada mediante casación; lo que en el presente caso no es aplicable.

Leyes aplicables

Artículos: 3, 11, 11 Bis, 37, 39, 43, 437, 438, 443 y 445 del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República; 74, 77, 141 y 143 de la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República.

Por tanto

La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, con base en lo considerado y leyes citadas, al RESOLVER declara: rechazar para su trámite por improcedente, la casación interpuesta por **Juan de Dios Cruz Alfarol**, contra la sentencia emitida por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, el cinco de octubre de dos mil once. Notifíquese, y con certificación de lo resuelto devuélvase los antecedentes al lugar de procedencia.

César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer, Magistrado Vocal Segundo, Presidente de la Cámara Penal; Gustavo Adolfo Mendizábal Mazariegos, Magistrado Vocal Cuarto; Héctor Manfredo Maldonado Méndez, Magistrado Vocal Quinto; Gustavo Bonilla, Magistrado Vocal Décimo Tercero. Jorge Guillermo Arauz Aguilar, Secretario de la Corte Suprema de Justicia

02/08/2011 – RECHAZADO PENAL
972-2011

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL. Guatemala, dos de agosto de dos mil once.

Se resuelve la admisibilidad del recurso de casación por motivos de forma y fondo, interpuesto por el procesado **EDWIN EMMANUEL RIVERA GÁLVEZ**, contra la

resolución dictada por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, el dieciséis de junio de dos mil once, dentro del proceso seguido en su contra por el delito de ejecución extrajudicial.

CONSIDERANDO

El artículo 437 del Código Procesal Penal regula que el recurso de casación procede contra las sentencias o autos definitivos dictados por las salas de apelaciones, y enumera las decisiones judiciales que son susceptibles de este recurso.

Al respecto, se debe indicar que la característica con la que la ley reviste a estas resoluciones, es que sean definitivas, es decir, que le pongan fin a la acción intentada o que imposibiliten su continuación; característica que también es considerada así por el autor Fernando de la Rúa, quien expone: "El recurso [de casación] se concede contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen (…)" (La Casación Penal, Depalma, Argentina, 1994, página 179). Además, Oscar Pandolfi, en su obra "Recurso de Casación Penal" (Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 2001, página 126) cita a Ricardo Núñez, indicando: "Una sentencia es definitiva si es la última que se puede dictar en la causa sobre el fondo del asunto".

De lo anterior se establece que la resolución emitida por la Sala recurrida no encuadra en los casos de procedencia contenidos en la ley, artículo 437 del Código Procesal Penal, en virtud que el tribunal de apelación revocó el auto de primer grado que declaró con lugar la solicitud de sobreseimiento a favor del hoy recurrente, debiéndose reanudar el proceso seguido en su contra, pronunciamiento que no afecta la continuación del trámite del proceso de forma normal.

En ese orden de ideas, no es procedente atacar a través del recurso de casación la resolución recurrida, por carecer de definitividad, por lo que deviene desecharlo.

LEYES APLICADAS

Artículos: el citado y 12, 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3, 11, 11 Bis, 50, 105, 160, 166, 167, 398, 445 del Código Procesal Penal; 77, 141, 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.

POR TANTO

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL: con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: Rechazar de plano el recurso de casación por motivos de forma y fondo, interpuesto por el procesado **EDWIN EMMANUEL RIVERA GÁLVEZ**, contra la resolución dictada por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, el dieciséis de junio de dos mil once. Notifíquese.

Gustavo Adolfo Mendizábal Mazariegos, Magistrado Vocal Cuarto, Presidente en funciones de la CámaraPenal; Héctor Manfredo Maldonado Méndez, Magistrado Vocal Quinto; Ervin Gabriel Gómez Méndez, Magistrado Vocal Décimo; Gustavo Bonilla, Magistrado Vocal Décimo Tercero. Jorge Guillermo Arauz Aguilar, Secretario de la Corte Suprema de Justicia.