

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



**LA CESURA DEL DEBATE EN EL PROCESO PENAL.  
Algunos problemas sobre la cuestión de hecho y sobre la aplicación de la ley**

Elder Rocael Girón Alvarez

Guatemala, marzo de 2021

# CONTENIDO

	Página
<b>Introducción</b>	i
<b>Capítulo I</b>	
Sistema procesal penal	1
1. Sistemas procesales	2
1.1. Sistema acusatorio	3
1.2. Sistema inquisitivo	7
1.3. Sistema mixto	10
2. Objeto del derecho procesal penal	12
3. Características del derecho procesal penal	12
3.1. Carácter público	13
3.2. Instrumental	13
3.3. Autonomía	14
3.4. Disciplina jurídica particular	15
3.5. Índole científica	15
3.6. Es de conocimiento metódico	15
3.7. Es de conocimiento explicativo e informativo	16
3.8. Terminología propia	16
3.9. Conjunto sistemático de conocimientos	17
3.10. Sistema de conocimientos verificables	17
3.11. Conduce a la tecnificación	17
3.12. Es una disciplina realizadora	18
3.13. Carácter oficial	18
3.14. Irretractable	19
3.15. Carácter obligatorio	19
<b>Capítulo II</b>	
Sistema procesal penal guatemalteco	20
1. Naturaleza jurídica	21

1.1. Teoría de la relación jurídica	21
1.2. Teoría de la situación jurídica	22
2. El sistema procesal penal guatemalteco	23
3. El proceso	24
4. Fundamento	25
5. Fines	26
6. Fases del proceso	27
6.1. Etapa preparatoria	28
6.2. Etapa intermedia	32

### **Capítulo III**

La cesura del debate	38
1. Definición	38
2. Origen	38
3. El proceso penal en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América	39
4. El sistema probatorio en el proceso penal de los Estados Unidos de América	42
5. Regulación, desarrollo y fundamentos doctrinarios de la cesura o división del debate	47
5.1. Regulación	47
5.2. Desarrollo y fundamentos doctrinarios de la cesura del debate	51
5.2.1. Problemas relativos a la determinación de la culpabilidad	51
5.2.2. Problemas relativos a la determinación de la pena	53
5.2.3. Crítica racional a la institución de la cesura del debate	58

### **Capítulo IV**

Los problemas de la cognoscibilidad de los hechos (la determinación de la culpabilidad)	61
1. Los problemas de la <i>quaestio facti</i>	61
2. La convicción del juez	65
3. La inducción en la valoración de la prueba	71

## **Capítulo V**

La aplicación de la ley penal (la determinación de la pena)	79
1. La <i>iuris dictio</i>	79
2. Los casos complejos	84
3. El marco jurisprudencial	86
4. La función del legislador	89
5. El juez, ¿no crea derecho?	90

## **Capítulo VI**

La cesura del debate en la actualidad jurídica del país	96
1. Importancia de la práctica de la cesura del debate	96
2. Mecanismo para poder diligenciar la segunda parte de audiencia del debate respecto a la cesura	97
3. Beneficios para el imputado al aplicar la cesura del debate	99
3.1. Optimiza la creación de un derecho penal de acto y no de autor	99
3.2. La prevalencia de los principios de inocencia y defensa	100
3.3. Valor de la pena como mecanismo de prevención social	100
4. Aspectos positivos al implementar la cesura del debate	101
5. Elementos por los cuales no se utiliza la cesura del debate	102
6. Circunstancias negativas de la no utilización de la cesura del debate	103

<b>Conclusión</b>	105
-------------------	-----

<b>Bibliografía</b>	108
---------------------	-----

## Introducción

La institución de la cesura del debate o la división del debate tiene su génesis en el derecho anglosajón, es decir, en la familia o tradición jurídica del *common law*. Como es sabido, existen varias tradiciones jurídicas en el mundo. Las dos principales son la jurídica romano-canónica o romano-germánica, el también llamado sistema de derecho civil, y la tradición jurídica del derecho común o del *common law*. Las restantes son derivadas o son especies de estas dos familias genéricas, o bien constituyen sistemas mixtos como, por ejemplo, el sistema japonés.

Algunos otros sistemas jurídicos como el de los países en los que predomina la religión musulmana poseen una gran influencia teológica y pueden clasificarse de acuerdo con el sistema religioso dominante en sus países de origen.

El origen de la tradición jurídica del *common law* se remonta al 14 de octubre del año 1066, fecha en la que tuvo lugar la batalla de Hastings. En dicha batalla los normandos derrotaron a los sajones, coronándose Guillermo, rey de Inglaterra, en la Navidad de ese mismo año en la Abadía de Westminster. Esto provocó un largo enfrentamiento con Francia conocido como la Guerra de los Cien Años, pues los franceses seguían considerando al ducado de Normandía como un feudo al servicio del monarca francés.

El derecho común o derecho consuetudinario fue impuesto tras la batalla de Hastings en todo el reino de Inglaterra. Este es un sistema basado esencialmente en los precedentes judiciales. De ahí la expresión inglesa *remedies precede rights* (la acción crea el derecho), que hace referencia a que son las acciones o los procedimientos judiciales interpuestos ante los tribunales los que dan origen a las decisiones de los jueces que, a la vez, crean el derecho.

Respecto de la tradición jurídica romano-canónica, su origen histórico es la publicación de las doce tablas. Esto se considera un logro del tribuno Terentilio Arsa, quien en el año 462 a. C., vence la oposición de la clase patricia, quienes ejercían el

privilegio de atribuirse solo a ellos el conocimiento del derecho a través del Colegio de los Pontífices. Dicho derecho era desconocido por el pueblo y era utilizado con arbitrariedad por dicha clase privilegiada.

La publicación de las doce tablas en Roma termina con el privilegio patricio y dispone la publicidad de las leyes para que se conozcan por todos. La tradición jurídica romano-canónica es, entonces, una tradición de derecho escrito y sus instituciones se traducen en conjuntos de reglas que otorgan seguridad jurídica a sus destinatarios. Las dos familias jurídicas descritas poseen diferentes instituciones. Estas, a la vez, provienen de costumbres y tradiciones diferentes, las cuales han influido en su evolución y desarrollo a lo largo de la historia.

La positivización de la institución de la cesura del debate en los códigos de procedimientos penales iberoamericanos es, en última instancia, la pretensión de trasladar una institución perteneciente al sistema de la tradición jurídica del *common law* al sistema de la tradición jurídica romano-canónica. Es decir, de implantar la tradición propia de un sistema jurídico a otro sistema jurídico distinto.

La mayor parte de los principios que integran el sistema de derecho común, que es un derecho no escrito —no codificado, integrado por diversos instrumentos, costumbres, tradiciones, etc.— fueron instituidos por las tradiciones nórdicas. Estos constituyen principios eminentemente libertarios, distintos a los principios del derecho romano que sí influyeron en la formación del derecho continental europeo, cuya tradición de derecho civil se ha heredado en Guatemala.

Lo anterior es importante, ya que tanto en la doctrina de los sistemas de derecho penal latinoamericano como en la de los sistemas de derecho penal europeo, la institución de la cesura o división del debate es controvertida y escasamente legislada.

Actualmente, no existe un acuerdo pacífico sobre las virtudes o problemas jurídicos que acompañan a la institución de la cesura del debate en la pretensión de algunos juristas de incluirlo en los códigos de procedimientos penales en sus respectivos

países. De hecho, no existe ni siquiera acuerdo sobre qué situaciones jurídicas particulares deberían discutirse en cada una de las dos fases en las que esta institución pretende dividir el debate. Ello, más allá de que en la primera se discutirá la culpabilidad y en la segunda la individualización de la pena.

Algunos juristas defensores de la cesura del debate argumentan que dicha institución constituye la mejor forma de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa del imputado. Esto, sobre todo, para la determinación de la sanción penal. Así, propugnan por su aceptación e inclusión generalizada en los códigos de procedimientos penales. Otros juristas niegan que la división del debate constituya sustancial diferencia para la determinación de la sanción penal o siquiera para tutelar los derechos de defensa y del debido proceso.

¿Quién tiene la razón? Desde la perspectiva aquí asumida, tal disputa habría que someterla al juicio de esa inexorable maestra que es la experiencia. Ello es así, porque la epistemología contemporánea ha demostrado que en las teorías científicas existe algo así como una selección natural. Aquellas que poseen una mejor capacidad explicativa de la realidad generalmente subsisten, mientras que otras que no poseen tal cualidad son abandonadas.

En contra de la afirmación de los beneficios de la institución de la cesura del debate en los sistemas penales iberoamericanos se puede afirmar, en primer lugar, que no todos los países de Iberoamérica regulan tal institución en sus códigos de procedimientos penales. En segundo lugar, que en aquellos países que sí la regulan, la institución es poco utilizada en la práctica judicial. Este hecho contradice seriamente la afirmación de que la institución de la cesura del debate sea la mejor desde el punto de vista procesal, por lo menos para juzgar delitos de cierta gravedad.

La pregunta a responder sería la siguiente, si la cesura del debate posee las virtudes procesales que sus impulsores le atribuyen, ¿cuál es la razón de su escasa regulación en los sistemas iberoamericanos y su escasa utilización en los países en los que se encuentra positivizada?

En esta investigación se tratará de responder a dicha pregunta. Ello, desde un punto de vista más bien epistemológico-jurídico que empírico, pues la práctica de tal institución, dada su exigua utilización en los sistemas iberoamericanos, difícilmente podría proveer alguna conclusión generalizadora o universalizable. Además, porque se trataría de un razonamiento inductivo, y la inducción es una generalización incompleta cuya conclusión solo puede tener pretensión de probabilidad.

La tesis sostenida aquí es que la forma, si bien contribuye a garantizar los derechos fundamentales y procesales, no garantiza absolutamente la justicia de la decisión judicial, dado que el juez o el tribunal enfrentan problemas de índole diversa, tanto para resolver la *quaestio facti*, como para resolver la *quaestio iuris* en los procesos penales. De esta forma, la decisión idónea —si existiera un parámetro o canon objetivo de idoneidad— dependerá en mayor medida de cómo resuelva el juez o tribunal esas dos cuestiones.

Esta investigación consta de cinco capítulos. En el primer capítulo se realiza la discusión de la idea de un sistema procesal penal y su funcionamiento, así como de sus principales instituciones. En el segundo se esboza la idea del sistema procesal penal guatemalteco, así como algunas de sus características principales. En el tercer capítulo se aborda específicamente la institución de la cesura del debate, haciendo una exposición de la teoría, así como de sus incidencias y problemas.

El cuarto y quinto capítulo tratan, respectivamente, de los problemas que afrontan los jueces y tribunales en la solución de los problemas relativos a los hechos y al propio derecho con relación a la forma de los procesos. Es decir, la cuestión de si la forma afecta el resultado, ya que el problema de comparar el procedimiento unitario con la denominada división o cesura del debate se centra en la forma misma. Así, se predica que se impondría una pena o medida de seguridad más justa si se utiliza el segundo procedimiento y se desecha el primero.

Con fundamento en lo expuesto, se tratará de arribar a una conclusión que refleje más la realidad epistemológica del problema investigado que una apasionada defensa por la cesura como método de diligenciar el debate, sin que tal método haya sido testeado con suficiencia en el ámbito de la experiencia judicial de los países de iberoamericanos cuyos ordenamientos regulen tal institución.

## **Capítulo I**

### **Sistema procesal penal**

La correcta aplicación del derecho procesal penal guatemalteco tiene a su cargo el estudio y aplicación de una administración de justicia imparcial y justa. Además, cuenta con un contenido técnico jurídico en el que se establecen las normas para llegar a la verdad discutida y dictar el derecho de manera equitativa.

El derecho procesal penal consiste en el camino que se tiene que seguir, es decir, cuenta con un ordenamiento preestablecido de carácter técnico. Se encarga de garantizar la defensa contra las personas e, inclusive, contra el mismo Estado guatemalteco.

El sistema procesal penal guatemalteco sufrió un cambio significativo debido a la necesidad de impulsar la creación de un ordenamiento jurídico consistente en un proceso penal oral capaz de permitir un progreso en el sistema judicial en materia penal. Con ello, consolidar la paz, seguridad y democracia en el país. Los aspectos que motivaron el cambio fueron principalmente la humanización, la dignificación y el mejoramiento del sistema procesal penal en Guatemala.

Es de importancia anotar que las normas penales son normas instrumentales, a saber, de utilidad para las y los jueces, fiscales, abogadas y abogados y las partes, tanto para el desarrollo del proceso como para un mejor desempeño dentro del proceso.

Es a raíz de la firma de los Acuerdos de Paz que se generó la necesidad de un cambio sustancial y profundo en la legislación procesal penal de Guatemala. No obstante, ha sido el proceso penal el que se encuentra a la vanguardia. A pesar de que la paz se encontraba en negociación, el proceso penal ya daba un salto grande y se estaba preparando para un cambio.

La oralidad es un aspecto que merece resaltarse, ya que anteriormente Guatemala tenía un proceso penal escrito. Sin embargo, a día de hoy el proceso penal es oral. Esta es una característica del sistema acusatorio.

Es importante señalar que todavía existen resabios del sistema inquisitivo, especialmente en lo relativo a la escritura, pues todo lo que ocurre en el proceso penal debe constar en acta, tal y como lo estipula el artículo 146 del Código Procesal Penal vigente. “Cuando uno o varios actos deban ser documentados, el funcionario que los practique, asistido de su secretario, levantará el acta correspondiente, en la forma prescrita por este Código. Si no hubiere secretario, por dos testigos de asistencia”.

El autor Eugenio Florián define que el derecho procesal penal consiste en: “El conjunto de principios, instituciones, teorías, doctrinas, normas procesales e instrumentales, jurídico-penales creadas por el Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad, y tiene la finalidad de encontrar la verdad”<sup>1</sup>.

## **1. Sistemas procesales**

Son todas aquellas formas o modos de llevar a cabo los juicios que han existido a través de la historia, siendo estos el sistema acusatorio, el sistema inquisitivo y el sistema mixto.

De los tres sistemas anotados, dos han sido completamente opuestos el uno al otro. Ello, debido a que muestran dos formas distintas de investigación. Estos son el inquisitivo y el acusatorio. La combinación de estos dos sistemas ha dado origen a un tercero denominado sistema mixto.

La historia demuestra que, en su trayecto, las sociedades, incluyendo la guatemalteca, han adquirido y configurado de diversas maneras el proceso penal. Estas

---

<sup>1</sup> **Florian, Eugenio.** Elementos del derecho procesal penal. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. 1934. P. 26.

se han ido adecuando a las distintas circunstancias sociales y políticas, de donde han surgido los tres sistemas procesales fundamentales anotados anteriormente.

En cada uno de estos la función acusatoria, de defensa, así como también de decisión, reviste distintas maneras por la naturaleza de cada sistema procesal. Es fundamental el estudio y análisis de los sistemas procesales para encontrarse en condiciones aptas de poder comprender de mejor forma el sistema procesal penal imperante en Guatemala.

### **1.1 Sistema acusatorio**

El sistema acusatorio tiene su origen en Grecia, en la ciudad de Atenas. Después de su florecimiento ocurre en la Roma antigua. En esa época, los acusadores recibían una recompensa debido a las acusaciones que llevaban a cabo, siempre y cuando cumplieran su condena. Se llamaba acusatorio tanto en lo civil como en lo penal y en lo penal se le denominaba *accusatio*.

El autor Alberto Bovino señala lo siguiente: “La primitiva concepción del juicio criminal exigía un acusador, prevalecía el interés privado, procedimiento que a su vez evoluciona por introducir la publicidad y la oralidad”<sup>2</sup>.

La forma más sencilla de identificar el sistema procesal acusatorio es a través de los principios que lo inspiran, el principio de oralidad, el principio de publicidad y el principio de contradicción.

El sistema procesal acusatorio consiste en un proceso que se lleva a cabo con base en la oralidad, siendo de importancia para la misma la inmediación, la adjudicación, la concentración, la contradicción, la celeridad y la economía procesal.

---

<sup>2</sup> **Bovino, Alberto**. Problemas de derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. Argentina. 1998. P. 21.

En el proceso histórico, el sistema acusatorio es el que se manifiesta en primer término haciendo referencia al procedimiento seguido por los atenienses. En este, con las limitaciones de las ideas políticas y sociales de la época, se encuentra el principio de la acusación popular a través del que todo ciudadano libre se encontraba facultado para el ejercicio de la acción penal de los delitos públicos.

El acusador tenía que ofrecer las pruebas y el imputado podía solicitar un término para su defensa, no obstante, encontrarse autorizado para la tortura. El debate era público y oral.

Gimeno señala que: “El sistema acusatorio puro se encuentra establecido en Inglaterra, país que desde que lo instauró, no ha interrumpido su aplicación por otra clase de proceso. Es en ese país donde se establece el Gran Jurado. Este sistema es instaurado por los ingleses en los Estados Unidos de Norteamérica”<sup>3</sup>.

El mismo el juez no puede proceder más que a instancia de parte. No tiene que conocer más de lo que pidan las partes. El juez tiene que juzgar de conformidad con lo alegado y probado por las partes.

El procedimiento penal en el sistema acusatorio comienza a instancia de parte, dándole la vida a la acción popular, ya que se le da el derecho de acusar no solamente a la víctima, sino a cualquier ciudadano.

Los medios de prueba son propuestos y aportados de manera libre por las partes y la valoración es efectuada por el juzgador de conformidad con la sana crítica razonada.

Las funciones procesales fundamentales se encuentran separadas. El juez solamente es el mediador durante el proceso, debido a que se limita a presidir y encara los debates.

---

<sup>3</sup> **Gimeno, Vicente.** Lecciones de derecho procesal penal. Editorial Colex, S.A. Madrid. 2001. P. 30.

Cafferata Nores establece que: “Otros antecedentes históricos del sistema acusatorio se remontan al derecho romano, específicamente en la época de Diocleciano. Por el poder absorbente del emperador que hacía las veces del juez, alcanzó su mayor esplendor en la Edad Media, en donde el delito se convierte en un pecado y, por lo tanto, la confesión del sindicado adquiere una importancia fundamental. Este sistema fue adoptado rápidamente en la generalidad de países europeos”<sup>4</sup>.

Es público, ello implica que, en todas las etapas del proceso, las partes cuentan con acceso a él. Esto determina que, de igual manera, se involucren fundamentalmente los principios procesales que se identifican con la publicidad. Dichos principios son la celeridad, la igualdad de las partes y la economía procesal.

Es de carácter contradictorio, pues es la contradicción la que se plasma en un proceso a través de la prueba. Al existir contradicción, se involucra también el derecho de defensa, por el que uno acusa y el otro contradice o se defiende, siendo el instrumento deseado en la valoración de la prueba.

En este sistema es el juez el encargado de cumplir con una función de contralor del proceso, ya que la investigación le corresponde exclusivamente a las partes y especialmente al Ministerio Público, así como también la producción de los medios de prueba. Este sistema es característico de los gobiernos democráticos desarrollados.

En este sistema concurren los principios de publicidad, oralidad y contradicción, imperando a su vez los principios de igualdad, oralidad y concentración de todos los actos procesales.

---

<sup>4</sup> **Cafferata Nores, José**. Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la nación. Ediciones De Palma. Argentina. 1992. P. 19.

El procedimiento penal se comienza a instancia de la parte, dándole vida a la acción popular. Ello, ya que se da el derecho de acusar, no solamente a la víctima, sino que también a cualquier ciudadano.

Las pruebas son propuestas y aportadas de forma libre a través de las partes y la valoración es llevada a cabo por el juzgador de conformidad con el principio de libre valoración de la prueba conocida como sana crítica razonada.

Las funciones procesales de importancia se encuentran separadas y el juez solamente es el mediador durante el proceso penal, limitándose a presidir y encarar el debate.

Este se caracteriza debido a que el juez no procede más que a instancia de parte. Además, el juez no tiene que conocer más de lo que le pidan las partes, tampoco existe juez sin actos, teniendo que encargarse de juzgar de conformidad con lo probado y alegado por las partes.

Fairén señala que: “El sistema acusatorio es el más antiguo y su denominación proviene del vocablo *accusatio*. Tuvo sus orígenes en la Época Antigua, en Grecia, y fue mejorado en Roma. En el proceso histórico, el sistema acusatorio es el que se manifiesta en primer lugar, y así haciendo referencia al procedimiento seguido por los atenienses, en el que, con las limitaciones debidas a las ideas políticas sociales de la época, se encuentra el principio de la acusación popular mediante el cual, todo ciudadano libre estaba facultado para ejercer la acción penal de los delitos públicos ante el senado o la asamblea del pueblo”<sup>5</sup>.

El autor anotado señala que “la decadencia de este sistema radica básicamente en que, para que funcione, se requiere que se dé en una sociedad eminentemente educada en las virtudes ciudadanas, y que en la realidad este sistema no consulta los

---

<sup>5</sup> **Fairen, Victor.** Doctrina general del derecho procesal. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. 1990. P. 39.

intereses de la defensa social y el inadecuado ritmo de la vida contemporánea corrompida por la baja política y donde están ausentes las virtudes cívicas”<sup>6</sup>.

## 1.2 Sistema inquisitivo

El sistema inquisitivo tiene su origen en Roma y nace debido a la imperante necesidad de controlar la investigación y producción de los medios probatorios, ya que el imputado en la mayoría de ocasiones lograba quedar en libertad y los delitos quedaban impunes por la falta de acusación. Por ello, el Estado tomó la decisión de nombrar funcionarios encargados de realizar la acusación por la falta de acusación de los particulares. Así, los jueces toman conocimiento de oficio, llevando a cabo una fase de instrucción secreta, al igual que en la prueba y en el juicio.

En el sistema anotado, los jueces no son solamente los encargados del juicio, sino que también investigan, siendo esto lo que origina el derecho romano canónico, el cual sustituye poco a poco al sistema acusatorio.

Creus indica que el sistema inquisitivo: “Es opuesto al acusatorio y consiste en que el juez no es sujeto pasivo del proceso, sino que adopta la calidad de activo por cuanto está facultado para iniciarlo y fijar el tema de decisión y decretar pruebas necesarias para establecer hechos, siendo asignado en los procesos en los que se controvertían o ventilaban asuntos en que la sociedad o el Estado tenían interés porque se consideraban de interés público y, por tanto, no eran susceptibles de la terminación por desistimiento o transacción”<sup>7</sup>.

Además, prevalecía la prisión, ya que mientras se investigaba, el procesado no tenía derecho a contradecir. El proceso se desarrollaba en secreto y no existía la oralidad, por ende, también es fácil distinguirlo a través los principios que lo informan, a saber, la escritura, la secretividad y la sumarialidad.

---

<sup>6</sup> *Ibídem*. P. 42.

<sup>7</sup> **Creus, Carlos**. Derecho procesal penal. Editorial Astrea. Argentina. 2013. P. 17.

Este sistema derivó de ideas políticas, de necesidades de expansión y de la posibilidad de los ciudadanos en su función de acusar, apoyándose también en el cambio de costumbres. Tiene una tendencia inquisitiva y se caracteriza en que el acusador se convierte en simple denunciante. En este sistema los funcionarios especiales y oficiales, como se les denominó, llevaban adelante la acusación. Posteriormente, una investigación secreta. Además, el juzgador tiene una participación activa en todo el proceso e interviene de oficio, desapareciendo el jurado. En su lugar se establecen magistrados que obran como delegados del emperador.

El sistema procesal inquisitivo es característico de los gobiernos de tipo autoritario y dictatorial. Existen países en los que aún está vigente. Sobre todo, en los países subdesarrollados. Esto es una realidad.

El pleno auge del sistema inquisitivo ocurrió en la Edad Media. Este fue cruel y violó las garantías individuales del proceso penal. Además, estableció la forma escrita, la prueba legal y tasada, la secretividad y fue tendiente a que las funciones procesales de acusación, defensa y decisión se concretaran en el juzgador.

Así, la imputación se convierte en un objeto, dejando por un lado la imputación de parte. Esto daba lugar a que los sindicados de clases sociales bajas les fueran impuestas penas graves y gravísimas. Asimismo, a que a los integrantes de las clases sociales elevadas se les impusieran penas leves. En esa época el proceso penal comenzó a tomar un carácter político y de defensa de la clase dominante.

El autor anteriormente citado señala que: “El sistema inquisitivo se originó en Roma y su denominación proviene del vocablo *inquisitio*. Después de varios siglos de vigencia y ya en época avanzada del imperio, la *accusatio* cede su puesto a una nueva forma de procedimiento conocida como *cognitio extra ordinem*, derivada de las nuevas ideas políticas, de las necesidades de expansión y de la posibilidad de los ciudadanos en su función de acusar, motivada por el cambio de costumbres”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, P. 23

El proceso penal durante la edad medieval se tornó lento e ineficaz. El imputado se convirtió en un objeto y dejó por un lado la condición de parte. En este sistema las magistradas y los magistrados o jueces son permanentes. El juez es el mismo sujeto que investiga, dirige, acusa y juzga. La acusación puede ser ejercida indistintamente por el procurador o por cualquier persona. La denuncia es secreta, es un procedimiento escrito, secreto y no contradictorio en el que impera como relación a la valoración de la prueba el sistema legal o tasado. Respecto a las medidas cautelares, la prisión preventiva constituye la regla general, así como la libertad la excepción.

El procedimiento se inicia de oficio. Es de naturaleza escrita y secreta, admitiéndose inclusive para su comienzo la denuncia anónima que resuelve la falta del acusador. Así, justicia penal pierde por completo su carácter de justicia popular para convertirse en justicia estatal.

Con relación a la prueba, el juzgador se encargaba de seleccionar a su criterio las más convenientes, prevaleciendo siempre la utilización del tormento, el cual se empleaba de forma común para obtener la confesión del acusado que era pieza fundamental del proceso. Respecto a los testigos, las pruebas eran valorizadas a través del sistema de prueba legal o tasada.

Este sistema fue objeto de críticas debido a que vedaba los derechos y las garantías mínimas del imputado. Pues era de importancia que todo ser humano tuviera derechos mínimos a observarse dentro de cualquier ordenamiento jurídico, tales como el derecho de defensa y publicidad.

El derecho de defensa en el sistema inquisitivo es nulo. Además, la poca defensa que existe o que es permitida es llevada a cabo por el mismo juez con la finalidad de demostrar su bondad frente al propio acusador, siendo mayor el derecho de acusación, de defensa y de decisión que se encuentran concentrados en el juez.

En el sistema inquisitivo no se presentan los sujetos procesales y el procesado no es tomado en cuenta como un sujeto de la relación procesal penal, sino que solamente

como objeto del mismo. Es un sistema unilateral, o sea, de un juez que lleva a cabo una actividad uniforme, contrario al sistema acusatorio que es un sistema de partes.

### **1.3 Sistema mixto**

Es el producto de un eclecticismo entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo. Surge debido a que toma los elementos característicos de uno y de otro. En la Época Moderna aparece como una forma conciliadora entre estos sistemas.

Realmente nunca ha existido un sistema completamente puro, debido a que en el sistema mixto siempre han existido resabios tanto del sistema acusatorio como del sistema inquisitivo.

El autor y exmagistrado César Crisóstomo Barrientos Pellecer indica lo siguiente: “Debido a los inconvenientes y ventajas de los procesos acusatorios e inquisitorios y a modo de una combinación entre ambos surgió el sistema mixto. La asamblea constituyente ideó una nueva forma y dividió el proceso en dos fases: una secreta que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía la oral”<sup>9</sup>.

En Guatemala, el sistema anterior en materia penal era inquisitivo, pero con tendencia en la práctica a ser mixto, ya que existía una fase de investigación secreta, denominada sumaria, en la que la investigación se encontraba a cargo del juez. Sin embargo, al concluir dicha fase secreta, se abría el proceso a juicio y esa fase era pública. En la actualidad el sistema penal guatemalteco es acusatorio, pero también con una tendencia mixta, ya que algunas fases corren a cuenta exclusiva del juzgador.

Solamente en materia procesal penal y laboral se tiene en el país un sistema oral, aunque también en materia civil se ha implementado en algunas diligencias la oralidad.

---

<sup>9</sup> **Barrientos Pellecer, César Crisóstomo.** El proceso penal en Guatemala. Editorial Magna Terra. Guatemala. 1995. P. 25.

En materia procesal penal el sistema es mixto con tendencia acusatoria, como ya se anotó. Esto busca encontrar un proceso adecuado e intermedio entre los sistemas procesales citados, donde se mantenga tanto la secretividad en las diligencias en las que dicha exigencia fuera necesaria, como la publicidad al recibir la prueba y presentar los alegatos. Así, se ensayaron fórmulas y procedimientos combinando lo secreto y lo escrito del sistema inquisitivo, así como lo público y oral del sistema acusatorio.

El sistema mixto ha nacido de la necesidad de conciliar, hasta donde sea posible, el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo. Es decir, el interés individual del procesado y el de la sociedad. No solo la sociedad, en todo caso el agraviado, como ofendida al tomarle en cuenta como facultada para sancionar al imputado.

Con dicha conciliación, como es natural, se tiene como finalidad encontrar la forma que no se sacrifique un principio en beneficio de otro. Por ese motivo es que, dentro del sistema procesal mixto, se combinan las características del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo. Ello, para asegurar de esa manera, en forma equitativa, los derechos correspondientes de la defensa y de la acusación.

El sistema anotado es una combinación del sistema inquisitivo que aporta la fase de instrucción y del sistema acusatorio, que aporta la fase del juicio denominada también debate plenario.

El principal objetivo del sistema mixto consiste en equilibrar los intereses del individuo con los intereses de la sociedad. Durante la etapa de investigación es predominante la celeridad, oralidad, el contradictorio y transparencia. En la fase relacionada con el juicio, es predominante la oralidad, la publicidad, la inmediatez y la economía procesal. Al igual que en la etapa de la investigación o etapa preparatoria, la etapa intermedia, el juicio y las impugnaciones.

La prueba es de libre convicción por parte. Además, se conoce como sana crítica razonada al sistema de valoración en la aplicación de las reglas que la integran para su deliberación, tal y como es denominada en la legislación procesal penal guatemalteca.

El tribunal no tiene intervención en la instrucción del proceso y puede ser unipersonal o colegiado. El juez unipersonal es contralor de la investigación y el tribunal es el garante del respeto al debido proceso y cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales.

## **2. Objeto del derecho procesal penal**

El objeto del derecho procesal penal radica en el esclarecimiento del hecho denunciado, previa investigación de los medios de prueba. Consiste en obtener, a través de la intervención de un juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado.

El proceso penal puede concluir antes de la sentencia. Se busca la determinación respecto a si se cometió o no, es decir, una certeza positiva o negativa. Si se comprueba la existencia del delito, entonces aparecen las consecuencias jurídicas y la sanción para el infractor.

Su objetivo se orienta a la comprobación o desvirtuación de la existencia de un delito, siempre que la acción penal no haya prescrito, para determinar de forma precisa la responsabilidad penal del procesado. Ello, condenándolo o absolviéndolo de la acusación y archivando el proceso cuando se pruebe su responsabilidad durante la investigación.

## **3. Características del derecho procesal penal**

Diversas son las características de importancia del sistema procesal penal. A continuación se enumeran y explican brevemente para su clara comprensión.

### **3.1 Carácter público**

El derecho procesal penal tiene carácter público ya que se encarga de la regulación de la actividad jurisdiccional del Estado guatemalteco. Es decir, que ocurre la intervención estatal para el mantenimiento de la convivencia social resolviendo para ello los conflictos entre los particulares.

Ocurre entonces la mediación del Estado en la efectiva realización de la justicia por intermedio de los órganos establecidos para tal efecto. Además, es público debido a que estructura los órganos estatales en sus funciones de solución de conflictos.

Asimismo, la relación jurídico-procesal se encuentra determinada a través de normas de carácter público revestidas de garantías constitucionales. Su institucionalización es llevada a cabo por órganos públicos, los cuales forman parte de uno de los poderes del Estado.

Dicho carácter público se acentúa en la medida en que se aplica el derecho penal, que es derecho público por excelencia.

### **3.2 Instrumental**

Tiene la característica de que es instrumental, ya que es de utilidad para tutelar los derechos no solamente de la ciudadanía guatemalteca, sino que también de todos los integrantes de una comunidad garantizada.

Debido a que constituye el medio de actuaciones del derecho sustantivo, las normas y principios del derecho procesal cumplen una función reguladora de la actividad dirigida a la realización jurisdiccional del derecho sustantivo.

El derecho procesal no se limita solamente a ser un medio, ya que si fuera de esa forma se estaría desconociendo el fin que tiene, consistente en asegurar la realización del orden jurídico.

No solamente las normas procesales cuentan con naturaleza de carácter instrumental, también las sustantivas, como ocurre con la aplicación de la pena la reparación civil y la denuncia de parte.

### **3.3 Autonomía**

Es autónomo debido a que cuenta con individualidad propia. El derecho procesal penal es el conjunto de normas tendientes a la organización de los tribunales y de las salas penales para regular la actividad encaminada a las actuaciones jurisdiccionales del derecho penal material.

En el pasado, el derecho procesal penal se consideró dependiente del derecho sustantivo. Actualmente, el derecho anotado se considera como una rama completamente independiente del derecho sustantivo y, a la vez, se encarga de regir los principios rectores exclusivos, apuntando a fines determinados y contando con un objeto de conocimiento propio.

La autonomía con la que cuenta el derecho procesal penal guatemalteco se da tanto a nivel legislativo, científico como académico. La autonomía legislativa del derecho en mención es el resultado del largo proceso de separación del derecho penal del material y como consecuencia de la implantación del sistema de legislación codificada, que se encarga de separar en dos códigos diferentes, a saber, el derecho material y el derecho procesal.

Par Usen señala que: “El derecho procesal penal adquirió autonomía científica y su independencia frente a la ley penal material, mediante la formulación de sus propios principios, el desarrollo de una teoría también propia, y de la determinación de su campo

u objeto de estudio. Su diferenciación en relación con el derecho procesal civil se da a partir de los diferentes bienes jurídicos que tutela”<sup>10</sup>.

### **3.4 Disciplina jurídica particular**

El derecho procesal penal tiene la característica de ser una disciplina jurídica de tipo particular, ya que forma parte del universo del conocimiento jurídico y es una rama especial del derecho.

### **3.5 Índole científica**

Tiene la característica de ser de índole científica, ya que se encuentra constituido por un conjunto coherente y perfectible de formas de pensamiento. Es decir, por juicios, razonamientos y teorías de índole jurídico procesal penal. Todo debido a que le interesa un conocimiento racional y lógico.

Dichos conceptos, juicios, razonamientos y teorías son de naturaleza subjetiva y objetiva a la vez, puesto que parten del conocimiento sensorial de la realidad. De esta forma, elevarse a lo abstracto, y en ese nivel ejercer la práctica jurídico procesal penal.

La práctica de lo anotado permite la exclusión de todos los factores negativos como la vaguedad, inexactitud y superficialidad. Estos sirven para contar con el debido conocimiento y aplicación del derecho procesal penal.

### **3.6 Es de conocimiento metódico**

Constituye un conocimiento ordenado y orientado a la obtención de la verdad sobre su objeto de estudio. Para una mejor realización de su finalidad apela al empleo

---

<sup>10</sup> **Par Usen, José Mynor.** El juicio oral en el proceso penal guatemalteco. Editorial Serviprensa. Guatemala. 2001. P. 24.

oportuno y riguroso de los métodos de la actividad cognoscitiva de observación, comparación, análisis, síntesis, inducción, deducción y experimentación.

### **3.7 Es de conocimiento explicativo e informativo**

El derecho procesal penal es de conocimiento explicativo e informativo debido a que investiga y, además, identifica e informa la causalidad de su existencia como disciplina particular, inquiriendo sobre su propio objeto y finalidad.

Su contenido consiste en un cúmulo de conocimientos tanto de índole causal explicativo como de orden deóntico, de lo que es y para lo que es el derecho procesal penal. Asimismo, también de nivel crítico sobre la aplicación práctica de la disciplina que permite el impulso del perfeccionamiento de dichos conocimientos, así como predecir sucesos, avances inherentes y complementarios a la disciplina.

La práctica procesal penal también permite la predicción con grado probable, las consecuencias procesales de una innovación propuesta o aprobada y sirve de orientación lúcida para la formulación de alternativas innovadoras en materia de normatividad procesal penal.

### **3.8 Terminología propia**

Obra de las características del derecho procesal penal es que cuenta con terminología propia para poder tener una mayor claridad y precisión en la comunicación dentro de esta disciplina. Esta terminología tiene conceptos muy propios que se incrementan de forma constante.

El autor previamente citado señala que: “La terminología propia de la que goza el derecho procesal penal es una consecuencia de su calidad de disciplina jurídica especial. Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho procesal penal deje a un lado la

terminología jurídica general y básica”<sup>11</sup>. Dicha terminología tiene lugar siempre desde el punto de vista conceptual para el derecho procesal penal, ya que en muchos casos la misma palabra es utilizada en distintas ramas del derecho.

### **3.9 Conjunto sistemático de conocimientos**

El derecho procesal penal se encuentra conformado por un conjunto sistemático de conocimientos. Esto hace referencia a la constitución de una compleja unidad de conocimientos en conexión lógica entre sí, como la coherencia de juicios jurídicos procesales penales.

### **3.10 Sistema de conocimientos verificables**

Tiene la característica de que es un sistema de conocimiento verificable, ya que los defectos y ventajas del derecho procesal penal son evaluables desde la perspectiva del desarrollo del Estado guatemalteco y del derecho como un medio ineludible para la aplicación del derecho penal.

Dicha evaluación del derecho procesal penal permite su auto desarrollo teórico en función directa de la causalidad, finalidad, vigencia y evolución histórica del Estado y del derecho en general, y por ende, constituye un sistema de conocimiento verificable y evaluable. Para proceder a una reforma del sistema procesal penal se tienen que tomar en consideración las necesidades y la idiosincrasia de la sociedad en su conjunto. Ello, para obtener un resultado coherente con la realidad.

### **3.11 Conduce a la tecnificación**

El derecho procesal penal conduce a la tecnificación debido a que el conocimiento sistemático y la aplicación consciente del derecho procesal penal durante la actividad

---

<sup>11</sup> *Ibidem*. P. 26.

jurisdiccional son las únicas condiciones que permiten un óptimo tratamiento riguroso de los problemas relativos al comienzo, desarrollo y culminación del proceso penal concreto.

Lorca indica que: “Una actividad sin conocimiento científico constituye una mera rutina, y a la vez, una actividad práctica sin actualización científica deviene en un rezago anquilosado de conocimientos científicos. Por el contrario, un conocimiento propiamente teórico, sin concreción, sin verificación práctica, es solamente una hipótesis”<sup>12</sup>.

### **3.12 Es una disciplina realizadora**

Entre las características del derecho procesal penal se encuentra el hecho de que es una disciplina en la que sus normas son de carácter operativo. Ello, debido a que los fundamentos teóricos y las normas positivas de naturaleza procesal penal se encuentran destinadas a la regulación del comienzo, desarrollo y culminación del procedimiento penal respecto del acto imputado como delito.

### **3.13 Carácter oficial**

Es oficial ya que se cumple a través de un órgano de carácter público y se comienza de oficio por intermedio del juez o del Ministerio Público, quienes en el ejercicio de sus funciones tienen que proceder a la formulación de la denuncia, sin que por ello se recorte el derecho de las personas que puedan hacerlo de forma directa.

El autor Roxin indica que: “Iniciando la acción del fin perseguido es la implantación de una sentencia, que solo el Estado en su función jurisdiccional puede realizar, sin que tenga que hacer ninguna otra declaración de voluntad”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> **Lorca, Antonio.** Derecho procesal penal. Editorial Tecnos. Madrid. 1988. P. 43.

<sup>13</sup> **Roxin, Claus.** Introducción al derecho penal y procesal penal. Editorial Ariel. Barcelona. 1989. P. 34.

### **3.14 Irretractable**

El derecho procesal penal tiene la característica de contar con un carácter irretractable. Ello, debido a que una vez producida la denuncia o comenzado el proceso, no puede ser modificado, suspendido o revocado.

Por ende, no es procedente en el proceso penal el desistimiento, la transacción o el perdón. La acción continúa hasta su terminación y solamente se extingue con la sentencia, el sobreseimiento, la muerte del imputado o bien por declaración de alguna de las excepciones establecidas legalmente.

Dado el carácter público del fin que persigue, no existe posibilidad alguna que por un acto unipersonal se pueda revocar o suspender, por lo que la acción se encuentra encomendada al Estado. No obstante, en algunos ordenamientos se regula que la persona interesada pueda renunciar a su acción.

### **3.15 Carácter obligatorio**

El derecho procesal penal tiene la característica de que es de carácter obligatorio, ya que el Estado no puede renunciar a su potestad soberana, puesto que tiene el poder de la tutela jurídica y el monopolio del *ius puniendi*. Este aplica la sanción mediante el órgano jurisdiccional sin discriminar la condición o situación de las personas.

## Capítulo II

### Sistema procesal penal guatemalteco

El término proceso en el ámbito jurídico tiene un origen canónico. Sustituyó a la palabra romana *iudicium*, con la que se designaba la institución pública encaminada a la definición, aseguramiento y ejecución del derecho material.

De ello deriva que la primera definición que recibió el término proceso fue la equivalente a juicio. Esto respondió a que la doctrina se empleaba a dichos conceptos procesales de forma indistinta. El orden jurídico del Estado se complementa e integra de forma unitaria en función de normas que atañen a su constitución y su realización.

El ya citado autor Barrientos Pellecer señala que: “El proceso no es simple procedimiento regulado por códigos y leyes ordinarias, sino el instrumento para realizar uno de los derechos esenciales del ser humano, que no se concreta a un simple acceso a la prestación jurisdiccional, sino que se traduce en el derecho fundamental a la justicia”<sup>14</sup>.

El proceso penal consiste en el instituto necesario en todo régimen de derecho a través del cual el mismo Estado cumple el deber de proveer justicia a la población en general. Ello, mediante un mecanismo jurídico preestablecido que garantiza a las partes el respeto a sus derechos y garantías procesales elementales. Ello implica, sin lugar a dudas, que el proceso cuente con un origen en la misma Constitución, la cual es la norma fundamental que le otorga validez a todas las instituciones que conforman la estructura del sistema jurídico guatemalteco.

La existencia del proceso penal obedece a un orden legal establecido que, como finalidad, tiende a tutelar a la sociedad. Con el proceso penal se alcanza la seguridad del

---

<sup>14</sup> Barrientos Pellecer, César Crisóstomo. *Op cit.* P. 56.

orden jurídico, se protegen los valores y los bienes cuyo objetivo es tutelar las normas penales que le son inherentes a todos los ciudadanos.

## **1. Naturaleza jurídica**

Las teorías que han tenido mayor aceptación en el derecho procesal penal son las del derecho público, ya que han sido tomadas en cuenta por los mismos postulados que las inspiran. Entre ellas se ubican la teoría de la relación jurídica y la teoría de la situación jurídica.

### **1.1 Teoría de la relación jurídica**

Respecto a esta teoría, Guillermo Maldonado señala que: “El principal propulsor de esta teoría fue Hegel, quien, en su Filosofía del Derecho, hizo la primera referencia al proceso como una relación jurídica. Más tarde, autores como Oscar Von Bulow, Kohler, Wach y Stein desarrollaron el proceso como una relación jurídica y fundaron en tal concepción la moderna ciencia procesal”<sup>15</sup>.

Esta corriente parte del principio relativo de que la ley consiste en la fuente de las obligaciones y, además, considera que los deberes y derechos que existen en el proceso son integrantes de una relación jurídica que se determina entre los tres sujetos que en él actúan. La ley regula la actividad que realiza el juez y las partes. El fin de todos es su actuación. Dicha relación jurídica es autónoma, es decir, independiente de la relación jurídica material. Además, es de derecho público, ya que se ejerce en la actividad jurisdiccional del Estado.

Respecto a los derechos y deberes, estos son de las partes con relación al juez y de las partes entre sí. Por esta razón el juez tiene que proveer a las pretensiones de las partes. El acusador, por su parte, debe promover la persecución del delito. Por último, el acusado tiene que someterse al proceso.

---

<sup>15</sup> **Maldonado, Guillermo**. Manual del derecho procesal penal. Editorial Colex, S.A. Madrid. 1993. P. 34.

En la relación jurídica son varias las partes. El proceso penal se encuentra constituido por el Ministerio Público como acusador oficial, imputado, defensor y juez o magistrado. Es decir, es la persona que esgrime una pretensión de tutela jurídica en contra quien se dirige tal pretensión.

Al lado del Ministerio Público se admite la presencia del acusador particular o adhesivo, quien se encarga del ejercicio de la acción penal pública. El proceso penal consiste en una relación jurídica que debe tener como objetivo principal la existencia de una sentencia justa, con autoridad de cosa juzgada. Además, tiene que asegurar su ejecución en el caso de que esta fuera condenatoria.

En esta teoría no existe acuerdo alguno respecto al momento en que se inicia la relación jurídica procesal, ya que para algunos inicia en el momento en que comienza la relación procesal y, para otros, hasta que inicia el juicio propiamente dicho. La primera posición es la de mayor aceptación, puesto que el ejercicio de las garantías constitucionales nace desde que una persona es sindicada de la comisión de un delito.

En este sentido, esta es la teoría que más se ajusta al proceso penal, ya que esa relación jurídica procesal ocurre atendiendo a cómo el tribunal y las partes desarrollan el proceso penal a través de un juego dialéctico. Asimismo, mediante el ejercicio de las funciones y garantías que otorga la ley fundamental a cada una de las partes del proceso penal.

## **1.2 Teoría de la situación jurídica**

Esta teoría niega los presupuestos procesales como una condición de existencia de una relación jurídica procesal. No admite los presupuestos procesales como una condición de existencia de la relación jurídica, expresando que son de una decisión sobre el fondo como se comprueban los casos en que algunos actos procesales denominados excepciones se resuelven hasta el final del proceso.

La teoría anotada se contrapone a la anterior, ya que no permite la admisión o la existencia de ninguna relación jurídica. Ello, por no existir cooperación de voluntades que se encuentren encaminadas a una misma finalidad, a saber, la sentencia.

El autor antes citado indica que: “Las normas sustantivas no deben ser solamente consideradas como sistemas de regulación de conducta, como un sistema de regulación de *litis*. De esa forma, las normas tienen frente a los individuos el carácter de promesas o amenazas de determinada conducta del juez, de una sentencia de contenido determinado”<sup>16</sup>.

Esta teoría no considera de manera técnica al proceso, sino que lo toma en cuenta como el resultado de la realidad, puesto que hace perder la visión unitaria del juicio en su integridad. Esto, ya que no puede ser referente a una situación sino a un conjunto de situaciones que no se pueden concebir dentro de un proceso penal en el que es evidente la existencia de una relación jurídica dialéctica en la que puede existir el juego dinámico de todos los derechos, principios y garantías constitucionales.

## **2. El sistema procesal penal guatemalteco**

La intervención del órgano jurisdiccional se desarrolla a través de un proceso establecido mediante el orden constitucional. Este es determinado como la vía para lograr la sanción penal. Además, es de importancia que se conjuguen cuatro elementos fundamentales para alcanzar la realización del valor justicia, a saber, la jurisdicción, la competencia, la acción penal y defensa del imputado.

El proceso penal prolonga el derecho constitucional, otorgándole validez y haciendo efectivos sus preceptos en cuanto que representan una garantía de la libertad y afirman su personalidad humana. Los derechos y las garantías establecidas en la Constitución Política de la República no tendrían valor alguno, y serían totalmente ilusorios, si no existiesen las normas procesales encargadas de reglamentar su existencia y ejercicio.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*. P. 37.

Además, consiste en el conjunto de actos procesales integrados por varias fases procesales que incluyen actos de iniciación y de finalización, como la sentencia y la ejecución, cuyo objetivo es el descubrimiento de la verdad histórica del hecho y el establecimiento de la posible participación del acusado.

### 3. El proceso

El autor Vélez Mariconde define al proceso de la siguiente forma: “Es el conjunto o una serie gradual y progresiva de los actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal, y cumplidos por órganos públicos predispuestos, o por particulares obligados o autorizados a intervenir. Mediante él se procura el esclarecimiento de la verdad para aplicar en concreto la ley penal”<sup>17</sup>.

El autor antes citado señala que el proceso: “Es el complejo de los actos coordinados al fin de la actuación de la ley con relación a un bien que se pretende garantizado por ella, por parte de los órganos de la jurisdicción. Está, pues, constituido el proceso por la serie de actos del juez y de las partes, aun de terceros, guiados para la realización del derecho objetivo”<sup>18</sup>.

Asimismo, Luigi Ferrajoli indica que: “El proceso penal es el conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de esta, regulados por la ley y dirigidos a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido”<sup>19</sup>.

Además, Ferrajoli señala que “el proceso penal es el conjunto de actos realizados por determinados sujetos con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena, y en el caso de que tal existencia se compruebe, se tiene que establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción”<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Vélez Mariconde, Alfredo. Derecho procesal penal. Ediciones Lerner. Colombia. 1969. P. 18.

<sup>18</sup> *Ibidem*. P. 22.

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid. 2011. P. 26.

<sup>20</sup> *Ibidem*. P. 27.

El proceso penal es el conjunto de las actividades y formas a través de las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando la aplicación de la ley penal en cada caso concreto.

#### **4. Fundamento**

En la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra el fundamento del proceso penal. Este es el instrumento jurídico del que se vale el Estado para la protección del orden jurídico y de la ciudadanía en general.

En este sentido, el artículo número 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula lo siguiente: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. 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”.

Del análisis del artículo citado se determina que en la Constitución es donde el proceso penal encuentra su fundamento. Además, simultáneamente se le da nacimiento, existencia y validez.

La Constitución es la fuente principal en donde nace a la vida jurídica el proceso penal, y a la vez se le otorga validez y sentido, ya que genera un sistema de derechos y garantías procesales que motivan el desarrollo normal del engranaje jurídico del derecho procesal penal. El Código Procesal Penal es el que le da forma y organiza jurídicamente el proceso penal.

Tanto la Constitución como el Código Procesal Penal otorgan los presupuestos jurídicos para que el Estado cumpla con la función de administrar justicia a partir un proceso legal y auténtico.

El establecimiento del sistema procesal penal vigente en Guatemala trajo consigo una nueva estructuración de la mayoría de los órganos jurisdiccionales. Asimismo, innovó las instituciones del proceso penal, constituyendo una de las esenciales la

relacionada al hecho de haber instituido el juicio oral, cuya importancia merece ser destacada en virtud de que es la fase procesal principal en donde se define la situación jurídica de la persona que está siendo juzgada por la comisión de un delito. Este carácter definitivo es importante para la comprensión lógica del juicio oral.

El juicio oral tiene carácter definitivo, ya que es un procedimiento donde se decide la sentencia, es decir, que expresa también el principio de concentración procesal que le es propio. El juicio oral es estricto y preciso en lo que respecta a las reglas de producción de la prueba.

## 5. Fines

El verdadero fin del proceso consiste en la actuación del juez y de las partes en el mismo. El juez desarrolla una función pública y esta procura el restablecimiento del orden jurídico a través de la actuación de la ley, así como declarar si una voluntad abstracta de la ley ampara una situación concreta, y en su caso, hacer efectiva su realización por todos los medios posibles, incluso la fuerza pública.

Francisco Dall'Anese indica que: "El proceso penal es una institución jurídica y no sencillamente el resultado de una combinación de actos tendientes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad"<sup>21</sup>.

La finalidad del proceso penal es alcanzar la realización del valor justicia mediante la búsqueda de la verdad formal e histórica del hecho y como consecuencia de la aplicación de la ley penal, cuyos fines son su objetivo. La finalidad específica del proceso penal consiste en obtener, a través de la intervención del juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito, que hace valer por el Estado guatemalteco al Ministerio Público.

---

<sup>21</sup> **Dall'Anese, Francisco.** Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Editorial Revista de Derecho Privado. España. 1999. P. 45.

El proceso penal tiene los siguientes fines:

- Averiguar la verdad de un hecho señalado como delito o falta.
- Determinar las circunstancias en que se pudo haber cometido.
- Establecer la posible participación del sindicado.
- El pronunciamiento de la sentencia.
- La ejecución de la pena.

Cada uno de los presupuestos legales anteriormente anotados son constitutivos del fin y objeto del proceso penal guatemalteco, tal y como lo determina el artículo 5 del Código Procesal Penal vigente.

El proceso penal consiste en el medio para la realización de una pluralidad de fines convergentes todos entre sí respecto a un fin último y relativo a la justicia. Para cumplir con este fin, el Estado guatemalteco se vale del proceso. Cada vez que el proceso penal declara la voluntad de la ley, se hace justicia. Hacer justicia consiste en el fin de la jurisdicción, pero a esta finalidad se llega mediante los fines intermedios, que a la vez lleva a cabo el proceso penal.

El proceso penal se encarga de producir la certeza del derecho, asegurando para el efecto relaciones entre los seres humanos y determinando el mantenimiento del orden jurídico de asegurar la paz social.

## **6. Fases del proceso**

A continuación se explican de forma breve la etapa preparatoria y la etapa intermedia.

## 6.1 Etapa preparatoria

La base legal de la fase o etapa preparatoria la contempla el Código Procesal Penal vigente en los artículos comprendidos del 309 al 323, así como también el artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala. “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. El jefe del Ministerio Público será el fiscal general y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quién la preside, los decanos de las facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho Colegio. Para la elección de candidatos se requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión. En las votaciones, tanto para integrar la Comisión de Postulación como la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación. El fiscal general durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de justicia. El presidente de la República podrá removerlo por causa justificada debidamente establecida”.

El artículo 309 del Código Procesal Penal vigente regula lo siguiente: “En la investigación de la verdad, el Ministerio Publico deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Asimismo, deberá establecer quiénes son los partícipes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad. Verificará también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil. El Ministerio Público llevará a cabo sus actuaciones mediante sus fiscales de distrito, sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán

asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo, así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligadas todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones”.

Por consiguiente, el Ministerio Público está obligado a practicar todas las diligencias de investigación, incluyendo evidencias, vestigios, informaciones o pruebas. Estas diligencias pueden realizarse con la mediación y autorización de juez competente o bien cuando se realizan como anticipo de prueba, ya sea por un juez de paz o por un juez de primera instancia contralor de la investigación. Es importante establecer que las diligencias preparatorias tienen que ser practicadas de manera continua y tienen que constar en acta, con expresión del día, hora e identificación de las personas que brindan la información. Por otro lado, tienen el carácter de ser reservadas y solamente tienen acceso a ellas los sujetos procesales (el fiscal del Ministerio Público, el acusador adhesivo, el imputado, el defensor y los actores civiles).

El sistema procesal penal guatemalteco se encuentra inspirado en el sistema acusatorio, y es el órgano oficial quien constituye el pilar principal que fundamenta la investigación. Asimismo, que facilita que esta fase preliminar sea impulsada también por las personas que intervienen en el procedimiento, quienes pueden proponer medios de investigación y actuar en el proceso como en la fase de juicio. En este sentido, el Ministerio Público tiene que llevar a cabo las diligencias de investigación que se le soliciten, siempre que las considere pertinentes y útiles.

En esta etapa, tanto el defensor como los querellantes y los actores civiles tienen el derecho de acceder a todos los actos procesales y diligencias de investigación. El Ministerio Público tiene facultades específicas para desarrollar esta fase procesal. Puede exigir información de cualquier funcionario o empleado público, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí o hacer prácticas por funcionarios y agentes policiales en cualquier clase de diligencias. En este caso, los funcionarios y agentes policiales y los auxiliares del Ministerio Público estarán obligados a satisfacer el

requerimiento o comisión. Esto es necesario ya que cualquier funcionario y empleado público tiene el deber de contribuir en la investigación que desarrolla el Ministerio Público.

En la práctica forense esta fase procesal puede ser problemática para los sujetos procesales, ya que a veces la excesiva burocratización que afecta algunos casos emblemáticos hace que la actividad se realice con excesivo y estricto formalismo en las diligencias y actos de la investigación. Esto conduce a que a veces surjan vicios y deficiencias en los actos de investigación, pudiendo en algunos casos generar inseguridad jurídica, la cual va en detrimento de la propia administración de justicia y debilita el Estado de derecho.

El Ministerio Público debe, entonces, procurar diligenciar los actos de investigación observando el principio de economía procesal. Solamente así se cumplirá con el fin último del proceso penal, a saber, descubrir la verdad histórica del hecho delictivo.

Una norma de suma importancia en esta fase es el artículo 319 del Código Procesal Penal, el cual establece lo siguiente: “El Ministerio Público puede exigir información de cualquier funcionario o empleado público, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí o hacer practicar por funcionarios y agentes policiales cualquier clase de diligencias. Los funcionarios y agentes policiales y los auxiliares del Ministerio Público estarán obligados a satisfacer el requerimiento o comisión. Para solicitar información de personas individuales o jurídicas el Ministerio Público deberá solicitar autorización de juez competente. El Ministerio Público puede impedir que una persona perturbe el cumplimiento de un acto determinado e, incluso, mantenerla bajo custodia hasta su finalización. En el acta respectiva constará la medida y los motivos que la determinaron, como indicación de la fecha y hora de su comienzo y cesación”.

En esta fase se busca la reunión de todos los medios de prueba para que el Ministerio Público fundamente la acusación y la petición de la apertura a juicio contra el procesado.

Al respecto, el autor Herrarte Lemus indica lo siguiente: “A esta fase preparatoria le asigna los siguientes fines. 1) Fines genéricos. La instrucción preparatoria que sirve para determinar si se ha cometido un delito, identificando a su autor y a los partícipes y decidir si existen los elementos suficientes para el juicio, o si debe sobreseerse, así como también aplicar provisionalmente y cuando lo exija el caso, penas accesorias o medidas de seguridad para los inimputables. 2) Fines especiales. En particular la instrucción preparatoria sirve para recoger elementos probatorios que el tiempo puede hacer desaparecer y poner en seguridad la persecución del acusado en los casos especialmente graves”<sup>22</sup>.

La terminación de la fase preparatoria puede darse de diversas formas.

- 1) En cuanto al plazo de substanciación de la fase de instrucción o preparatoria. El Ministerio Público por mandato legal debe agotar esta fase preparatoria dentro de los tres meses contados a partir del auto de prisión preventiva. No obstante, dicho plazo debe sustanciar lo antes posible las diligencias, procediendo con la celeridad que el caso requiera, lo que significa concluir esta fase de investigación en el tiempo real que requiera la investigación, no necesariamente hasta que concluye el plazo citado.
- 2) En cuanto a la forma procesal en que puede concluir esta fase preliminar. Esta, a la vez, se clasifica en actos conclusivos normales y actos conclusivos anormales (desistimiento, sobreseimiento, clausura provisional y archivo).

---

<sup>22</sup> **Herrarte Lemus, Alberto**. Apuntes de derecho procesal penal guatemalteco. Editorial Serviprensa. Guatemala. 2003. P. 24.

## 6.2 Etapa intermedia

La fase intermedia se desarrolla después de agotada la etapa de investigación. Es decir, después de haber realizado un cúmulo de diligencias consistentes en informaciones, evidencias o pruebas auténticas, las cuales servirán para determinar si es posible someter al procesado a una acusación formal y si procede la petición del juicio oral y público.

En el proceso penal se sostiene que la pretensión penal debe plantearse y ser mantenida por un sujeto distinto al órgano jurisdiccional durante la interposición. Esta es una de las características del sistema acusatorio, por cuanto que esa función de persecución en el ejercicio de la acción penal, únicamente es atribuida al fiscal del Ministerio Público.

La fase intermedia es una fase procedimental situada entre la investigación y el juicio oral, cuya función principal consiste en determinar si concurren los presupuestos procesales que ameritan la apertura del juicio penal. Se caracteriza por ser breve, ya que es un momento procesal en el que el juez de primera instancia o contralor de la investigación califica los hechos y las evidencias en los que fundamenta la acusación del Ministerio Público. Luego, se le comunica a las partes el resultado de las investigaciones, los argumentos y defensas presentadas, señalándose desde la primera declaración fecha para la presentación y discusión del acto conclusivo a través de la audiencia correspondiente. Inmediatamente celebrada la audiencia, el juez determina si procede o no la apertura a juicio oral. Se trata de que, tanto los distintos medios de investigación, como otras decisiones tomadas durante la investigación preliminar que fundamentan la acusación del Ministerio Público, sean sometidas a un control formal y sustancial por parte del órgano jurisdiccional que controla la investigación y los mismos sujetos procesales.

Esta fase procesal se fundamenta en la idea de que los juicios deben ser convenientemente preparados y solamente se puede llegar a ello luego de una actividad responsable. El juicio es público y ello significa que el imputado deberá defenderse de la

acusación en un proceso abierto, el cual puede ser conocido por cualquier ciudadano. Un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria.

Esta fase, tal como ocurre en la etapa preparatoria, también puede concluir por medio del sobreseimiento, a saber, a través de una solicitud que el Ministerio Público haga al juez competente. Es decir, en el pedido que se lleva a cabo para que la persona imputada sea absuelta sin esperar más, ya que de la sola investigación preliminar surge la certeza de que no ha sido el autor del supuesto hecho punible, o bien, de que tal hecho punible no ha existido en realidad. Igualmente puede existir la posibilidad de pedidos de otra categoría, como el de archivo o la clausura provisional.

Dichos pedidos tienen que ser controlados en un doble sentido. Son sometidos a un control formal y también a un control sustancial respecto a los requerimientos fiscales o a los actos judiciales conclusivos. Dicho control, a la vez, podrá ser necesario u optativo. Esto depende de que la fase intermedia sea una etapa obligada del proceso, o bien que solo exista cuando algunos de los sujetos procesales objetan el requerimiento del fiscal.

La finalidad que persigue el procedimiento intermedio es el de control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público. Ello, como continuación a la etapa preliminar. La justificación política de esta etapa es la de prevenir la realización de juicios provocados por acusaciones con defectos formales o insuficientemente fundados.

La legislación procesal penal guatemalteca denomina a esta etapa procedimiento intermedio, ya que se encuentra entre dos fases procesales distintas. Por un lado, la fase preparatoria, y por el otro, la fase del juicio.

La etapa intermedia tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público por la posibilidad de su participación en un hecho delictivo, o para verificar la fundamentación de otras solicitudes del Ministerio Público.

Al respecto, el artículo 340 del Código Procesal Penal vigente regula lo siguiente: “Audiencia. La audiencia intermedia tiene como finalidad discutir sobre la pertinencia del requerimiento fiscal. En caso de formularse acusación se discutirá sobre los hechos planteados y la probabilidad de que puedan ser demostrados en debate. El auto de apertura a juicio fundamentará la decisión de llevar a una persona a juicio oral y público. En caso de solicitarse la clausura provisional, fundadamente el juez indicará los medios de investigación pendientes de realizar y fijará día y hora en que deba realizarse la futura audiencia intermedia, indicando la fecha de presentación del requerimiento, como lo establece el artículo 82 de este código”.

La importancia de esta etapa procesal radica en que en una audiencia se somete a consideración de las partes procesales la acusación presentada por el Ministerio Público al juez competente. Ello, para que ejerzan su facultad de crítica y depuración, señalando los vicios formales y materiales, o bien proponiendo su ampliación o modificación de conformidad las circunstancias del caso.

Tiene que determinarse que la acusación presentada por el Ministerio Público llene los requisitos que exige el artículo 332 *Bis* del Código Procesal Penal. También se tiene que verificar si durante el diligenciamiento de los actos e investigación realizados en la fase preparatoria se respetaron las garantías y derechos constitucionales de las partes. Ello ocurre cuando el juez que controla la investigación, una vez que haya recibido la acusación del Ministerio Público, notifique de manera formal a las partes sobre dicho requerimiento, haciéndoles entrega de las copias respectivas.

Así, el artículo 336 del Código Procesal Penal vigente regula lo siguiente: “Actitud del acusado. En la audiencia que para el efecto señala el juzgado, el acusado y su defensor podrán, de palabra: 1) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección. 2) Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil previstas en este código. 3) Formular objeciones u obstáculos contra el requerimiento del Ministerio Público, instando, incluso, por esas razones, el sobreseimiento o la clausura”.

El acusado y el defensor también pueden plantear las excepciones u obstáculos que existen contra la acción penal o civil, la cual busca eliminar dichas acciones. Ello, porque existen causas de extinción de la responsabilidad penal o civil de la responsabilidad penal.

Por otro lado, el artículo 337 del Código Procesal Penal vigente regula lo siguiente: “Actitud del querellante. En la audiencia, el querellante o quien sin éxito haya pretendido serlo, podrá: 1) Adherirse a la acusación del Ministerio Público, exponiendo sus propios fundamentos o manifestar que no acusará. 2) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación requiriendo su corrección. 3) Objetar la acusación porque omite algún imputado o algún hecho o circunstancias de interés para la decisión penal, requiriendo su ampliación o corrección”.

En esta audiencia el querellante puede adherirse y unirse a la acusación planteada por el Ministerio Público. Esto, exponiendo sus propios razonamientos respecto al hecho que se investiga. También puede señalar los vicios formales del escrito de acusación, como que el ente oficial de la acción penal no haya observado ciertos requisitos en un acto de investigación realizado en detrimento de los derechos de la víctima.

El autor Alberto Binder indica que: “La actuación de las partes en la fase intermedia refleja el contradictorio en su manifestación introductoria, ya que será en el juicio oral propiamente dicho, donde tendrá su máxima expresión, junto a la oralidad, la publicidad, la inmediación y la concentración procesal”<sup>23</sup>.

El artículo 341 del Código Procesal Penal vigente expresa lo siguiente. “Resolución. Al finalizar la intervención de las partes que se refiere al artículo anterior, el juez, inmediatamente, decidirá sobre las cuestiones planteadas, decidirá la apertura del juicio o de lo contrario el sobreseimiento, la clausura del procedimiento o el archivo, con lo cual quedarán notificadas las partes. Si por la complejidad del asunto no fuere posible

---

<sup>23</sup> **Binder, Alberto.** Introducción al derecho procesal penal. Editorial Ad-Hoc. Argentina. 1999. P. 40.

la decisión inmediata, el juez podrá diferirla por veinticuatro horas, debiendo para ello, en la misma audiencia, citar a las partes. El pronunciamiento emitido por el juez ante las partes que concurran, tendrá efecto de notificación para todos. A las partes que no hubieran asistido se les remitirá copia escrita de la resolución. De la audiencia el juez levantará un acta sucinta para los efectos legales”.

Si las partes piden al juez o bien este de oficio decreta la realización de los medios de investigación cuando se decreta la clausura provisional, entonces una vez practicada la última diligencia, tiene que resolver el memorial de acusación en el sentido de que, si establece algún defecto o error formal en el mismo, lo tiene que señalar con precisión y ordenar al fiscal de Ministerio Público corregir los vicios que contenga. Ello, con el objeto de que el ente oficial de la acción penal modifique o formule nuevamente la acusación.

El juez también tiene que resolver la petición o el rechazo de la constitución de acusación adhesiva y el reclamo de la reparación digna. Además, existe la posibilidad de abrir a juicio penal dictando auto de sobreseimiento, clausura provisional o bien ordenar el archivo de conformidad con el contenido de las constancias procesales.

Luego de dictado el auto de apertura a juicio oral, como lo establece el artículo 343 del Código Procesal Penal, el juez contralor de la investigación, es decir, el juez de primera instancia penal, al tercer día de declarar con lugar esa petición, llevará a cabo la audiencia de ofrecimiento de prueba observando el estricto cumplimiento de lo que regula el artículo ya citado. Al dictar el auto que admite o rechaza la prueba, previa coordinación con el tribunal de sentencia, señalará día y hora de inicio de la audiencia de juicio, la cual debe realizarse en un plazo no menor de diez días ni mayor a quince, citando a todos los intervinientes con las prevenciones respectivas.

En este sentido, Binder indica que “la transición entre el procedimiento preparatorio y el juicio (instrucción preliminar y definitiva) siempre ha generado trámites que, bien estructurados, se conocen con el nombre del epígrafe. Se trata de la etapa crítica sobre las conclusiones de la investigación preparatoria. La legislación, en ocasiones, si bien no ha podido prescindir de este período procesal, ha tendido a dividirlo en dos herramientas

principales. La primera consiste en otorgar al Ministerio Público un poder absoluto sobre la persecución penal, a la vez que una facultad de decisión. Esto ocurre cuando el Ministerio Público concluye por el sobreseimiento, o cuando se determina directamente la obligación del juez a sobreseer, o bien su dictamen implica una revisión por el superior jerárquico que, si coincide con su inferior, determina el deber del juez de legalidad de los actos del Ministerio Público por los órganos jurisdiccionales para privilegiar su decisión por sobre la de los tribunales. La segunda consiste en renunciar al control sobre la acusación que provoca directamente el juicio o, en el mejor de los casos, a posibilitar su control a instancia del imputado”<sup>24</sup>.

El auto de apertura a juicio es la decisión judicial por medio de la cual se admite la acusación. Es decir, se acepta la petición del fiscal para que el acusado sea sometido a un juicio público. Como decisión judicial, el auto de apertura a juicio cumple una función de gran importancia, ya que por medio de este se tiene que determinar el contenido preciso del juicio, delimitando cuál será su objeto. Con ello se pone fin a la fase intermedia. Otras de las formas de terminar esto son el sobreseimiento, la clausura provisional y el archivo.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*. P. 45.

## Capítulo III

### La cesura del debate

#### 1. Definición

La denominada cesura del debate o división del debate, en general, se ha definido como “un mecanismo procesal que permite dividir el debate en dos fases, una dedicada al análisis de la existencia del hecho y la determinación de la culpabilidad, y otra dedicada a la determinación o individualización de la pena”<sup>25</sup>.

En la primera fase se diligencia el procedimiento encaminado a determinar la situación de hecho, la *quaestio facti*. Es decir, a determinar la existencia del hecho, la antijuridicidad y la tipicidad del mismo, así como la responsabilidad penal del sindicado, a saber, su culpabilidad.

En la segunda fase, si se hubiere determinado la culpabilidad del sindicado, se tratará únicamente el tema de la imposición de la pena (la *quaestio iuris*).

#### 2. Origen

El origen o génesis de la institución de la división o cesura del debate se localiza en el sistema anglosajón de juicio por jurados, que se practica esencialmente en Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda y en Estados Unidos de América.

En este sistema un jurado compuesto por ciudadanos participa en la administración de justicia bajo la institución del gran jurado. Es el jurado el que decide, con su veredicto, la culpabilidad o no del acusado. No obstante, es el juez el que impone la sanción penal y controla la realización del proceso. “Existe una corresponsabilidad

---

<sup>25</sup> **Maier, Julio.** La cesura del juicio penal. Doctrina penal. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1984. P. 242.

entre los ciudadanos que integran el jurado y emiten un veredicto de inocencia o culpabilidad, y el juez que determina la sanción”<sup>26</sup>.

Como se verá adelante, es la jurisdicción de los Estados Unidos de América la que ha dado a esta modalidad de proceso gran relevancia, sobre todo a través del sistema de precedente o *stare decisis*, y de la jurisprudencia de la Suprema Corte.

### **3. El proceso penal en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América**

José Humberto Zárate<sup>27</sup> realiza una exposición del proceso penal en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, de la cual exponemos aquí una explicación sucinta.

Así como el sistema procesal civil de Estados Unidos es preponderantemente adversarial en vez de inquisitorial, su contraparte penal destaca por la característica de ser un sistema de naturaleza esencialmente acusatoria. Ello, debido a las amplias facultades discrecionales otorgadas al fiscal (*prosecutor*) como representante del Estado, por lo que las funciones del juez y del jurado son la de simples árbitros entre el fiscal y la parte acusada (*defendant*). En los asuntos de orden penal de este sistema, el criterio para alcanzar un veredicto es el conocido principio “más allá de cualquier duda razonable”.

A pesar de que la normatividad adjetiva penal se encuentra extensamente codificada en el derecho estadounidense, se observan amplias diferencias entre las distintas jurisdicciones. Esto sucede debido a la reducida influencia que como código modelo han tenido las Reglas Federales de Procedimiento Criminal promulgadas por la Corte Suprema en 1945.

Una ascendencia más notoria es la que han ejercido sobre dicha normatividad las Constituciones federal y estatales en materia de derechos individuales del acusado, al

---

<sup>26</sup> **Ares, José Luis.** El juicio por jurados en materia criminal. Marco constitucional. Ventajas y desventajas del sistema. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 1996. P. 842.

<sup>27</sup> **Zárate, José Humberto,** Martínez García, Ponciano Octavio & Ríos Ruiz, Alma de Los Ángeles. Sistemas jurídicos contemporáneos. Editorial McGraw-Hill. México. 1987. P. 143-145.

extremo de ordenar la anulación de sentencias condenatorias basadas en actuaciones que hubieren omitido formalidades técnicas requeridas por la garantía del proceso legal (*due process of law*). Ello, aun cuando exista suficiente material probatorio independiente que señale la culpabilidad del acusado.

Un procedimiento penal típico en el sistema estadounidense da comienzo con el arresto de la persona sospechosa de un delito por parte de un oficial de la policía. La persona es entonces presentada ante un oficial judicial, quien en un examen preliminar determina si las pruebas son suficientes para justificar la detención del sospechoso, en cuyo caso, según las circunstancias del supuesto delito, puede también señalar fianza para la suspensión del arresto.

El sospechoso tiene el derecho constitucional de permanecer callado si durante algún momento en esta etapa es interrogado por la policía, así como de ser convenientemente enterado de este y otros derechos como una medida profiláctica en contra de posibles violaciones a sus derechos individuales que le conducirían a autoincriminarse de manera indebida.

Manifiesta Zárata que “el reconocimiento al derecho del arrestado de ser enterado de sus garantías procesales básicas se encuentra establecido en el precedente *Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)”<sup>28</sup>.

Es importante señalar que, a partir de este precedente, la mayor parte de constituciones del mundo recogió este derecho como fundamental en sus textos. En Guatemala se encuentra regulado en los artículos 7º y 8º de la Constitución Política de la República.

La siguiente fase consiste en la acusación formal (*indictment*). Esta, de acuerdo con la severidad del ilícito y la jurisdicción de que se trate, puede dictarse a través de un

---

<sup>28</sup> **Jerold Israel & Wayne LaFave**. Criminal procedure. West Publishing Co. Minnesota. 1973. P. 39-40. Citado Por: Zárata, **José Humberto & autores citados**. Sistemas jurídicos contemporáneos. *Op. cit.* P. 144.

procedimiento simple llamado información, por el cual el fiscal entera a la persona de los cargos en su contra, o bien por medio de un procedimiento en el participa el gran jurado (*grand jury*). Este consiste en un panel de ciudadanos que examina únicamente las pruebas de la fiscalía y determina si existen elementos suficientes para justificar el seguimiento de un juicio.

De ser así, el acusado comparece ante el juez de la causa para una lectura formal de los cargos en su contra, ante los que se debe pronunciar inocente (*not guilty*), culpable (*guilty*), culpable de una ofensa menor a la que se le imputa o, en ocasiones, no lo contenderé, que significa la aquiescencia de la corte y del acusado a proseguir un juicio como si aquel se hubiese declarado culpable, pero sin que represente ni una admisión ni una negativa de responsabilidad.

Esta última institución del no lo contenderé resulta de utilidad como medida preventiva contra probables litigios civiles por indemnización derivados de la acción penal, en los que una admisión de culpabilidad por el acusado allanaría el camino para su oponente en el asunto civil. Así, dicha admisión es con frecuencia la opción preferida, ya que permite acuerdos con el fiscal para disminuir la severidad de los cargos o de la pena solicitada al juez.

De hecho, esta es la vía por la que se abrevia un gran porcentaje de casos penales. Por ejemplo, que el abogado de la parte acusada y el fiscal conferencien para discutir la posibilidad de disminuir los cargos a cambio de que el acusado se declare culpable. Con ello se evita el alto costo y esfuerzo que representa un juicio, así como el rezago en los calendarios de los tribunales.

Sin embargo, si el acusado insiste en declararse inocente, entonces tiene lugar un juicio similar al del procedimiento civil. Ello, con la intervención de un jurado garantizado constitucionalmente por la sexta enmienda.

Debe resaltarse que el acusado no está obligado a declarar ante la corte, aun si el fiscal solicita su testimonio a manera de probanza confesional. Esto, en virtud del derecho

contra la autoincriminación garantizado por la quinta enmienda. Así, la negativa del acusado no se interpreta como una presunción en su contra, ni puede ser utilizada por el fiscal en sus argumentos ante el jurado.

Esta última institución del derecho a no autoincriminarse, también tiene su origen en la Constitución de los Estados de América y, a partir de ello, casi todas las constituciones del mundo lo acogen en sus textos. En Guatemala este derecho se encuentra regulado en el artículo 16 de la Constitución Política de la República.

La totalidad de las probanzas se introducen a la corte durante el juicio y de forma pública. Así, es el juez quien resuelve sobre su admisión o rechazo antes de que el jurado tenga la oportunidad de examinarlas.

Después de la etapa probatoria y de los argumentos conclusivos de las partes, el juez instruye al jurado a fin de que su veredicto –que generalmente debe ser unánime– sea emitido hasta que sus deliberaciones concluyan más allá de cualquier duda razonable sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. Si esto último ocurre, el juez dicta la sentencia, la cual contiene la sanción penal comprendida entre los límites que señale la legislación penal y que puede consistir en multa, prisión o muerte en los Estados cuya legislación la contemple. A estas sanciones pueden sumarse otras como prestar servicios a la comunidad en el ámbito que decida el juez.

#### **4. El sistema probatorio en el proceso penal de los Estados Unidos de América**

Continuando con la exposición de Zárate<sup>29</sup>, el derecho probatorio (*evidence*) constituye una rama independiente del derecho en los Estados Unidos de América que se aplica conjuntamente con las ramas procesales, pero cuya normatividad y principios doctrinales se clasifican de forma autónoma. Comprende, en general, las áreas de probanzas admitidas por los tribunales y, en comparación con los sistemas neorrománicos, ha desarrollado un extenso caudal de doctrina jurisprudencial y

---

<sup>29</sup> Zárate, José Humberto & otros autores. Sistemas jurídicos contemporáneos. *Op. cit.* P. 145-147.

regulación en materia de competencia e interrogatorio de testigos, admisión y exclusión de pruebas, privilegios, carga de prueba y presunciones.

Respecto de la institución del privilegio (*privilege*) “es la inmunidad de que gozan determinadas relaciones sociales, por ejemplo, cónyuges, abogado-cliente, médico-paciente, sacerdote-penitente, etc., por la cual se protegen las comunicaciones e información derivadas del nexo privilegiado, en contra del testimonio forzoso que como testigos tendrían de otra forma la obligación de revelar ante una corte”<sup>30</sup>.

A diferencia de otras ramas procesales, el derecho probatorio muestra un notable grado de uniformidad entre las diversas jurisdicciones federales y estatales, o entre casos civiles y penales. Lo mismo sucede entre tribunales judiciales y administrativos. Esto es consecuencia, principalmente, de la adopción en 1975 de dos códigos que sirvieron de manera eficaz como prototipo en la materia, a saber, las Reglas Federales de Evidencia y las Reglas Uniformes de Evidencia.

Por el contrario, al igual que otras ramas procesales, el derecho probatorio se encuentra evidentemente matizado por el sistema adversarial característico del proceso estadounidense, así como por la participación del jurado. Así, el rasgo adversarial distintivo se puede apreciar en la iniciativa activa de las partes para localizar y depurar sus pruebas, además de vigilar la admisión de las pruebas ofrecidas por la parte contraria, en tanto que el papel del juez se limita a decidir sobre su admisión o rechazo, sin intervenir de ninguna manera en el allegamiento de la información más allá del propuesto por las partes.

En el derecho probatorio estadounidense es muy importante la institución del *discovery*. Al respecto, Rivera indica que “el *discovery* es una institución procesal de derecho anglosajón que carece de equivalente en el derecho continental. Se refiere a la facultad que tienen las partes en el proceso para solicitar del contrario cualquier documento, así como la declaración oral de la parte contraria en confesión, o de testigos

---

<sup>30</sup> **Black, Henry Cambell.** Black’s law dictionary. West Publishing Co. Minnessota. 1990. P. 1197-1798. Citado por: **Zárate, José Humberto & otros autores.** Sistemas jurídicos contemporáneos. *Op. cit.* Pp. 145.

cercanos al círculo del contrario, en relación con cualquier información relativa al litigio, todo ello con carácter previo al juicio y con el objeto de prepararlo”<sup>31</sup>.

En este sentido, Cremades explica que “la filosofía del *discovery* es que con anterioridad al juicio cada parte tenga derecho a la exhibición de toda información relevante en poder de cualquier persona, a menos que la información sea privilegiada (que goza del privilegio de la confidencialidad o reserva). En los Estados Unidos de América, esta institución tiene un papel fundamental, facultando a las partes para la obtención de toda información relevante en poder de cualquier persona, para así obtener el mejor y más completo conocimiento de los hechos enjuiciados. Los principios rectores del *discovery* son exhibición completa, igualdad de información, y la evitación de sorpresas en el juicio o la audiencia”<sup>32</sup>.

La institución del *discovery* es aplicable en materia probatoria en los Estados Unidos de América y, por lo tanto, aplicable tanto en procesos penales como civiles y administrativos. Es evidente que esta institución es extraña al sistema jurídico romano-canónico y a su modo de enfocar el proceso, en el que la parte no está obligada en manera alguna a exhibir las pruebas en su poder y no tiene más que una obligación limitada de exhibir las pruebas que tenga y que hayan sido denunciadas o requeridas por la otra parte.

Por otro lado, la cultura jurídica del sistema del *common law* en materia probatoria es distinta a la cultura jurídica del sistema romano-canónico. En el sistema del *common law* se da preferencia a los testimonios sobre los documentos, mientras que en el sistema continental o romano-canónico se desconfía de los testimonios y se les da más importancia a los documentos.

Los interrogatorios en el proceso del sistema del *common law* son libres y con pocas limitaciones, generalmente impuestas por el juez. Por otro lado, en el sistema

---

<sup>31</sup> **Rivera, Julio César.** Arbitraje comercial internacional y doméstico. Editorial LexisNexis. Argentina. 2007. Pp. 444

<sup>32</sup> **Cremades, Bernardo M.** Discovery en el arbitraje transnacional. Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. No. 12. México. 2002. P 171

continental o romano-canónico los interrogatorios están sujetos a gran número de reglas y, por lo tanto, bastante limitados en su forma y contenido.

En el sistema del *common law* puede llamarse a declarar a cualquier persona, mientras que en el sistema romano-canónico se imponen restricciones a la declaración de algunas personas.

Asimismo, en el sistema del *common law* el objetivo del interrogatorio es destruir la credibilidad del testigo mientras que, en el sistema romano-canónico, se busca encontrar la verdad, objetivos que no concuerdan, dada la influencia de la filosofía del realismo jurídico americano en el primero de los sistemas citados.

Todas estas diferencias tienen mucha importancia, pues las culturas jurídicas tienen origen en principios que son producto, precisamente, de la cultura, y que hace que los procesos penales sean sustancialmente diferentes en los dos sistemas citados.

En este sentido, el matiz adversarial influye en la función que desempeñan los testigos. Ello, toda vez que de ellos no se espera la aportación de información que enriquezca las funciones jurisdiccionales del tribunal, sino que refuerce la posición de la parte que los propone. Esto incluye la actuación de los testigos expertos (*expert witness*), una especie de peritos que derivan su autoridad de méritos propios y no de una acreditación oficial, los cuales deben ser propuestos y remunerados por las partes.

La diferencia entre un testigo lego y uno experto durante el interrogatorio, es que el primero debe señalar hechos que le consten, y el segundo tan solo debe emitir su opinión acerca de un hecho o cuestión controvertida.

La naturaleza contenciosa de las reglas probatorias se extiende igualmente al interrogatorio de testigos, en el que debido a la presentación oral de una pregunta a la vez (preguntas hasta entonces desconocidas por el juez y la parte contraria), la objeción a una pregunta debe formularse y fundamentarse de manera inmediata. Esto requiere de los abogados patronos complejos análisis de la estructura o de las consecuencias de

dicha pregunta, todo ello en lapsos muy breves. Como resultado, tienen un gran peso los efectos psicológicos de la sorpresa, las preguntas con intenciones disfrazadas, la confusión o las inconsistencias de los testigos contrarios, todo con el ánimo decisorio de los miembros del jurado.

Es precisamente la decisiva participación del jurado, así como su composición heterogénea, un factor que en forma similar ha trascendido en el contenido de la normatividad probatoria.

Con el propósito de no permitir influencias indebidas en los prejuicios de los miembros del jurado, se han adoptado reglas no solo para desechar pruebas irrelevantes, sino también para desechar pruebas a las que el jurado pueda dar excesiva relevancia a pesar de su valor probatorio.

Tal es el caso de la prueba de oídas (*hearsay*)<sup>33</sup>. Es decir, en la que el testigo relata no lo que le consta personalmente, sino las afirmaciones que ha escuchado o leído de un tercero o de la parte contraria, externadas en un lugar o foro distinto del tribunal. Dicha prueba, con ciertas excepciones, es normalmente excluida de cualquier procedimiento, sencillamente por que, aunque se vuelva a preguntar al testigo, no podrá preguntarse a quien originalmente externó la afirmación. Así, antes que permitir una valoración inadecuada del testimonio de oídas, la normatividad prefiere excluirlo.

---

<sup>33</sup> **Rothstein, Paul.** Evidence, state and federal rules. West Publishing Co. Minnesota. 1981. P. 161 Citado por: **Zarate, José Humberto & Otros autores.** Sistemas jurídicos contemporáneos. *Op cit.* P 146.

## **5. Regulación, desarrollo y fundamentos doctrinarios de la cesura o división del debate**

### **5.1 Regulación**

La institución de la cesura o división del debate en Guatemala está regulada de forma insuficiente e indeterminada en el artículo 353 del Código Procesal Penal vigente. Por su importancia, a continuación, se cita literalmente la disposición de dicha normativa.

“Por la gravedad del delito, a solicitud del Ministerio Público o del defensor, el tribunal dividirá el debate único, tratando primero la cuestión acerca de la culpabilidad del acusado y, posteriormente, lo relativo a la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección que corresponda. El anuncio de la división se hará a más tardar en la apertura del debate. En este caso, al culminar la primera parte del debate, el tribunal resolverá la cuestión de culpabilidad y, si la decisión habilita la imposición de una pena o medida de seguridad y corrección, fijará día y hora para la persecución del debate sobre esta cuestión. Para la decisión de la primera parte del debate se emitirá la sentencia correspondiente, que se implementará con una resolución interlocutoria sobre la imposición de la pena en su caso. El debate sobre la pena comenzará el día hábil siguiente con la recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para individualizarla, prosiguiendo de allí en adelante, según las normas comunes. El plazo para recurrir la sentencia condenatoria comenzará a partir del momento en que se fije la pena. Cuando se ejerza la acción civil, el tribunal la resolverá en la misma audiencia señalada para la fijación de la pena”.

Sin perjuicio de que toda disposición normativa pueda ser objeto de interpretaciones diversas, como lo explicó Kelsen, “la interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite un solo sentido, el sentido ‘correcto’. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas este ideal solo puede

cumplirse aproximadamente”<sup>34</sup>. En este sentido, de la disposición normativa citada pueden extraerse algunos elementos de significación.

En primer lugar, parece que la cesura o división del debate se establece como un derecho subjetivo tanto del acusado como del Ministerio Público, así como un deber jurídico del tribunal, ya que la disposición establece que, a su pedido por el Ministerio Público o por el defensor, el tribunal dividirá el debate único. El significado semántico del término “dividirá” contiene implícito el sentido de deber, por lo que se trata entonces de una norma jurídica de las denominadas del orden público, las cuales imponen deber jurídico, es decir, aquellas que no son facultativas ni potestativas y cuya obediencia deviene insoslayable. Asimismo, las normas jurídicas procesales son, por excelencia, de orden público. La oportunidad para solicitar la división del debate la establece la disposición citada a más tardar durante la apertura del debate, lo que deja abierta la posibilidad de solicitarla antes de que eso ocurra. Así, el Doctor José Gustavo Girón Palles<sup>35</sup> expresa que la solicitud de división puede realizarse en dos momentos, ante el juez de la etapa intermedia en la audiencia de ofrecimiento de prueba, y antes de la apertura del debate, como lo señala la disposición normativa analizada. Lo que queda claro, dada la carencia de regulación específica, es que la última oportunidad para solicitar la división del debate es precisamente durante su apertura.

No existen más motivos normativos para denegar la petición de división, más allá que el imputado sea acusado de un delito que se considere grave. Sin embargo, como no existe una escala de gravedad, al menos de manera normativa, la calificación última de la gravedad del delito queda a discreción del tribunal.

En segundo lugar, el requisito indispensable para la celebración de la segunda fase del debate es el hecho de que se declare culpable al acusado, de lo contrario, la segunda fase no tiene razón jurídica.

---

<sup>34</sup> **Kelsen, Hans.** La teoría pura del derecho (edición de 1960). Editorial Porrúa. México. 2013. P. 356.

<sup>35</sup> **Girón Palles, José Gustavo.** División del debate para discusión de la pena como estándar para un modelo de derecho penal garantista. Tesis doctoral. Guatemala, julio de 2012. P. 231-234.

En tercer lugar, la primera fase del debate terminaría con una sentencia, mientras que la segunda con una resolución interlocutoria. Lo curioso es cómo se transforma la naturaleza jurídica de las resoluciones judiciales. Ello, ya que, tanto en la teoría del derecho como en la Ley del Organismo Judicial, las resoluciones interlocutorias se emiten antes de la sentencia, y generalmente (con algunas excepciones) no terminan el procedimiento ni poseen la fuerza jurídica de la sentencia. Esto, sobre todo, si se toma en cuenta que se impone una pena por medio de una resolución interlocutoria que solo implementará la sentencia. En este caso, el término “implementará” se utiliza de forma incorrecta, pues un término con significación adecuada sería “integrará” la sentencia.

En cuarto lugar, no se establece claramente el momento procesal para ofrecer la prueba para la fase de discusión e imposición de la pena, por lo que se entiende que deben atenderse las reglas generales sobre ofrecimiento, proposición y producción de la prueba. Sobre esto, es importante señalar que la doctrina sobre la cesura del debate generalmente advierte que esta prueba no podrá conocerse antes de la celebración de la segunda fase dada por la influencia negativa que podría producir en el juez o en el tribunal.

Por último, la cuestión civil se dilucidará en la misma audiencia para la discusión e imposición de la pena. Ello, indistintamente de si puede considerarse que la imposición de una pena leve o grave al imputado pueda tener alguna influencia sobre la determinación del monto a imponer para resarcir los daños y perjuicios.

Como se puede inferir del contenido de la disposición normativa analizada, esta no regula la producción de prueba sobre la pena en forma exclusiva por las partes. Así, queda sin precisar el momento en que se ofrece la prueba. No se legisla sobre el debate y su desarrollo más allá que se observarán las normas comunes. Asimismo, no se precisa el momento en que se solicita la cesura, salvo la última oportunidad, que es en la apertura del debate.

Algunos impulsores de la división del debate resaltan la importancia y trascendencia que tiene en los procesos penales “la introducción de reglas claras que

permitan realizar investigaciones sobre el declarado culpable después de que finaliza la primera fase”<sup>36</sup>.

Al respecto, Bustos Ramírez manifiesta lo siguiente: “Por otra parte, desde la perspectiva de los principios básicos garantistas del proceso, como son la presunción de inocencia y que este cause por eso mismo, el menor daño posible al procesado o imputado, naturalmente, adelantar al momento de la indagación del hecho o determinación del injusto, la cuestión de la determinación de la pena afectaría gravemente el principio de inocencia y de la mínima lesividad del proceso. En efecto, como hemos visto, la determinación de la pena obliga a inmiscuirse con la vida del imputado, con las situaciones sociales que lo rodean, con sus problemas de personalidad o enfrentamiento de situaciones, etc. Ello, evidentemente, no puede decidirse antes de haber constatado la existencia de un delito o injusto”<sup>37</sup>.

Este argumento se complementa con la afirmación de que a la declaración de culpabilidad subyacen razones de respeto a la dignidad de las personas, así como de economía procesal que impulsan la elección de sistemas procesales que contengan reglas claras que permitan la división del juicio.

Ello exige que, al tener en cuenta la dignidad de la persona, la imposición de la pena deba ser lo más transparente posible y a tener un tratamiento jurídico que permita al procesado contar con las garantías procesales del derecho de defensa y al debido proceso. La importancia del proceso para el imputado es, precisamente, la pena que se le va a aplicar, y para garantizar sus derechos fundamentales esta fase debe ser tratada con la suficiente importancia jurídica.

Por otro lado, la institución de la cesura del debate no se encuentra regulada en todos los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica. En función de las fuentes consultadas, en aquellos ordenamientos en los que se regula tal institución, se utiliza

---

<sup>36</sup> **Bustos Ramírez, Juan.** Medición de la pena y proceso penal. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1995. P. 319.

<sup>37</sup> *Ibidem.* P. 332.

poco. Entonces, ¿cuál es la razón de su escasa regulación, así como de su escasa utilización? Se hará referencia a ello emitiendo una conjetura en la conclusión del presente informe.

Desde otro punto de vista, José Gustavo Girón Palles<sup>38</sup> enuncia algunos de los países de Iberoamérica en los que se encuentra regulada la institución de la cesura del debate. Entre estos se encuentran Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Colombia, Chile, República Dominicana, Paraguay. Asimismo, cita algunos países en los que no se encuentra regulada dicha institución, como España, Argentina y la provincia de Córdoba, Cuba, Uruguay, Ecuador, Perú, México, Bolivia y Venezuela.

Como se puede observar, el autor no menciona todos los países iberoamericanos. Sin embargo, al no ser esta una investigación sobre legislación comparada, se presume que en el resto de países que no se listan, la institución aludida tampoco se encuentra regulada.

## **5.2 Desarrollo y fundamentos doctrinarios de la cesura del debate**

### **5.2.1 Problemas relativos a la determinación de la culpabilidad**

La cuestión de la cesura del juicio tiene sus efectos benéficos para el imputado en el supuesto forzoso de la imposición de la pena, a saber, la solución de la cuestión de la culpabilidad.

Algunos autores manifiestan que “la necesidad de asegurar la objetividad del tribunal en este tema, exige que todas las circunstancias necesarias para la determinación de la pena por su propia naturaleza (condenas anteriores, ámbitos de la personalidad y de la conducta) deban ser excluidas de su conocimiento y postergadas al momento de la audiencia para la imposición de la pena”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> **Girón Palles, José Gustavo.** Tesis doctoral. *Op. cit.* P. 183-213.

<sup>39</sup> **Ares, José Luis.** *Op. cit.* P. 856.

Entonces, el conocimiento anticipado de tal información es, expresan algunos autores, tan innecesario como peligroso para la determinación de la responsabilidad por la comisión del hecho delictivo.

La razón descansa en que de la comisión de un hecho delictivo se es o no responsable solo por la participación voluntaria y consciente del individuo en ese mismo hecho. No se es responsable porque dicho individuo, por ejemplo, sea reincidente o tenga antecedentes de la comisión anterior de otro delito.

Esta situación es, según los impulsores de la cesura del debate, tan obvia como una petición de principio. Es decir, el individuo es susceptible de ser soslayado, a veces involuntariamente, en el sistema de debate único.

En dicho sistema el juez cuenta con la información completa sobre los antecedentes, conducta y personalidad del imputado, muchas veces con bastante antelación a la declaración de culpabilidad.

De tal manera que, cuando las pruebas ordenadas o aportadas para la imposición de la pena, son valoradas, a veces de forma inconsciente el juez, al momento de la declaración de la culpabilidad, puede llegar a una conclusión apresurada respecto a que acusado efectivamente actuó con dolo por el hecho de que su conducta anterior demuestra peligrosidad o reincidencia.

En este sentido, Maier expresa que “una gran parte de las sentencias erróneas deben ser atribuidas a ese motivo”<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Maier, Julio. *Op. cit.* P. 251.

### 5.2.2 Problemas relativos a la determinación de la pena

La cesura del juicio es la división del proceso en dos etapas. Una de conocimiento de los hechos y la determinación de la culpabilidad, y otra de la determinación de la pena en el caso que la primera se hubiese declarado culpable al acusado.

Esta institución permite el análisis separado de las cuestiones relativas al hecho delictivo y a la imputación a su autor, así como un adecuado debate sobre la determinación de la pena respecto al derecho de defensa y al derecho al debido proceso.

El debate sobre la pena debe poseer la estructura de todo proceso, acusación, prueba y defensa, y debe, además, respetar los principios de todo proceso penal. Curioso es el hecho de que, “a pesar de la corriente reformista tanto constitucional como penal observada a finales del siglo XX en Iberoamérica y especialmente en Latinoamérica, sobre todo orientada hacia la instauración de procesos acusatorios, por lo menos en la legislación, no se advierte la inclusión en muchos ordenamientos jurídicos el instituto de la cesura del debate”<sup>41</sup>.

Para algunos autores que defienden la institución de la cesura del debate, esta constituye una adecuada garantía de proceso justo, permitiendo un derecho de defensa en cada etapa, así como la posibilidad de una imposición más justa de la pena.

Ante esta defensa de la institución, cabe plantear la pregunta, ¿en qué se fundamentan los defensores de la división del debate para afirmar que produce mejores resultados para el imputado? La respuesta, sin discusión alguna, es que el beneficio de la institución resulta para el imputado.

En general, los defensores de la institución se refieren en su defensa a los fines de la pena. Es decir, se concibe la pena con un criterio perteneciente en esencia al derecho penal de culpabilidad o retributivo. Por lo tanto, solo como una cuestión de

---

<sup>41</sup> **Bustos Ramírez, Juan.** *Op. cit.* P. 356.

conformidad con la medida de la culpabilidad sin consideración a ningún tipo de influencia de factores personales en su graduación. Por otro lado, en tanto expiación o retribución pura por el acto, pareciera que no existe razón para la división del debate.

“En la medida que se fue abandonando la ideología de las teorías absolutas de la pena y fueron ocupando su lugar las que postulan la individualización de la pena conforme a un pronóstico de futuro sobre el comportamiento del autor con relación a los valores jurídico-penales como el fin de prevención especial de la pena, la resocialización o el aprendizaje de pautas de comportamiento socialmente adecuadas, se produjo un acercamiento entre los problemas de la pena y el de las medidas de seguridad, y aunque aquellas que atienden a la medida de la culpabilidad no prescinden de la influencia de factores personales, ello necesariamente implica provocar un nivel separado de discusión de la determinación de la pena, donde habrán de imperar pautas totalmente distintas que las utilizadas para la determinación del hecho y la responsabilidad por su comisión”<sup>42</sup>.

De esta manera se toman en consideración para la individualización de la pena todas las circunstancias personales, sociales y familiares del imputado. Ello, sin que se deba prescindir de una serie de decisiones que surgen directa o inmediatamente de la comisión del delito y de la responsabilidad del imputado.

Al respecto, Bustos Ramírez manifiesta que, “en definitiva, la medición de la pena, así concebida, aparece como una cuestión sumamente compleja, en la cual hay que tener en cuenta todo tipo de perspectivas, tanto aquellas que vienen del delito y del sujeto responsable, como aquellas que vienen de todas las circunstancias situacionales del hecho, así como de las circunstancias situacionales y personales del sujeto, más aún, de lo que conviene o no desde un punto de vista social general en relación al sujeto, conforme a los efectos que se produce, con lo cual se ha de tener en cuenta tanto aspectos preventivos generales como especiales”<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Ares, José Luis. *Op. cit.* P. 893.

<sup>43</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Op. cit.* P. 335.

Esto no significa que en los ordenamientos de juicio unificado se desconozcan las cuestiones relativas a la medición de la pena. Sin embargo, algunos autores opinan que estas cuestiones sin duda son contempladas como algo de segundo orden, resueltas la mayoría de veces con apelación a argumentos genéricos o abstractos. Por otro lado, como lugares comunes repetidos en los fallos sin conexión con el caso, y que se confunden y mezclan con la cuestión de la responsabilidad por la comisión del hecho.

Esto no sucede únicamente en Iberoamérica, ya que, de acuerdo con algunos defensores de la cesura, en Alemania la cuestión de la pena no es considerada más que como un apéndice de la cuestión de la responsabilidad.

Las personas que impulsan la cesura manifiestan que “ello, desde un punto de vista teleológico, es una falta de propósito. Pareciera que se ha olvidado la teleología del derecho penal y del derecho procesal penal, en cuyo centro de reflexión se encuentra la pena, pues lo demás como la determinación del injusto y la responsabilidad del autor, son solo presupuestos de ella”<sup>44</sup>.

Lo que afecta de manera concreta los derechos y la vida del imputado, así como la de su familia, es la pena que se le va a infligir y, por lo tanto, es necesario que dentro del proceso se le otorgue la importancia que corresponde.

Al respecto, algunos autores opinan que todas las garantías penales sustantivas y procesales serían superfluas si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda constitucional.

Es por ello que, en los sistemas de juicio único, la defensa se encuentra frente a situaciones realmente inquietantes durante el desarrollo del proceso. Ello, cuando ofrece argumentos que tendrían incidencia directa en la futura y eventual determinación de la pena.

---

<sup>44</sup> **Álvarez, Javier, T.** El nuevo código procesal penal de la nación: los cambios y los principales desafíos que se avecinan. Editorial Microjuris. Buenos Aires. 2014. P. 127.

En este sentido, Maier establece que “tanto para el imputado como para el defensor se presentan casos claros en que la exposición de fundamentos que atenúan la pena perjudican la discusión de la misma imputación sobre el hecho, limitándose así las posibilidades de una defensa eficaz en todo sentido. Si se discute el hecho y la participación, la posición pierde credibilidad si, al mismo tiempo, se hacen valer argumentos relativos a la atenuación de la pena y se incorporan circunstancias relativas a ello, y circunstancias tendientes a acreditarlas”<sup>45</sup>.

Explica también Maier que “la práctica ha demostrado que muchas veces se callan motivos que impulsan al hecho y que, de alguna manera, surtirían efectos beneficiosos en la medición de la pena, como el amor, la caridad, la piedad y hasta la coacción, al buscarse una absolución negando la imputación”<sup>46</sup>.

Por tal razón, en los sistemas de juicio único el imputado muchas veces se encuentra en situaciones en las que el silencio, a cuyo uso tiene indudable derecho, sería lo razonable para el objetivo de la determinación del hecho y la responsabilidad por el mismo. No obstante, a los efectos de la medición de la pena, lo razonable sería una declaración abierta.

Por ejemplo, sería el caso de la persona que hubiese cometido efectivamente el delito, pero que hubiese reparado posteriormente el mal producido, aunque solo fuera parcialmente. En un sistema de debate único, el imputado deberá también guardar silencio sobre lo último si desea librarse en lo posible de las consecuencias de lo primero. Por esta razón, si el tribunal llega a declarar la punibilidad de la conducta, aquella persona imputada habrá condicionado negativamente con su silencio la ulterior determinación de la pena, careciendo ya de posibilidades efectivas de participar activamente en la discusión sobre tal determinación.

Esto, sin describir la posición incómoda en la que se encontraría el defensor al momento del alegato final. Como manifiesta Hassemmer, el defensor “se enfrenta con la

---

<sup>45</sup> **Maier, Julio.** *Op. cit.* P. 257.

<sup>46</sup> *Ibidem*, P. 278.

dificultad de tener que emplear argumentos o indicaciones orientadas a influir en la hipotética determinación de la pena, aunque toda su estrategia como defensor se haya orientado hacia una absolución, finalidad contradictoria con la pretensión de influir en la posible pena concreta"<sup>47</sup>.

También el fiscal tendría, debido a la mayor importancia conferida a la cuestión, mayores posibilidades de acercar elementos que influyeran en el ánimo del juez para agravar la pena.

Se puede afirmar, sin lugar a duda, que la cesura del debate es una institución extraña al sistema de derecho continental o romano-canónico, lo cual podría constituir un argumento serio para explicar su escasa tipificación en los ordenamientos iberoamericanos.

Así, los defensores de tal sistema “no ponen en duda que es el que mejor se aviene a las modernas concepciones de los fines de la reacción estatal frente al hecho delictivo, y aun las no tan modernas, en tanto estas se apartan de la concepción de la retribución pura por el acto, o las que identifican el delito con el pecado, que debe ser castigado al comprobarse su penetración”<sup>48</sup>.

Si se entiende como finalidad principal del proceso penal la actuación apegada a derecho, no se puede considerar ajeno a los fines del derecho procesal la debida consideración que merece la cuestión de la pena.

Otros autores, al manifestarse a favor del acogimiento de este sistema de cesura del debate, sostienen que, en todo caso, no debe ser el propio juez del juicio de culpabilidad quien imponga la pena. Ello, con el objetivo de evitar el aludido veredicto de compromiso. Más bien, se sostiene, deberá ser un juez distinto, pero que haya

---

<sup>47</sup> **Hassemer, Windfried.** Fundamentos del derecho penal. Editorial Bosch. Barcelona. 1984. P. 132.

<sup>48</sup> **Carrió, Alejandro.** El enjuiciamiento en la Argentina y en los Estados Unidos. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1990. P. 81.

presenciado las audiencias del juicio de culpabilidad. Esto para los efectos de extraer de tal fase los elementos necesarios para la imposición de la pena.

### **5.2.3 Crítica racional a la institución de la cesura del debate**

Son varios los autores y juristas que se inclinan por la positivización de la institución de la cesura del debate en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos. Estos autores y juristas ven en dicha institución una forma de mejorar los resultados del juicio a favor del imputado, o mejor dicho, de hacer más justa la aplicación de la sanción penal para el acusado –sin perjuicio de que no hay un rasero común para medir la justicia de una decisión judicial–.

El doctor José Gustavo Girón Palles, en su tesis doctoral, realizó un estudio empírico sobre la práctica institución. Así, de su informe se extrae no solo la escasa regulación sino también la escasa utilización de la institución en aquellos países de Iberoamérica en cuyos ordenamientos se encuentra regulada.

El problema que se plantea aquí es, dadas las bondades jurídicas pregonadas por los impulsores de la cesura del debate, ¿por qué esta institución no ha tenido éxito en los sistemas penales iberoamericanos? En otras palabras, ¿por qué la práctica de la cesura del debate es tan exigua en los sistemas iberoamericanos?

La respuesta, quizás trivial, podría referirse a la experiencia, pues no se puede negar el hecho de que las instituciones jurídicas son el reflejo de las costumbres y de la cultura. Asimismo, que tales productos sociales se han formado a través de los siglos, si no es que a través de milenios.

Es un fenómeno bastante común en la Época Contemporánea o postmoderna la abundancia de nuevas teorías que pretenden ser revolucionarias (en el sentido de anular o borrar lo viejo e imponer lo nuevo). En el ámbito del derecho penal dichas teorías, por desgracia, abundan, sobre todo en el derecho continental. Es decir, en la Europa

continental, de la cual se reciben, nos animamos a decir, casi todas las teorías que se pretenden novedosas y revolucionarias.

De acuerdo con la opinión de este investigador, muchas de estas teorías, o más bien sus autores, olvidan que lo valioso del derecho no es su novedad, sino al contrario, su antigüedad. El derecho se ha formado con instituciones milenarias que permanecen hasta hoy sencillamente porque funcionan y resuelven problemas dentro de la cultura de los pueblos, que también se ha formado a través de milenios.

La inexorable maestra que es la experiencia es la que, poco a poco, desecha las teorías sin capacidad explicativa y de resolver problemas. Así, las sustituye por otras que no solo explican de forma efectiva la realidad, sino que, además, sirven para resolver problemas.

En este sentido, la institución de la cesura del debate es una institución relativa a una cultura jurídica ajena, la cual también se formó a través de los siglos. Sus promotores pretenden introducirla o imponerla en la cultura jurídica del derecho continental o romano-canónico, la cual, también ha tenido su formación a través del tiempo, pero con principios propios que, las más de las veces, difieren de la cultura anglosajona.

La diferencia fundamental entre la cultura epistemológica anglosajona y la continental, además de su origen (nórdicos en la isla y romanos y germanos en el continente), se marcaron desde la ilustración. El empirismo inglés en manos de David Hume y el racionalismo continental en manos de Descartes, Schopenhauer y Kant.

Esta marcada diferencia de aproximarse a las cosas, al conocimiento del mundo, para quien conozca ambas corrientes, no se concilió sino en el intento realizado por Kant en su teoría del conocimiento. No obstante, a nuestro parecer, Kant no logró el propósito de unificar ambas corrientes, las cuales son mutuamente excluyentes.

La pregunta a responder es, dado que el sistema del *common law* ha utilizado la división del debate desde hace siglos, y si las bondades de la institución de la cesura del

debate son tantas y tan evidentes, ¿por qué tal institución ha tenido tan poca aceptación y escasa utilización en el sistema romano-germánico?

Se tratará de responder esta pregunta en la conclusión del presente informe de investigación. Sin embargo, en una conclusión adelantada, se puede decir que pareciera que los juristas formados en el sistema romano-canónico, tanto dogmáticos como prácticos, saben que el verdadero problema está en la forma como los jueces acceden a la prueba de los hechos (la *quaestio facti*), así como en la forma como los jueces interpretan las disposiciones normativas (la *quaestio iuris*) y a todos los problemas relativos al razonamiento para la toma de las decisiones judiciales, aspectos que se tratarán en los restantes capítulos de este informe.

## Capítulo IV

### Los problemas de la cognoscibilidad de los hechos (la determinación de la culpabilidad)

#### 1. Los problemas de la *quaestio facti*

En el acceso a la cognoscibilidad de los hechos durante un juicio el problema de la formación de la convicción judicial debe tomarse en serio. Ello, dados los problemas epistemológicos que presenta la forma como se diligencian los medios de prueba en su desarrollo, así como las distintas formas de percepción a partir de las cuales los jueces acceden a ellos. Dicho acceso depende en gran medida –aunque la doctrina del derecho penal lo exponga de forma idealista– de las características personales de los jueces y los jueces, es decir, de su formación intelectual, su ideología, sus ideas de justicia, sus convicciones morales y un largo etcétera.

Edmonds y Edinow, refiriéndose a un incidente de agresión ocurrido en una sesión de la “Sociedad de Ciencias Morales” de la Universidad de Cambridge en 1946, a la que asistieron eminentes epistemólogos (científicos dedicados a la teoría de la ciencia o teoría del conocimiento), comentan que, entre los que se consideraban los dos más destacados epistemólogos de la época –Karl Popper y Ludwig Wittgenstein– surgió una disputa que subió de tono y se tornó violenta. Esto, ya que Wittgenstein, quien se encontraba junto a la chimenea, tenía en la mano el atizador, es decir, la herramienta de hierro que se utiliza para remover y avivar el fuego. Al subir de tono la discusión, Wittgenstein perdió el control y manipuló de cierta forma el atizador mientras se confrontaba con Popper, lo cual inquietó a numerosos asistentes a la sesión, luego de ello se marchó del lugar. Esta circunstancia parecería sin importancia, si no fuera porque luego de terminar la sesión, numerosos científicos de la teoría del conocimiento que asistieron a ella, narraron el incidente de forma tan distinta, que asombraría a cualquier

juez, sobre todo proviniendo los testimonios de estudiosos de la teoría del conocimiento (el estudio sobre la forma como accedemos a la realidad).

Los científicos asistentes al evento –y que fueron testigos presenciales de la discusión entre Wittgenstein y Popper– discutían sobre si Wittgenstein manejó el atizador furiosamente o lo movía con suavidad, si llegó a atizarlo al aire de forma amenazante o solo se sirvió del mismo para enfatizar sus palabras, si lo hizo después de discutir con Bertrand Russell (otro eminente epistemólogo) o si lo hizo después de discutir con Popper, sobre si el atizador estaba o no, al rojo vivo, y también si Wittgenstein, al abandonar la sala, se marchó sosegadamente o lo hizo dando un portazo. Lo cierto es que al final, y aún a día de hoy, no existe claridad sobre lo sucedido. Al respecto, los autores citados concluyen:

“Resulta fascinante e irónico que los testimonios contradictorios entre sí procedieran de personas que por profesión se ocupaban de teorías epistemológicas, acerca de las bases del conocimiento, de cómo se comprenden las cosas y de qué es la verdad. Con todo, se trataba del desarrollo de unos sucesos sobre los que los testigos presenciales se mostraban en desacuerdo respecto a cuestiones cruciales relativas a los hechos en sí, no a su interpretación”<sup>49</sup>.

Este caso tiene sumo interés, ya que plantea de manera bastante realista el tema de la muy cuestionable sencillez de los hechos. Además, lo presenta de una forma sin duda peculiar. Este caso se expone como un complemento que corrobora resultados y experiencias similares promovidas por investigadores próximos al campo procesal, los cuales se pronuncian en el mismo sentido y contribuyen a problematizar la aceptabilidad de un tópico muy asentado en los medios judiciales. En concreto, el caso de que el juez esté dotado de alguna habilidad particular o carismática para acceder a la verdad de los hechos sin mayores dificultades. Ello, además, con un grado tal de solvencia, que su juicio al respecto debería prevalecer en otras instancias.

---

<sup>49</sup> **Edmonds, David J. & Eidinow, John A.** El atizador de Wittgenstein. Una jugada incompleta. Editorial Península. Barcelona. 2001. P. 15.

Respecto a este planteamiento, sorprende que un modo de entender un asunto tan cuestionable hubiera llegado a adquirir un alto grado de aceptación y de certeza, sobre todo entre los profesionales y en la jurisprudencia. Esto, durante prácticamente los dos últimos siglos. Además, que solo en época relativamente reciente haya empezado a ser objeto de revisión crítica. Pero no tiene que extrañar si se repara en que el asunto de la convicción judicial, sobre todo en su origen, no era de carácter meramente cultural, sino que en ella se expresaba una relevante opción política y con un potente aparato de control social, es decir, el aparato judicial del Estado como protagonista. Por otro lado, en que los integrantes del mismo, además de salir reforzados en su poder frente a los sufridos usuarios de la justicia, hallaban en ese recusable paradigma un modo particular y sin mayores responsabilidades por impartirlo. Esto último, por la ausencia de límites, no solo de derecho, sino incluso de orden cognoscitivo, pues el juez, decidiese lo que decidiese, siempre tenía la razón.

A este respecto Michele Taruffo manifiesta lo siguiente respecto al irracionalismo que prevaleció hasta una época reciente en muchos sistemas judiciales. “Consideremos la Alemania de la década de los treinta: en una situación en la que la cultura filosófica se expresaba, sobre todo, a través del pensamiento intrínsecamente nazi de Heidegger, y en la que el régimen se alimentaba de los irracionalismos más variados como la *Heimat* (la patria natal alemana), el *volkgeist* (el espíritu del pueblo), la ‘sangre alemana’, era simplemente imposible una concepción racionalista de la decisión judicial. Por lo tanto, fueron surgiendo concepciones del proceso según las cuales no tenía sentido pensar de forma racional en la prueba de los hechos, ya que todo criterio de decisión estaba destinado a ser apartado en nombre del único valor de referencia posible, representado por la voluntad del Führer. No es casual que en este contexto se pudiera pensar en una ‘administrativización’ de la justicia civil que habría supuesto la anulación de toda garantía procesal, así como el sometimiento de las partes al albedrío del juez, considerado como *longa manu* (de larga mano) del poder absoluto del Estado”<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> **Taruffo Michele**. Consideraciones sobre la prueba judicial. Editorial Fontamara. México. 2011. P. 18-19.

Erich Döhring, por su parte, respecto a la convicción judicial sobre las pruebas en el proceso penal, expone lo siguiente: “De los dos objetivos principales, la investigación del estado de los hechos y el encuentro de la solución jurídica, el primero –el esclarecimiento de la cuestión de hecho–, no ha de estimarse de manera alguna el menos importante. Son raros los procesos en los cuales está constatado desde un comienzo el sustrato fáctico, y solo resta dilucidar la cuestión de derecho. [...] Pero justamente aquí muchas veces no pueden darse reglas perfectamente unívocas, cuando todo depende tan a menudo de las circunstancias del caso”<sup>51</sup>.

En la Época Contemporánea, resulta evidente que la actuación del juzgador en el ámbito de la prueba y de lo relativo a su tratamiento ha sido siempre motivo de preocupación. Esta ha sido una preocupación secular, claramente manifestada en los sucesivos intentos históricos de sustraer el momento de la valoración del espectro probatorio. Es decir, con pretensiones ingenuas como que el juez sea un ser trascendente y providencial que siempre está interesado en el desarrollo de las vicisitudes del mundo y, por ello, presuntamente, en la prevalencia de la justicia en las relaciones humanas.

“De ahí el peculiar sistema de las ordalías, ‘un juego de prueba’, acorde con la cultura y el paradigma de racionalidad a la sazón imperantes que, como bien se sabe, no produjo el resultado que se buscaba. Siguió el régimen de la prueba legal, animado por la pretensión de objetivar, reglándola, la atribución de valor a las aportaciones de los distintos medios probatorios, que derivaría en las aberraciones tan claramente denunciadas por Voltaire, y en la consagración de diversos expedientes de arbitrariedad”<sup>52</sup>.

Al fin, la falta de resultados estimables en la materia y el indudable atractivo del régimen de apreciación en conciencia propio del *jury* inglés –en manos de ciudadanos de a pie que enjuiciaban las conductas de sus pares en un plano de horizontalidad– desembocaría en la adopción del criterio de valoración según la libre convicción del juez.

---

<sup>51</sup> **Döhring, Erich.** La prueba. Valletta Ediciones. Buenos Aires. 2007. P. 12-14.

<sup>52</sup> **Foucault, Michel.** La verdad y las formas jurídicas. Editorial Gedisa. Barcelona. 1980. P. 40.

## 2. La convicción del juez

“Este criterio, la libre convicción del juez, aplicado en la Europa continental, se tradujo en pura consagración de la máxima discrecionalidad, del completo arbitrio, pues no prevaleció la convicción razonada que postulara Carrara, sino la alternativa irracional de esta: la convicción autocrática. En efecto, en tal concepción, la adquisición de certeza sobre la *quaestio facti* discurriría por los cauces propios de los procesos psíquicos, para alumbrar al fin de un estado emocional, en el que el convencimiento más que fruto de un *iter* de adquisición de conocimiento reflexivamente guiado por el juez, era el efecto de algo incontrolable que le acontecería, que, podría decirse, pasaba en su interior, en un nivel no del todo consciente, y que se revelaba solo en su resultado”<sup>53</sup>.

“El problema es que la convicción íntima del juez está relacionada con ‘lo inefable’, es decir, lo no susceptible de ser expresado con palabras. Es el ‘quid ineffabile’ situado en cualquier parte de las profundidades interiores del ánimo del juez, que debería, no obstante, producir certezas morales, posiblemente absolutas, en las que fundar la decisión”<sup>54</sup>.

Este modo de proceder en el ámbito de la decisión tiene una expresión muy lograda en el texto de lo que fue la verdadera *summa* del saber procesal convencional durante una larga etapa que llega hasta hoy, y que todavía no puede decirse cerrada debido a algunas prácticas que aún gozan de cierta difusión.

“La sentencia ha de basarse en un estado de conciencia [...] en un juicio crítico interno, que se proyecta al exterior [en] afirmaciones [...] no hay por qué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador”<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> **Ibáñez, Perfecto Andrés.** Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional. Editorial Trotta. Madrid. 2015. P. 254.

<sup>54</sup> **De La Oliva, Andrés.** Derecho procesal penal. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2004. P. 514.

<sup>55</sup> **Sáez Jiménez, Jesús & López Fernández de Gamboa, Epifanio.** Compendio de derecho procesal civil y penal. Editorial Santillana. Madrid. 1968. P. 1287.

Tal manera de entender la decisión es lo que explica el tratamiento hacia esta que manifiesta el derecho procesal convencional. Una actitud justamente reprochada por Carnelutti a sus colegas. Y es que, efectivamente, la decisión en materia de hechos ha sido durante mucho tiempo un auténtico territorio inexplorado para la cultura procesal dominante. Esto puede comprobarse con solo recorrer el índice de cualesquiera de los manuales al uso, en los que aquella no existe, no ya como problema, sino ni siquiera como cuestión objeto de estudio.

Lo que ocurre, según explica Ferrajoli, es que “la fórmula de la libre convicción, que por sí misma expresa solo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales. Recibida en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia, permitió a ambas eludir en el plano teórico y en el práctico el enorme problema de la justificación de la inducción probatoria. Y ha terminado por transformarse en un tosco principio protestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces”<sup>56</sup>.

Por eso, en el tránsito del régimen de prueba legal al de libre convicción entendida en clave racional, hay un esencial cambio de paradigma que desplaza el problema del oscuro ámbito en que la doctrina y jurisprudencia aludidas lo habían confinado al de la epistemología, lo que significa todo un desafío cultural para los jueces.

A la consolidación de ese cuestionado estado de cosas contribuyó también el positivismo jurídico ideológico. Para este, si la interpretación (o más bien aplicación) de los preceptos legales no presentaba particulares problemas, menos aún la cuestión de hecho, casi inexistente como tal.

---

<sup>56</sup> Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Editorial Trotta. Madrid. 2011. P. 139.

Esto ha sido así debido a la generalización en la materia del bien, calificada por González Lagier<sup>57</sup> de “objetivismo ingenuo”, en la que solo tiene la condición de hecho y solo puede ser objeto de prueba. Por lo tanto, es lo perceptible por los sentidos.

Esto ha causado un resultado ciertamente paradójico, el cual ha llevado a dar por bueno (o aceptado), que el juez actúe con menor conciencia de la dificultad de su oficio ahí donde se necesita que sea mayor. Además, a que disponga de más libertad para determinarse, precisamente, en el segmento de la propia actividad en el que más grande es su poder, el cual ha terminado por ser realmente incontrolable.

Es este estado de inconsciencia acerca de la naturaleza de la propia función judicial la que ha gozado de general implantación en la justicia de los países de Iberoamérica, y que, en lenta retirada, más allá de algunos cambios en el lenguaje, permanece como dato de un cierto subconsciente institucional en las prácticas actuales de muchos jueces, para quienes la garantía de calidad de su función radicaría, exclusiva o preferentemente, en la rectitud moral del propio juicio.

Este tópico tan consolidado guarda estrecha relación con la aludida manera de entender hechos que, en esa forma de concebir la experiencia judicial, de haber tenido en algún momento existencia como tales, aparecerían dotados de entidad objetiva verdadera, propia y acabada en el mundo extraprocesal.

Esto es lo que haría posible su traslado a través de la prueba al interior del proceso y, con ello, la clase de conocimiento seguro por parte del juez al que se viene haciendo referencia. En particular, si se dice que, cuando las pruebas pertenecen al género de las llamadas directas, por antonomasia, el testimonio que fue practicado ante el juez en el marco de la inmediación gozaría de aptitud para ponerle en contacto directo también con los hechos. De ahí que se concluya que la valoración de aportaciones testimoniales no necesitaría ser justificada, dado que “la instancia escuchó y vio”. Así, no tiene nada de particular que, con frecuencia, en tales casos, los tribunales funden su convicción

---

<sup>57</sup> **González Lagier, Daniel.** *Quaestiofacti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción. Palestra Editores. Lima. 2005. P. 25.

mediante el simple otorgamiento de plena credibilidad a tal o cual testigo, en virtud de la inmediación.

Al efecto de lo expuesto, Perfecto Andrés Ibáñez<sup>58</sup> cita las sentencias del tribunal supremo español del 10 de diciembre de 2002 y de 22 de mayo de 2009. En ellas dicho tribunal expresó lo siguiente.

“En la valoración de la prueba directa [hay] un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y, por tanto, ajeno al control en vía de recurso”. Luego prosigue: “[Hay] un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos”.

La crítica de lo manifestado por el tribunal supremo español en las sentencias citadas es que se entiende que existe un segmento de la información obtenida por el juez, en y a través del juicio, que sería inmune a cualquier tipo de control. Y esto debido al modo de adquisición, a saber, la percepción (que es exclusivamente sensorial). Esto suscita una pregunta inevitable acerca de la clase de sentido capaz de generar ese particular efecto, ¿será quizá el “sexto sentido”, famoso, ese al que tantas veces ha apelado la policía para justificar intervenciones y detenciones de precario o imposible fundamento?

La doctrina que emerge del planteamiento es francamente demoledora, el juez debería hacer objeto de un tratamiento racional los datos probatorios solo en algunas ocasiones. Fuera de estas –es la conclusión implícita– bastaría someterlos a un tratamiento irracional o prerracional “por ajeno a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos”<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> **Ibáñez, Perfecto Andrés.** *Op cit.* P. 257

<sup>59</sup> **Carrara, Francesco.** El antiguo procedimiento penal de Lucca. Editorial Temis. Bogotá. 1976. P. 36

Resulta, entonces, que “en un sistema de convicción íntima en el que pudiera juzgarse por impresión, resultaría completamente inútil el conocimiento de la ley y de las reglas de la ciencia, cuando es patente que la convicción ha de tener también sus reglas y medidas”<sup>60</sup>.

En este más que cuestionable modelo del operar judicial en materia de hechos, la sentencia, sobre todo si fue fundada en prueba directa, podía reducirse en gran medida a una sumaria declaración apodíctica de lo probado que eximiría de cualquier justificación en cuanto al tratamiento de la prueba. De este modo, la dimensión estrictamente jurídica sería la única a tener en cuenta en la justificación de la decisión. Algo por demás coherente con el dato de que esta está gestada, en su vertiente fáctica, en el ámbito personalísimo de la conciencia íntima del juez, definitivamente fijada por el juzgador.

De esta manera, una eventual impugnación o recurso contra la sentencia tendría que limitar su alcance a la subsanación de posibles errores de derecho, los cuales sí son intersubjetivamente tratables, discutibles y abordables en otro momento jurisdiccional. Ello, en tanto que no dependen de la percepción sensorial del juez de instancia. Además, al examen de la regularidad formal del discurso sobre la prueba y sin ninguna posibilidad de verificar la validez de su valoración donde, precisamente, radica el núcleo de lo jurisdiccional.

Esto, incluso después de admitida como motivo de acceso al recurso de casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio en materia de hechos. Ello con el argumento reiterado de que la valoración de la prueba y la fijación de los hechos entran dentro de la exclusiva soberanía del juzgador de instancia. De ahí que, por coherencia, lo único a examinar por el tribunal de casación sería el control de la regularidad formal del discurso probatorio al operar con los elementos de juicio obtenidos por aquel con carácter definitivo y en virtud de un proceso cognoscitivo no fiscalizable.

---

<sup>60</sup> *Ibidem*.

Este tópico, fuertemente asentado –propio del inductivismo estrecho, de que habla Hempel<sup>61</sup>, sugiere la viabilidad de una imposible comprobación desde afuera de la real existencia de la prueba, al margen de su valoración. Como si, en la materia, el positivo rendimiento de los medios de tal clase se acreditara por la mera catalogación *ex post* en la sentencia.

Pero sucede que estos no operan en el juicio en abstracto y por autoevidencia. Habrá que ver es si, en el contexto, efectivamente probaron. Por ello, para pronunciarse con solvencia al respecto, en otra instancia, el juzgador no podrá quedarse en una consideración externa o formal del discurso sobre los elementos de convicción después de obtenidos, esto es, ya elaborados.

Lo anterior no basta, sino que, con mayor precisión, habrá de descender el análisis del propio proceso cognoscitivo de su adquisición, el cual no puede ser hermético. Ahí es donde, metódicamente, tendría que haber regido la presunción de inocencia como regla de juicio, lo que impone tratar la *notitia criminis* solo como una hipótesis a verificar.

Comprobar que así ha sido en efecto, y si se ha producido o no tal verificación, es la tarea que el ordenamiento jurídico impone. Y se da la circunstancia de que esa verificación, aunque ubicada en un marco procesal, se rige en su desarrollo por reglas que no son jurídicas sino epistemológicas, que no pueden ser desatendidas sin que resulte frustrado el imperativo constitucional de consagración del principio de presunción de inocencia como derecho fundamental. Este último, en el Estado de derecho, remite a la fijación de los hechos probados y, con ello, al juzgador mismo, al terreno de la epistemología, la cual tiene reglas propias indefectiblemente de carácter metajurídico.

De manera que, “dar por válida la afirmación de un tribunal de instancia acerca de la valoración de los medios de prueba nunca será el fruto de la mera constatación elemental que parece indicarse, sino la conclusión de síntesis de un razonamiento complejo, de un verdadero juicio crítico sobre el juicio de hecho ya producido. Un juicio,

---

<sup>61</sup> **Hempel, Carl. G.** Filosofía de la ciencia natural. Editorial Alianza. Madrid. 1973. P. 28

además, que, desde una perspectiva epistemológica –y en contra de la histórica y el actual postulado sin racional fundamento–, es perfectamente practicable. Ello, partiendo, por supuesto, de una objetiva documentación de lo acontecido en la audiencia, así como de una decisión suficientemente explícita en sus fundamentos, suficientemente justificada y correctamente motivada”<sup>62</sup>.

### **3. La inducción en la valoración de la prueba**

En la actualidad, se sabe bien (aunque parecería que no siempre) que la materia prima del enjuiciamiento no está constituida por hechos, sino por enunciados lingüísticos relativos a acciones que habrían podido suceder o no. De dichos enunciados cabe predicar su verdad o falsedad. Por lo tanto, los hechos en la referencia judicial carecen, como tales, de existencia actual y no pueden acceder al proceso.

De haberse dado tales hechos, habrían ocurrido en otro momento bajo la forma de actos de eventual relevancia penal, normalmente productos de un resultado observable y de una estela de vestigios en el entorno de su ejecución, así como de trazas de memorias en quienes los hubieran presenciado.

Los hechos, pues, como parte del pasado, ya no están, no son constatables por alguien que, como el juez, opera en el presente, y que tampoco puede experimentar con ellos dado su carácter irrepetible.

Pero esos rastros y vestigios –que eso es lo que son–, sí son susceptibles de comprobación, y en función del resultado de esta comprobación cabrá obtener alguna clase de conclusión sobre la plausibilidad o falta de plausibilidad de la hipótesis acusatoria sometida a la consideración del juez.

Sobre todo, en el entendido de que la información que los distintos medios probatorios pone a disposición del juez y le sitúan, a él y su razonamiento, de manera

---

<sup>62</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. *Op cit.* P. 260.

inevitable, en el terreno de la llamada prueba indirecta. Y es que, como expresa Pagano, “cualquier prueba es siempre indiciaria”<sup>63</sup>. Ello, porque no hay conocimiento de tal fuente que no sea inferencial, pues se obtiene en el tránsito de algún enunciado particular de contenido empírico a otro del mismo carácter, pero de mayor riqueza informativa. Como explica Ginzburg, “lo que distingue a este tipo de saber es su capacidad de remontarse desde datos experimentales aparentemente secundarios a una realidad compleja, no experimentada en forma directa”<sup>64</sup>.

Pero no es que se recurra a la prueba indirecta solo cuando no exista prueba directa, sino que la única que cabe es la de aquella clase, pues no hay prueba que no curse a través de una serie de mediciones. En este sentido, es importante despejar también un tópico jurisprudencial igualmente inaceptable.

Volviendo a Perfecto Andrés Ibáñez<sup>65</sup>, este autor cita la sentencia siguiente, la cual expresa el sentido de lo indicado. “En sentencia de no. 120/2013 de 12 de marzo de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual afirma que ‘si la destrucción de la presunción de inocencia se obtuviera tan solo por la valoración de medios de prueba directos, quedarían impunes muchas conductas que no han podido ser objeto en el plenario de una probanza de cargo directa’ y ‘se llevaría al extremo las garantías del imputado en detrimento del derecho que también tiene el estado de perseguir a los presuntos delincuentes’”.

Según esta sentencia, manifiesta el citado autor, el recurso a la prueba indirecta es algo así como un cambio de estándar, un descenso de rango, la resignada aceptación de un conocimiento procesal de inferior calidad (en inevitable perjuicio del derecho a la presunción de inocencia) por simples razones de eficacia represiva.

“Con el agravante de que ese es el único ámbito de discusión jurídica, no existe otro. Y lo cierto es que cabe operar dentro de él con el rigor imprescindible para llegar a

---

<sup>63</sup> **Pagano, Mario**. Principios del Código Civil. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2002. P. 98

<sup>64</sup> **Ginzburg, Carlo**. Indicios. Raíces de un paradigma de inferencias indiciarias. Editorial Gedisa. Barcelona. 2008. P. 194.

<sup>65</sup> **Ibáñez, Perfecto Andrés**. *Op cit.* P. 262.

conclusiones (decisiones judiciales) fundadas en un conocimiento de calidad. Claro que siempre que el juez, renunciando a esquemas mistificadores como los ahora cuestionados, se mueva con solvencia en el marco que corresponde, que es el de la lógica inductiva<sup>66</sup>.

Los distintos medios de prueba permiten individualizar elementos de juicio que, tratados con rigor inductivo conforme a máximas de experiencia –generalizaciones de saber empírico de validez socialmente acreditada– pueden hacer posible establecer conclusiones de carácter fáctico dotadas de certeza práctica. Esto es, probables o de un alto grado de probabilidad, pero que no se siguen necesariamente de las premisas, pues la inducción como especie de razonamiento, a partir del análisis de un elemento de la clase, pretende universalizar o generalizar tal análisis a todos los elementos de dicha clase. Esto hace que la conclusión de cualquier razonamiento inductivo tenga la naturaleza de un juicio problemático, cuya verdad solo puede presentarse con características de posibilidad.

Sin embargo, en el modo de proceder judicial que se cuestiona, el juez accedería a un resultado de prueba válido como por iluminación, asegurado por el juicio de valor de su rectitud de intención y por el ordenado desarrollo del trámite, es decir, por la estricta observancia de las formas del proceso.

En tal concepción, resulta claro que no hay espacio en la convicción judicial para la consideración crítica de estas cuestiones, cargadas de problemas. Actualmente es menos frecuente que apreciaciones de semejante inspiración accedan de manera franca al texto de las sentencias. No obstante, son muchas las que, en mayor o menor grado, siguen siendo tributarias de ese modo de entender el proceso decisonal, y en ellas se opera como si la regularidad del proceder y la invocación de algún tópico jurisprudencial fueran condición suficiente y necesaria de la corrección y la justicia de la decisión.

---

<sup>66</sup> **Gascón Abellán, Marina.** Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1999. P. 97.

Lo cierto es que la justicia de la decisión, como lo expone con ejemplar claridad Murena<sup>67</sup> en el siglo XVIII, tiene como precondition imprescindible “la verdad de los hechos”. Esta verdad no puede decirse asegurada por la sola observancia de algunas prescripciones jurídico-formales, ni siquiera si se produjera en régimen de la mayor limpieza de conciencia.

Ahora bien, si es cierto que la calidad del conocimiento judicial no es la simple sucesión de las actuaciones dentro de un orden legalmente preestablecido, también lo es que, en el proceso acusatorio eficazmente regido por el principio de contradicción, la vigencia efectiva de este en las relaciones entre las partes, con el papel que impone al juez, constituye en sí misma una garantía de calidad del conocimiento que pudiera obtenerse.

La razón, como expresa muy bien Ferrajoli, en tanto “la división de las partes en papeles distintos y separados [...] es [...] por así decirlo, la transposición de una estructura argumentativa. La correspondiente al modelo de interlocución racional, cuya práctica es la que, al decir de Pagano, puede llevar a esa ‘verdad que es como la luz, que fulgura de la oposición de dos cuerpos que chocan el uno con el otro’. Esto, sería, en consonancia con el aserto popular y empíricamente bien acreditado: ‘de la discusión sale la luz’”<sup>68</sup>.

El respeto a las prescripciones dirigidas a preservar la dinámica del contradictorio, en la medida en que garantizan los derechos de las partes, una frente a la otra, asegura la aportación por cada una de estas de todo lo que se considere relevante para el enjuiciamiento. Además, con el imprescindible ámbito de diálogo, la imparcialidad y tendencial objetividad del juez.

Este procedimiento estará realmente en su sitio si cada uno de los contendientes ocupa en plenitud el propio. Ello, con las correspondientes posibilidades de accionar y alegar durante el desarrollo del proceso.

---

<sup>67</sup> **Murena, M.** Tratado sobre las obligaciones del juez. Editorial Alianza. Madrid. 1975. P. 66.

<sup>68</sup> **Ferrajoli, Luigi.** Derecho y razón. *Op cit.* P. 144.

Por lo tanto, se puede afirmar que, en el modelo ideal-procesal de referencia, es decir, en el proceso acusatorio y contradictorio, el equilibrado desarrollo de la confrontación entre partes es garantía del funcionamiento del juicio. Asimismo, en la vertiente epistemológica, que tiene, a la vez, sus propias reglas, obviamente no jurídicas, pero de necesaria observancia.

Al tenor de estas consideraciones hay que insistir en que el juez, jurista y sujeto institucional de poder, debe ser al mismo tiempo un operador racional. Pues el buen ejercicio de la jurisdicción reclama la adecuada presencia en él de las dos vertientes ya consideradas (la jurídica y la epistemológica), así como el juego efectivo de una y otra, distintas y a la vez posible y necesariamente integrables. Asimismo, reclama el respeto de las reglas correspondientes a cada una de ellas en su propio campo, es decir, sin confusiones ni reducciones.

De este modo, “el proceso penal, general y tradicionalmente visto como una sucesión de actos legalmente previstos es, a la vez, esencialmente, un instrumento de obtención de conocimiento”<sup>69</sup>. Esto se hace notoriamente visible al contemplar la disciplina de la investigación criminal, el tópico *modus operandi* legal que impone al juez el más cuidadoso examen del escenario de los hechos y la mayor diligencia en la identificación y preservación de los vestigios. Ello, como imprescindible fuente de datos para asegurar al juzgador una información solvente.

En este orden de ideas, por ejemplo, la diligencia del levantamiento del cadáver es un acto procesal, a saber, una formalidad. Pero lo es, precisamente, como necesaria fiel objetivación documental de un resultado (la muerte de una persona en ciertas condiciones) y relevante para el derecho penal en tanto que posible efecto de una acción prohibida y sancionada con una pena. Respecto a esta última habrá que remontarse en la reconstrucción del supuesto.

---

<sup>69</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. *Op cit.* P. 266.

En este contexto, el investigador judicial cumple un trámite. Sin embargo, este modo de actuar es la forma jurídica de un discurrir intelectual sobre el caso de acuerdo con el método hipotético-deductivo propuesto en la epistemología contemporánea por Karl Popper. Porque aquel, como instructor, “acopia materialmente los elementos de juicio que considera útiles, actuando conforme a una pauta legal que le vincula, pero lo hace en la calidad de investigador en un contexto de descubrimiento, esto es, trabajando con hipótesis en busca de una explicación racional y veraz de lo acontecido. Así, interrogará al escenario, como entorno de la acción probablemente criminal objeto de su interés, y este será más o menos expresivo en función de la calidad de las preguntas, de la experiencia del operador, en una actividad que se da, desde luego, en un marco jurídicamente reglado, y que requiere mucho de heurístico”<sup>70</sup>.

Tanto es así que el escenario de la posible comisión de un delito podría ser formalmente tratado con corrección desde el punto de vista jurídico-procesal, pero en ausencia de interrogantes bien orientadas, permanecería completamente mudo.

La hipótesis de partida elaborada de ese modo se nutre de los primeros datos fruto de la observación. Así, deberá ser inmediatamente evaluada en su calidad explicativa mediante la deducción de sus consecuencias. Si estas resultasen compatibles con los datos o vestigios disponibles, aquella deberá mantenerse, a la vez que se enriquecerá con nuevos elementos y ganará en complejidad, abriéndose, normalmente, en subhipótesis con las que tendrá que operarse del mismo modo. En otro caso tendría que ser descartada y sustituida por otra más plausible.

“Una instrucción fructífera será la que dé sustento a una buena hipótesis que, para serlo, deberá integrar armónicamente la totalidad, o los esenciales datos empíricos, dotándolos de justificación”<sup>71</sup>. De este modo, no podrá ser incompatible con alguno de ellos de carácter esencial (lo que no obsta para que pueda existir otra hipótesis con mayor capacidad explicativa). Y, es claro, tendrá que contar con el adecuado apoyo probatorio, imprescindible para hacerla valer. De ser así, la hipótesis conclusiva de la instrucción

---

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. *Op cit.* P. 267.

gozará de la aptitud necesaria para convertirse en una buena hipótesis acusatoria, es decir, en una acusación seriamente fundada. Su núcleo será la conducta, ya formalmente reprochada, y a la vez futuro objeto de prueba, tema probatorio en el juicio.

Lo imputado pasará a ser el hecho principal, en tanto que jurídicamente relevante y como posible constitutivo del supuesto previsto en un tipo penal. En tal caso, subsumible. Pero ese hecho, es decir, el propiamente típico, no será el único que cuente en el proceso, ni solo el que acceda al juicio. En el juicio interesan también otros, no tipificados y, por ello, en sí mismos no penalmente significantes pero dotados de algún valor acreditativo. En consecuencia, de una relevancia de orden lógico. Ello, en la medida que gocen de aptitud para servir como premisas de las que resulte posible inferir elementos probatorios que informen sobre el hecho principal y contribuyan a identificarlo en sus verdaderos perfiles.

“La imputación no suele comprobarse de una vez, sino en el curso de una secuencia de actuaciones que dará lugar a una sucesión de etapas en el desarrollo del conocimiento del juzgador, que son otros tantos momentos de ese fenómeno diacrónico y plural que, por comodidad, denotamos como la prueba. Esta es un curso complejo de actividades, mediante el cual se puede establecer con certeza práctica que algo ha acontecido o no de cierta manera”<sup>72</sup>.

En resumen, la imputación o hipótesis acusatoria obtenida a través de un proceso inductivo, una vez elaborada y si goza de un razonable soporte probatorio, se someterá al juicio. Esto, para su evaluación en su calidad explicativa a partir del examen contradictorio de las pruebas y a través del correspondiente debate. Y la sentencia, que es un pronunciamiento sobre la imputación, deberá hacer explícita la *ratio decidendi*. Ello, en virtud de un deber jurisdiccional de ineludible cumplimiento, ya que, por tratarse de una inducción, la conclusión relativa a los hechos no se sigue necesariamente de las premisas y deberá justificarse.

---

<sup>72</sup> *Ibidem*.

La aludida dimensión dual del proceso contradictorio, su desdoblamiento en una vertiente jurídica, de garantía, y otra epistemológica o de método, es particularmente visible en la observancia, respeto y garantía del principio de presunción de inocencia. Como lo manifiesta Illuminati: “Se transforma, de mero instrumento de tutela del imputado, en criterio basilar de gnoseología judicial, idóneo para guiar la comprobación procesal”<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> **Illuminati, G.** La presunción de inocencia. Editorial Bosch. Barcelona. 1979. P. 79.

## Capítulo V

### La aplicación de la ley penal (la determinación de la pena)

#### 1. La *ius dictio*

En un texto ya clásico sobre el pensamiento de Montesquieu, Tarello manifiesta que, desde *El espíritu de las leyes*, se entiende universalmente como administración de justicia “el juicio realizado a partir de una formulación directiva preconstituida por la legislación, una actividad puramente intelectual y no realmente productiva de derecho nuevo”<sup>74</sup>.

El mismo autor, años más tarde, en un obra importante, obviamente presuponiendo ese dato de partida, aconsejaba a los juristas, a modo de terapia lingüística, evitar todas aquellas expresiones “que sugieren que –y cuyo uso implícitamente se inspira en la creencia de que– el discurso legislativo tenga un significado propio y principal, independiente de las actividades interpretativas de los usuarios, y que existan entidades, las normas jurídicas, preconstituidas a la búsqueda, individualización e interpretación: ocultando el hecho de que las normas deben considerarse más bien el resultado que el presupuesto de las actividades, en sentido amplio, interpretativas”<sup>75</sup>.

Esta penetrante reflexión, bastante abonada por la experiencia, tiene un egregio precedente en un autor, tan interesado por la magia y misterio del lenguaje, como distante de las preocupaciones del profesor de Génova Fernando Pessoa autor del *Libro del desasosiego* y su afirmación de que “decir es renovar”<sup>76</sup>. Agudísima observación, asimismo, pertinente, sin duda, en el caso de que lo dicho sea el derecho contenido en una disposición.

---

<sup>74</sup> Tarello, Giovanni. Cultura jurídica y política del derecho. Editorial Comares. España. 2003. P. 51.

<sup>75</sup> Tarello, Giovanni. La interpretación de la ley. Palestra Editores. Lima. 2013. P. 40.

<sup>76</sup> Pessoa, Fernando. El libro del desasosiego. Círculo de Lectores. Barcelona. 1989. P. 450.

Esto es algo, además, bien visto por Pietro Verri cuando escribió que “interpretar significa hacer decir al legislador más de lo que ha dicho, y ese más es la medida de la facultad legislativa que se arroga el juez”<sup>77</sup>. Un juicio cuyo carácter peyorativo (esa cierta connotación de ilegitimidad del “arrogarse”) se entiende a la luz del contexto jurisdiccional y de la cultura del momento, pero que leído hoy expresa más bien ese rasgo fisiológico de la actividad del jurista-intérprete, justamente subrayado por Tarello.

Pues, en efecto, el juez, en el ámbito de la interpretación, dice siempre más de lo dicho por el legislador. Ello, por la simple razón de que, como escribiera Puig Brutau citando a Holmes: “Generalizar es omitir y legislar es generalizar”<sup>78</sup>. Esto debido, según lo apuntado por el propio Holmes, a que “las proposiciones generales no resuelven los casos concretos”<sup>79</sup>.

El origen de esa última apreciación de Tarello –debido a la siempre relativa indeterminación de los enunciados legales– está en el campo de la semántica, la parte de la lingüística o gramática general que se ocupa de la relación de las palabras con sus objetos y, por ello, goza de una vigencia prácticamente universal.

La clásica caracterización del juez como boca de la ley, con directo reflejo en un punto de vista al respecto tan conocido como el de Beccaria, responde, seguramente, a una pretensión más prescriptiva que descriptiva, dirigida, desde luego, al juez. No obstante, al menos implícitamente, también al legislador en tanto encargado de poner a disposición de este esa ley cuyas palabras debería limitarse a pronunciar.

Este es el ideal perseguido por Gaetano Filangieri, quien aboga por “que todo se decida según un texto expreso, para que el lenguaje del magistrado sea el lenguaje de las leyes y, de este modo, la interpretación sea proscrita”<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> **Verri, Prieto**. Sobre la interpretación de las leyes. Editorial Bosch. Barcelona. 1998. P. 340.

<sup>78</sup> **Puig Brutau, José**. La jurisprudencia como fuente del derecho. Editorial Bosch. Barcelona. 1951. P. 179.

<sup>79</sup> **Holmes, Oliver Wendell**. Los votos discrepantes del juez. Editorial Iustel. Madrid. 2010. P. 239.

<sup>80</sup> **Filangieri, Gaetano**. Ciencia de la legislación. Instituto de Estudios Legislativos del Congreso del Estado de México. 2000. P. 25.

Esto último, por tanto, y como consecuencia de lo primero, para evitar un defecto de regulación que el juez deba llenar. De esta forma, poner coto al *statu quo* de omnímoda libertad de este, al que se había referido en algún momento, muy expresivamente, Montaigne: “Hemos dejado opinar y decidir tanto a los jueces, que jamás hubo libertad más poderosa ni licenciosa”<sup>81</sup>.

De este modo, en el planteamiento de los dos grandes autores ilustrados (ciertamente revolucionario, dado el momento), como, en general, en el de los exponentes del mismo movimiento político y cultural, hay bastante menos ingenuidad en el modo de entender la relación juez-ley que, según se dice hoy, política del derecho.

Pero esta no se captaría en su auténtico sentido sin tomar en cuenta algo también subrayado por Tarello, a saber, que en la ilustración “por *interpretatio* se entendía cualquier expresión *normativam* ya hubiera sido enunciada por los tribunales o por jurisperitos, en ausencia de ley aplicable a un caso dado, conforme a razones o a opiniones a las que se atribuía autoridad”<sup>82</sup>.

Por tanto, en la diatriba ilustrada habría que ver, por lo menos, tanto una denuncia de las extralimitaciones del juez como un vacío de legalidad que las haría posibles. En esta materia, no obstante, aún en la actualidad, la vieja cuestión sigue teniendo vigencia, así como el asunto que la subyace, a saber, la justificada inquietud que suscita el poder decisonal del juez en el marco de la interpretación-aplicación del derecho.

Es lo que explica que el punto de vista cognoscitivista de la interpretación, según explica Guastini, sostenga que “interpretar es descubrir (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la subjetiva intención de sus autores (típicamente las autoridades legislativas”<sup>83</sup>. Esto, a pesar de ser una corriente “hoy ampliamente

---

<sup>81</sup> **De Montaigne, Michel Eyquem.** Ensayos. Tomo III. Casa Editorial Garnier Hermanos. París. 1920. P. 338.

<sup>82</sup> **Tarello, Giovanni.** La interpretación de la ley. *Op cit.* P. 67.

<sup>83</sup> **Guastini, Riccardo.** Las fuentes del derecho. Raquel Ediciones. Lima. 2015. P. 18.

desacreditada para cualquier jurista advertido”<sup>84</sup>, manteniendo su presencia, aunque no siempre de forma explícita.

Aunque la tuvo, de manera paradigmática, en el caso de Piero Calamandrei. Esto, a través de su defensa de la legalidad a toda costa, incluso estando vigentes las leyes raciales del fascismo. Además, al postular un tipo de juez “prisionero dentro de los muros sin ventajas del castillo del legislador y obligado a olvidar que fuera de aquella prisión el mundo vive al aire libre y se renueva sin cesar”<sup>85</sup>. Asimismo, condenando a los que califica de segregación legislativa, de tal modo que “colocando ante una norma jurídica [...] se detenga a indagar únicamente los problemas que se refieran a su mecanismo formal”<sup>86</sup>.

La anterior es una actitud que Cappeletti<sup>87</sup> calificó de “fidelidad a la ley como último baluarte” en lo que sería, entonces, una extrema forma de resistencia ante “las arbitrariedades del tirano”. Este es un juicio correcto, como lo demuestra la propia evolución del pensamiento de Calamandrei en la materia.

En circunstancias que no tienen nada que ver con las que movieron al maestro de Florencia, y con una formulación bastante menos imaginativa, Requejo Pagés se ha hecho radical portavoz del cognoscitivismos en la aplicación de la ley. Esto, al asimilar, metafóricamente, el sistema jurídico actual a “una red de distribución de agua”, que es lo que permitiría al juez, únicamente “habilitado para manipular la llave de paso [...] limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento, sin añadirles nada”<sup>88</sup>. Un producto, por lo tanto, definitivamente elaborado, claro en su sentido y transparente en la expresión de la voluntad del autor, que, se diría, es apto para resolver por sí solo y por la mera yuxtaposición del precepto la descripción de las circunstancias del caso.

---

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> **Calamandrei, Piero**. Estudios sobre el proceso civil. Editorial Bibliográfica. Argentina. 1961. P. 67.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> **Cappeletti, Mauro**. Obras. La justicia constitucional. Editorial Porrúa. México. 2014. P. 256.

<sup>88</sup> **Requejo Pagés, Juan Luis**. Jurisdicción e independencia judicial. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. P. 153.

Es probable que este último punto de vista, tan simplificador y contrafáctico (una aplicación sin interpretación), del género de lo que Aguiló Reglá<sup>89</sup> llama “deductivismo extremo”, tenga que ver con la pretensión de circunscribir la autonomía decisional del juez, saliendo al paso del hoy denostado como “activismo judicial”.

Posiblemente, esto se vea con bastante más presencia en algún imaginario ideológico que en la realidad práctica. Y en esta, por cierto, al menos entre nosotros, en la medida en que hoy exista, mejor representado en la jurisprudencia de algunas altas magistraturas que en la del jurista litigante. Sin embargo, en cualquier caso, es manifiesto que el recurso consistente en presentar la supuesta normalidad jurisdiccional como el falso reino del “caso fácil” (incluso facilísimo), que es lo que haría posible la regular intervención meramente declarativa de un juez como el de Requejo Pagés, tiene muchos más inconvenientes que ventajas a la hora de propiciar una efectiva, inteligente y necesaria sujeción del mismo a la ley, que es de lo que idealmente se trata.

Esto, no porque no existan casos sencillos, sino porque los mecanismos de difusión de la dificultad son lo bastante sutiles e imprevisibles como para que esta no sea fácilmente identificable. Menos al primer golpe de vista, pues puede emerger en cualquier supuesto y en virtud de datos y circunstancias relacionados con una pluralidad de variables, relativas tanto a la lectura constitucional de la ley sustantiva como procesal como, muy en particular, a la fijación de los hechos a partir de los datos del cuadro probatorio y a su integración en la previsión normativa.

Por eso, cuando se hace una abstracción voluntarista de tales particularidades, el asunto que ocupa el análisis no se aborda con la imprescindible adherencia a la realidad en el modo de aproximación a la naturaleza de la actividad. Se contribuye, más bien, con el falseamiento de esta. Además, a la difusión de un modelo de juez nada inusual y, a juicio del investigador, el más peligroso, a saber, el que opera desde una falsa conciencia de los perfiles reales del propio rol y del mismo ordenamiento que aplica.

---

<sup>89</sup> **Aguiló Regla, Josep.** Teoría general de las fuentes del derecho (y del origen jurídico). Editorial Ariel. Barcelona. 2000. P. 103.

La insistencia burda o más elaborada en la apología del paradigma exegético y en una cierta trivialización de las dificultades que hoy entraña el ejercicio de la jurisdicción (que suele ir acompañado del tratamiento ingenuo o la marginación de la cuestión de hecho), lleva directamente a la promoción de actitudes judiciales irresponsables, presididas por el uso irreflexivo. Ello, por inconsciente de la discrecionalidad inevitable.

## **2. Los casos complejos**

Esto hace referencia a los casos complejos y al carácter de los casos sometidos a la consideración judicial, los cuales deberán ser resueltos mediante la aplicación de enunciados normativos y supuestos de hecho que han de fijarse previamente en sus términos. Todo esto en un proceso contradictorio. Al respecto, se toma la connotación de fácil o difícil no solo en el estricto sentido de Hart, asociado a la indeterminación semántica de la regla a la inexistencia de consenso acerca de su campo de aplicación, sino también en otro más general, y con la pretensión de poner de manifiesto que la operación o conjunto de operaciones implicadas en la actividad –nunca meramente declarativa y tampoco puramente creativa– de decir jurisdiccionalmente el derecho, presenta siempre un cierto grado de complejidad.

Esta, además, en la perspectiva del juez o tribunal de instancia, las más de las veces, tiene que ver, no tanto con la adecuada inteligencia del referente legal en sí mismo (sobre el que no faltarán orientaciones o pautas derivadas de propio contexto normativo y otras doctrinales y jurisprudenciales), como con su relación con el supuesto fáctico. Afirmar que los hechos están allí tranquilamente por su cuenta esperando nuestro conocimiento fáctico, es un modo ingenuo de expresarse, que oculta muchas complicaciones epistemológicas.

En este sentido, la clase de lectura del texto legal que aquí se trata es la que Ferrajoli<sup>90</sup> ha descrito –por oposición a la de naturaleza “doctrinal”– como “interpretación

---

<sup>90</sup> Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. *Op cit.* P. 55.

operativa”, que “tiene por objeto, más que las normas, las concretas experiencias jurídicas”. Esto, ya que “la norma jurídica y la experiencia prevista por ella no son entrañables una de la otra, sino que, por el contrario, se dan conectadas por una relación semántica”, de manera que “no hay un hecho y una norma en espera de ser unidos por un acto de calificación de hecho o de aplicación de la ley”.

Es en el manejo de esa relación singular donde anida el principal ingrediente de natural dificultad del trabajo del juez-intérprete, el cual se expresa en un doble riesgo de desviación. Desviación jurisdiccional, por un lado, es decir, en el tratamiento de la *questio facti*, con tradición en el forzamiento de algunos elementos de esta y sin respetar su sustantividad y su autonomía relativa con el fin de hacerla encajar en la previsión típica. O desviación, por otro lado, en la comprensión de esta, para hacer entrar en ella un supuesto que, en rigor, no tendría cabida.

Para tratar de conjurar el primero de estos riesgos, Ferrajoli postula la asunción del hecho como “objeto primario y privilegiado de conocimiento, y no en segmentos fragmentados y arrancados de su contexto [...] sino en la totalidad de sus relaciones y de sus singulares determinaciones”<sup>91</sup>. De modo que el criterio de la relevancia jurídica –pues si el hecho tiene interés para la jurisdicción es porque interesa al derecho– actúe, en su momento, desde fuera y como filtro de acceso, pero no a modo de una suerte de plantilla o pie forzado en la reconstrucción de aquel. En este punto es fundamental que, por decirlo de algún modo, en el curso de la inducción probatoria el operador racional se imponga al jurista, obviamente complementándolo, porque en ese desdoblamiento metódico sin nada de esquizoide cada uno tiene su papel a la hora de elaborar un discurso rigurosamente argumentado. Además, presidido por la observancia intelectualmente honesta del deber de motivar en sus lados vertientes del caso.

En lo que respecta al segundo de los riesgos considerados, se debe partir de la conciencia de esa cierta indeterminación de los enunciados normativos, pero que no suele ser una indeterminación esencial del género de la afirmada por los exponentes del

---

<sup>91</sup> Ferrajoli, Luigi. Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial. En: Ibáñez, Perfecto Andrés. Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional. *Op cit.* P. 292.

movimiento *Critical Legal Studies* (movimiento surgido del realismo americano), que no es que no pudiera darse en algunos casos.

La normal indeterminación de aquellos es, pues, relativa, como lo acredita el hecho de que, tanto en las decisiones judiciales, como en los dictámenes de los juristas, aun moviéndose siempre en un marco más o menos elástico de opciones interpretativas posibles, en un significativo porcentaje de los supuestos, son racionalmente predecibles con un estimable grado de aproximación. Tanto que en la contemplación de estos y de su posible desenlace en la experiencia jurisdiccional es habitual que se formulen pronósticos con fundamento en el “punto de vista legal”, tomado como una variable susceptible de consideración y de valoración intersubjetiva. Y así tiene que ser, pues, de otro modo el derecho sería en exclusiva lo decidido potestativamente en cada ocasión por el intérprete de turno.

En definitiva, el hecho de que la norma aplicable constituya más bien el resultado que el objeto de la interpretación judicial no se traduce en que la subsunción sea el fruto de una invención. En presencia de un texto legal dotado de un razonable rigor semántico, manifiesta Ferrajoli<sup>92</sup>, contando con una correspondencia empírica entre los usos lingüísticos de juez y los del legislador, podrá hablarse de la verdad o falsedad jurídica de un ejercicio de subsunción, en virtud de un juicio desde luego opinable.

Al respecto, hay que tener en cuenta que la aplicación judicial de la ley se produce regularmente en el contexto de una cultura jurídica, a saber, de una Constitución material, de un cuadro de valores compartidos y dentro del juego de un sistema de instancias. Es decir, con la consiguiente decantación de algunas líneas jurisprudenciales de referencia.

### **3. El marco jurisprudencial**

Una aproximación macroscópica a la función institucional de decir el derecho pone de manifiesto su naturaleza coral. Ello, dado que, objetivamente considerada, se practica

---

<sup>92</sup> Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. *Op cit.* P. 78.

a muchas voces y todos los que contribuyen a la realización de esa tarea, sea cual fuere el lugar que ocupan en la geografía de la institución judicial, interactúan y se relacionan dialécticamente, de manera que el producto final es necesariamente cooperativo.

Por eso debe reinterpretarse críticamente el tópico de que la obtención de este corresponde en exclusiva al ámbito judicial. Por una parte, porque, por lo general, es la primera instancia donde se fijan definitivamente, con la mayor frecuencia, los supuestos de hecho, predeterminando en gran medida su tratamiento final subespecie *iuris*. Y por la otra, porque, visto el asunto bajo este segundo punto de vista, tampoco podría sostenerse que el mayor y mejor grado de conocimiento y, por lo tanto, de calidad de las aportaciones, esté siempre y por definición en la cúspide del sistema de instancias. A esta última, en todo caso, no corresponde la parte más difícil del ámbito jurisdiccional.

Ninguna de estas afirmaciones le resta importancia a la función nomofiláctica, ciertamente importante, de los tribunales de casación. Tiene, desde luego, la importancia que resulta del hecho de que deciden en último término, por lo general, en las causas. También la causa pedagógica esencial de la posibilidad de proponer al más amplio auditorio, dotando a las sentencias de razón, una forma ejemplar de abordar y resolver con racionalidad las cuestiones jurídicamente más significativas. Y de hacerlo con criterios que, además, siempre que esto suceda, gozarán de universal aceptación. Incluso, hasta el punto de operar *de facto* como un verdadero precedente vinculante (aunque no vinculante, por lo menos para el caso de Guatemala en materia penal) con la ventaja inobjetable de serlo por razón de ser la casación un recurso extraordinario.

También es notoria la tradicional incidencia en el sistema de recursos de un fenómeno histórico en lo jurisprudencial, herencia del sistema napoleónico, el cual admite la siguiente formulación, a mayor superioridad jerárquica del tribunal, mayor legitimidad en el uso de la discrecionalidad, con menos carga de justificación. Este es lugar común, por fortuna constitucionalmente inadmisibles, pero que se ha resistido su abandono hasta el día de hoy.

Según el artículo 254 de la Constitución Política de la República los funcionarios públicos (y ello incluye a los jueces) están sometidos al imperio de la ley, esto es, a las normas de carácter general procedentes de los órganos políticos y representativos habilitados para dictarlas. Asimismo, si la sumisión ha de ser tal y, además, única, es claro que no podrá resultar interferida por precepto alguno igualmente vinculante procedente de otra autoridad.

Como observa Ferrajoli “los precedentes jurisprudenciales tienen, ciertamente, una notable capacidad de influencia en la jurisdicción. Pero es esencial no confundir prestigio con autoridad, fuerza persuasiva con fuerza autoritativa. Solamente la ley es fuente de derecho, según el clásico vocablo *autoritas non veritas facit legem*. En cambio, la fuerza vinculante de los precedentes se funda solo en el prestigio sustancial, y no en alguna autoridad formal como la que compete al poder legislativo”<sup>93</sup>.

En Guatemala, sin embargo, la llamada jurisprudencia (doctrina legal), solo existe en materia de amparo y de casación civil, pues el Código Procesal Penal vigente no contempla la doctrina legal en materia de casación, lo cual es una lástima, porque entonces, las sentencias de casación penal no pueden reclamarse como vinculantes en los procesos concretos.

En Guatemala, entonces, los precedentes en materia de casación penal tienen el valor de argumentos persuasivos, pero no el valor de leyes. Valen por su sustancia y no por la forma o el órgano que los produce.

Cuando se habla de la aplicación judicial de la ley, con frecuencia se olvida o deja de lado el hecho de que esta actividad se cifra en una relación de aplicador-intérprete con un texto que no se da en soledad, sino en el contexto jurisdiccional ya aludido. Esto quiere decir que aquel, normalmente, podrá contar con un marco de referencias generado de forma colectiva en la práctica judicial y, además, que su decisión deberá someterse al

---

<sup>93</sup> Ferrajoli, Luigi. La democracia a través de los derechos. Editorial Trotta. Madrid. 2014. P. 130.

régimen de recursos previsto en la ley. Todo esto da lugar a la entrada en juego de relevantes factores de corrección a posibles imprevisiones y excesos.

#### 4. La función del legislador

El adecuado tratamiento judicial de la *quaestio iuris* –como resulta obvio–, precisa de un antecedente imprescindible, el cual incumbe exclusivamente al legislador. En efecto, difícilmente podría el juez atender al imperativo de legalidad estricta allí donde aquel no hubiera dispuesto la regulación de conductas, legislando oportunamente y con rigor técnico en la formación del lenguaje legal.

Esto último, en el campo de la legislación penal sustantiva, consiste en “el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados verdaderos de los hechos procesalmente comprobados”<sup>94</sup>.

En Guatemala, la política legislativa en el ámbito penal posee muchas deficiencias. Junto a muchas omisiones en materia legislativa penal se dan intervenciones apresuradas y compulsivas. Sobre todo, marcadas por una unilateralidad que confiere a no pocas medidas un marchamo abiertamente ideológico. Es decir, una connotación de partido que, consecuentemente, lo es también de provisionalidad.

Además, por no hablar de la trivialización, pérdida de respeto a la legislación por parte del propio legislador cuando al tipificar delitos, especialmente los nuevos delitos, la mayor parte impuestos por la voluntad de la llamada comunidad internacional, redacta los tipos penales de manera tan indeterminada que prácticamente cualquier conducta, por irrelevante que parezca, encuadraría en el supuesto de hecho de tales normas penales.

---

<sup>94</sup> Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. *Op cit.* P. 378.

Vacío de legislación en materias fundamentales e inflación legislativa al mismo tiempo, creciente complejidad en el sistema de fuentes (casi todas las nuevas leyes contienen nuevos delitos, con el gastado argumento de dotarlas de dientes, para, según el legislador, asegurar su obediencia). Asimismo, con un falta de rigor en el lenguaje jurídico (pues se utiliza lenguaje coloquial en su redacción). Estas leyes están condenadas a la provisionalidad por la unilateralidad del respaldo parlamentario y, cada vez con mayor frecuencia, constituyen leyes-medida. Es decir, verdaderos actos de gobierno presididos por el coyunturalismo emanados del legislativo.

Estos elementos contribuyen a configurar un “sistema jurídico que se diría poblado de fantasmas, que de ley tienen solo la apariencia, pero no el cuerpo, la sustancia”, como expresa Michele Ainis. Además, el autor realiza el siguiente diagnóstico: “En suma la ley está gravemente enferma. Más aún, esta enfermedad ha puesto en crisis la relación entre las instituciones y los ciudadanos, alimentando un sentimiento de desafección y de repulsa a todo lo que es público, de todos”<sup>95</sup>.

Semejante estado de cosas es profundamente desestabilizador visto desde la perspectiva del juez. Esto, ya que esa legislación emergente suele estar en franca contradicción con la línea de principios que emana de constituciones republicanas y democráticas. Por lo tanto, se da lugar a marcos legales de un perfil esquizoide, inevitable fuente de inseguridad jurídica, en cuanto dilatan de una forma extraordinaria el campo de la interpretación y, con ello, “la creciente participación del juez en la creación de la ley”<sup>96</sup>.

## 5. El juez, ¿no crea derecho?

El juez carece de legitimación constitucional y de habilitación legal para emanar normas jurídicas de carácter general. Su función, dicho con Ferrajoli<sup>97</sup>, es la propia de una institución “de garantías”. Es decir, la constatación de actos relevantes para el

---

<sup>95</sup> **Michele Ainis. En: Ibáñez, Perfecto Andrés.** Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional. *Op cit.* P. 298.

<sup>96</sup> **Pizzorno, Ana.** El poder de los jueces. En: **Ibáñez, Perfecto Andrés.** Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional. *Op cit.* P. 298.

<sup>97</sup> **Ferrajoli, Luigi.** Derecho y razón. *Op cit.* P. 253.

derecho y de calificación de los mismos respecto este, así como de derivación de las consecuencias jurídicas también previstas por el ordenamiento en relación con ellos y para sus autores. En tal sentido, su actividad, la jurisdiccional, no es, pues, fuente de derecho.

Por lo tanto, en rigor formal, no crea derecho, sino que opera a partir del que ya existe (siempre en mayor o menor medida *in fieri*), al cual debe ajustar su proceder y sus decisiones como intérprete y aplicador, concentrándolo al mismo tiempo para el caso.

Por tal motivo hay que afirmar que el juez, quiera o no, está constreñido a moverse en un contexto de referencias normativas que están lejos de darle el trabajo hecho. Esto sería así, incluso en el mejor de los supuestos, contando con la mejor de las leyes o con la ley ideal.

Pues, en todo caso, la visión del legislador, como escribe Bin, será la propia del que “ve las cosas de lejos, con el grado de definición de quien sobrevuela una floresta”<sup>98</sup>. Por ello, hay que dar la razón a Ricoeur cuando afirma que “ningún caso se limita a ser la ejemplificación de una regla”<sup>99</sup>.

Por lo tanto (y respecto a la *quaestio iuris*), no haría falta afirmar que hoy, respecto a la forma de operar de la instancia parlamentaria en realidades como la guatemalteca, tan ajena a este paradigma, el margen de maniobra del juez puede llegar a ser enorme, incluso a su pesar.

Además, por lo menos en Guatemala, el marco en el que se mueve en tanto que intérprete-aplicador –integrado por disposiciones, de distintos niveles y procedencias, no siempre coherentes, actuando sobre una realidad convulsa– será fluido y, con ello, variable en su poder de constricción, esto es, en la intensidad de la sujeción a la ley de la potestad decisonal.

---

<sup>98</sup> Bin, R. A discreción del juez. En: **Ibáñez, Perfecto Andrés**. Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional. *Op cit.* P. 302.

<sup>99</sup> Ricoeur, Paul. Lo justo. Editorial Trotta. Madrid. 2008. P. 185.

En este sentido, Montaigne escribió que “es la palabra mitad del que habla y mitad del que escucha”<sup>100</sup>. Esta apreciación, aunque no de forma mecánica en lo relativo al grado de implicación en la cotitularidad –que variará según la calidad de la intervención del autor del texto–, es perfectamente susceptible de trasladarse a nuestro terreno. Aunque con la relevante particularidad de que aquí la relación se complica debido a que la lectura no se agota en sí misma y no es cosa de dos, sino que a ella contribuyen también otros interesados o destinatarios finales. Estos se implican en una situación por lo general conflictiva, en cuyo ámbito personal y de intereses producirá importantes consecuencias.

Respecto a la situación anterior, normalmente enfrentados acerca del sentido de la disposición legal que les concierne, el juez interviene con dicha disposición como instrumento y en la calidad de mediador. Por lo tanto, con una finalidad que es práctica, y que, por ello, incidirá de forma inevitable en la inteligencia del texto (que significa y dice, siempre y solo, en un contexto), imponiendo la consideración de factores pragmáticos que no podrán dejar de influir en esa atribución de sentido, sobre determinándola de algún modo.

Así sucede que, como subraya Cerri<sup>101</sup>, la misma fijación de “los perfiles de jurídica relevancia del hecho concreto” son el resultado de una búsqueda inevitablemente selectiva, presidida siempre por “alguna orientación” que podría estar mal dada por el legislador.

“Franco Cordero se ha referido al juez como ‘el obstetra *par excellence*, cuyas lecturas constituyen *res iudicata*’, o lo que es lo mismo, se traducen en una norma particular hasta ese momento *non nata* como tal, y entre cuyas determinaciones se cuentan, pues, los datos del caso”<sup>102</sup>. Estos, ya se ha dicho, nunca llegan a las manos de aquel como un producto final, es decir, acabado, sino que él mismo debe implicarse

---

<sup>100</sup> De Montaigne, Michel Eyquem. *Op cit.* P. 225.

<sup>101</sup> Cerri, A. La independencia del poder judicial. En: Ibáñez, Perfecto Andrés. Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional. P. 303.

<sup>102</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. *Op cit.* P. 303.

activamente en su elaboración, operando en una perspectiva ya jurídicamente encaminada, en cuya elección le cabe también el protagonismo que aquí se señala.

La actividad jurisdiccional se desarrolla en dos planos estrechamente interconectados. Cada uno de estos caracterizado por un estimable factor de indeterminación, el cual, en esa doble vertiente, grava la situación sobre la que se debe decidir. Asimismo, se concreta en la prestación de una actividad sin cuya mediación, en el supuesto justiciable, la ley sería inoperante, puesto que precisa inexcusablemente de la intervención de un operador, a saber, el juez, quien deberá poner algo (con frecuencia, bastante) que, en rigor, no está ni dado en el material probatorio ni previsto fotográficamente en la ley.

En ninguno de los dos planos en los que se mueve el quehacer jurisdiccional, pero, desde luego, no en el caso de la aplicación judicial de la ley (al que, especialmente se refieren estas consideraciones), ese poner algo propio en un contexto connotado por un grado de indeterminación tiene que ver con el punto de vista kelseniano. Aquel en el cual “la producción de la norma individual en el proceso de ejecución de la ley [...] es una función volitiva”, o la opción por una “entre las posibilidades ofrecidas por la norma [...] un problema de [...] política del derecho”, o la del juez una interpretación “auténtica”<sup>103</sup>.

Es más, allí donde el *modus operandi* de un juez siguiese este canon, en un ordenamiento como el nuestro, más que de un acto de aplicación tendría que hablarse de una actuación prevaricadora. Con los márgenes que la relativa indeterminación semántica de los enunciados legales abre a la función del intérprete-aplicador y aun con otras posibles indeterminaciones a las que se ha aludido, lo cierto es que aquel está constreñido a moverse en el marco de referencias normativas preestablecidas. Es decir, según pautas o criterios de lectura consagrados en la práctica científica y jurisdiccional a los que también se ha hecho alusión, y hacerlo –esto es particularmente importante– de forma racionalmente argumentada.

---

<sup>103</sup> **Kelsen, Hans.** Teoría pura del derecho. Editorial Porrúa. México. 2009. P. 354.

Se trata de esa discrecionalidad subordinada de carácter supletorio o suplementario, distinta de la del legislador, y estrechamente ligada a la interpretación de la que habló Betti<sup>104</sup>. Al final, como resultado de una actividad esencialmente cognoscitiva y desarrollada a través de un articulado proceso discursivo y con un sustento de razones, se plasmará –en el momento propiamente decisonal– en una conclusión opinable (lo propio de las alcanzables, fuera del campo de la lógica y de la matemática, con los recursos de las ciencias sociales). Así, a diferencia del juez sobre el que tópicamente discurre la teoría del derecho, el que ejerce jurisdicción en la práctica, sabe que puede ser y normalmente será cuestionado en sus fallos, revisables generalmente en otra instancia.

Así las cosas, es claro que el modo de operar judicial no responde a lo denotado por el verbo “crear” en la primera acepción del diccionario (“producir algo de la nada”). No obstante, sí a una de las concreciones de la segunda acepción, a saber, “establecer [...] por primera vez una cosa”. Ello, si bien se parte, no la nada, sino de algunos datos o elementos preexistentes para llegar a un resultado que, como tal, previamente no estaba dado y siempre podría haber sido otro. Por lo tanto, no la nada, pero desde luego, tampoco con todo dado en el punto de partida del trabajo jurisdiccional.

Al respecto, Atienza<sup>105</sup> manifiesta que interpretar el derecho (y más si se trata de aplicarlo) implica “una producción de normas que antes no existían (o no existían explícitamente)”. Es decir, como tales y, “en este sentido, es obvio que los jueces crean derecho”, por más que esta sea “una creación peculiar” y circunscrita en los “intersticios” de Cardozo<sup>106</sup>. Se diría, pues, no creación en sentido jurídico-formal o fuerte, pero si en un papel creativo. Y es que, en la perspectiva del caso, jurídicamente hablando, hay un antes y un después de la sentencia. Además, aunque su eficacia sea formalmente *inter partes*, como subraya Agiló Reglá, en tanto que “nueva norma [...] junto con los criterios

---

<sup>104</sup> **Betti, Emilio**. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975. P. 175.

<sup>105</sup> **Atienza, Manuel**. Dos versiones del constitucionalismo. Editorial Doxa. España. 2011. P. 82.

<sup>106</sup> **Cardozo, Benjamín N.** La naturaleza de la función judicial. Editorial Arayú. Buenos Aires. 1955. P. 90.

utilizados para justificarla”, ingresa de algún modo en el acervo del derecho objetivo con efectos, por pequeños que sean, de alcance normativo”<sup>107</sup>.

Genaro Carrió<sup>108</sup>, en un texto de referencia obligada en esta materia, demostró que el debate aparentemente orientado a elucidar si en el ámbito de la interpretación “los jueces crean derecho”, giraba en realidad en torno a qué es lo que estos “deberían hacer”. Es decir, como siguen haciéndolo en gran medida. Ello, pesar de que, a estas alturas, ningún jurista sin telarañas (voluntarias o involuntarias) en los ojos puede desconocer los auténticos perfiles de la imprescindible mediación jurisdiccional y la calidad y amplitud de los márgenes (irrenunciables) con que opera. Ello, en los dos planos en los que tópicamente se articula.

Por último, vale la pena señalar que, a partir de esta evidencia fácil de constatar, la ideológica preocupación de formalista ha cedido campo a la ocupación activa en la forma de cómo dotar al juez de una conciencia lúcida acerca de la auténtica naturaleza del ordenamiento que aplica, así como del propio rol y bagaje cultural y técnico preciso para ejercerlo con el imprescindible rigor constitucional.

---

<sup>107</sup> **Aguiló Regla, Josep.** *Op. cit.* P. 112.

<sup>108</sup> **Carrió, Genaro.** *Notas sobre derecho y lenguaje.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1990. P. 110.

## Capítulo VI

### La cesura del debate en la actualidad jurídica del país

#### 1. Importancia de la práctica de la cesura del debate

En la segunda fase del debate, al haber sido individualizada judicialmente la pena, se debe tener como objetivo discutir las circunstancias relacionadas a los móviles del delito, el daño causado con relación a su extensión o intensidad, así como las circunstancias atenuantes y agravantes. Esto, dado que la doctrina indica que “es sumamente importante discutir en este caso los fines o los resultados que se esperan con la aplicación de la sanción, teoría que debe postularse según la constitución y las normas aplicables para la obtención de una postulación racional de la sanción penal”<sup>109</sup>.

Además de lo citado o requerido por el artículo 65 del Código Penal guatemalteco, es también necesario discutir y probar las circunstancias relacionadas a la peligrosidad del imputado, esto según lo regulado en el artículo 87 del Código Penal. También es menester hacer un estudio profundo sobre los antecedentes del autor y de la víctima, así como la relación entre los mismos. Asimismo, la determinación de la peligrosidad del imputado es sumamente relevante ya que los miembros del tribunal pueden analizar y concluir cuál puede ser la sanción idónea para la rehabilitación del imputado y cuál puede ser la pena de mayor utilidad para la reparación digna de la víctima, incluyendo la retribución para la sociedad. En este sentido, es importante señalar que la pena tiene un fin compensatorio para la aclaración y la readaptación en la sociedad del imputado como un individuo útil.

---

<sup>109</sup> **Juárez Elías, Erick.** El procedimiento penal –una aproximación pragmática- Guatemala. Ediciones Jurídicas. 2005. P. 152.

No obstante, al no utilizar la institución de la división del debate, la determinación de la pena es únicamente consecuencia de la conducta del individuo ante el hecho delictivo, así como para demostrar si este es culpable o no. Es a través de la valoración de la prueba presentada por el Ministerio Público al tribunal de sentencia que se puede considerar que la prueba brindada por la defensa se hace de forma generalizada, situación que pone en situación de desventaja y limita el derecho de defensa del acusado.

De esta cuenta se vuelve a recalcar la importancia de gestionar y utilizar la división del debate, ya que en un caso particular puede que la defensa tenga muchos documentos que ilustren aspectos positivos de la conducta del sindicado. Por ejemplo, certificados de estudios, diplomas, constancias de trabajo, cartas de recomendación, etc., pero que estos en su momento no sean aceptados por los miembros del tribunal o no se les dé el valor necesario, ya que se le da mayor importancia a la prueba aportada por el Ministerio Público para demostrar la culpabilidad de una persona. Por otro lado, los documentos que en su momento fueron aportados por la defensa son considerados de menor relevancia por su escaso aporte a la responsabilidad del hecho que se discute.

## **2. Mecanismo para poder diligenciar la segunda parte de audiencia del debate respecto a la cesura**

El Código Procesal Penal guatemalteco no indica de manera clara como debe celebrarse esta segunda audiencia, únicamente se limita a indicar que su objeto es la determinación de la pena o medida de seguridad a aplicarse y que se proseguirá conforme a las normas comunes. Ello, desde el ofrecimiento de prueba en adelante.

Sin embargo, la forma de llevar a cabo esta audiencia debe regirse por las mismas reglas que son utilizadas en la primera audiencia para determinar la culpabilidad dentro del debate. En este sentido, sus principales etapas las siguientes.

- Generalidades previas. Al día siguiente de haberse dado a conocer a las partes la decisión de culpabilidad del imputado, el tribunal de sentencia se presentará a la sala correspondiente junto a las demás partes procesales, esto con el objeto de

llevar a cabo la audiencia de debate y para obtener información y la opinión de las partes involucradas sobre la pena a imponer.

- Diligenciamiento de los órganos de prueba. Al ser la etapa principal o el espíritu normativo de la institución de la cesura, busca dar a conocer y exponer para su diligenciamiento y que se incorporen al proceso las pruebas y elementos de convicción necesarios para fundar la adecuada imposición de una pena. Esto, con fundamento en lo regulado en el artículo 65 del Código Penal.
- Declaración del condenado. Después del diligenciamiento e incorporación de la prueba, el juez presidente concederá la palabra al condenado para que este manifieste toda circunstancia que le pueda favorecer. Asimismo, de las implicaciones y repercusiones en su proyecto de vida al atender en su momento la solicitud que pueda realizar la parte contraria. Es sumamente necesario el escuchar la declaración del condenado porque la decisión que el tribunal le afectará.
- Discusión final. Dentro de esta etapa de la cesura se puede decir que nos encontramos en el pináculo del resguardo de los principios de defensa y presunción de inocencia del condenado y en el límite del poder castigador del Estado a través del *ius puniendi*. Ello, toda vez que demarca las penas a su racionalidad, finalidad y necesidad, todo esto producto de su discusión, análisis y comprobación

También es importante explicar que dentro de esta etapa en la audiencia se puede dar una réplica. Esta consiste en que, durante el diligenciamiento de esa segunda audiencia, las partes, en este caso la defensa técnica y el Ministerio Público, tienen el derecho de rebatir los argumentos de la parte contraria que se consideren perjudiciales a los intereses de su representación. Esto con la finalidad de convencer a los miembros del tribunal.

- **Deliberación.** En esta parte el presidente del tribunal de sentencia o, en su defecto, el juez unipersonal, declarará cerrada la audiencia de debate y procederá a deliberar en forma secreta. Como ya fue indicado, se tomará en cuenta lo expuesto por cada una de las partes. Posteriormente, los miembros del tribunal determinarán la naturaleza de la sanción a exponer, su respectiva extensión o cuantía y, por último, los miembros del tribunal regresarán a la sala de audiencias y darán a conocer a las partes de una manera clara, precisa y con debido fundamento, la pena que van a imponer al condenado. Además, señalarán la extensión, forma, lugar y modo, así como las condiciones de su cumplimiento y el control jurisdiccional que debe regir al mismo.
- **Beneficios que pueda tener el imputado.** Luego de la deliberación por parte de los miembros del tribunal, se le otorgará la palabra al abogado defensor para que se manifieste sobre la aplicación de algún sustituto penal, a saber, el perdón judicial o la suspensión condicional de la pena. Asimismo, se le dará la oportunidad de expresar al representante del Ministerio Público sobre lo argumentado por la defensa del condenado.

Más adelante el juez presidente decidirá si concede el beneficio solicitado o, por el contrario, ordenará la ejecución de la pena. En su última fase, al haber sido conocida la decisión del tribunal, se dará por juzgada la causa.

### **3. Beneficios para el imputado al aplicar la cesura del debate**

#### **3.1. Optimiza la creación de un derecho penal de acto y no de autor**

Como ya fue indicado en la primera parte del debate, la discusión tratará sobre el acto que se le atribuye al acusado y si este pudo haber realizado la acción que se describe en la acusación presentada por el Ministerio Público y su correcta calificación jurídica. Por lo tanto, en esa primera parte ya no se deberá discutir la pena del autor, sino únicamente sobre los hechos atribuidos a su persona.

### **3.2. La prevalencia de los principios de inocencia y defensa**

Se puede partir del presupuesto constitucional de que se garantiza a las personas el derecho a defensa de los señalamientos hechos en su contra y ofrecer los medios para poder aclarar esa situación. Existe dentro de nuestro proceso la garantía del contradictorio para poder debatir los argumentos que se hayan hecho en contra.

La defensa como una garantía y principio constitucional tiene inmersa la necesidad de un contenido muy sólido para su desarrollo y, en ese sentido, se puede indicar que a la persona que sea acusada de una conducta delictiva le debe ser permitido el derecho de contradecir los argumentos en su contra y presentar todos los medios de prueba que le permitan ejercer su defensa. Es importante indicar que, con base en el principio de libertad probatoria, puede incorporarse al proceso penal cualquier medio de prueba.

Aplicando esto a la institución de la cesura del debate, esta modalidad garantiza la debida y adecuada defensa al acusado. Ello, al permitir en cada fase la incorporación de medios de prueba para utilizar en cada etapa del debate. La finalidad de esto es la determinación correcta y justa de la sanción a imponerle.

En esta etapa se debe otorgar la debida importancia a la implementación de una correcta pena, ya que en este caso no sería una decisión secundaria que tomaría el tribunal para deliberar la respectiva sentencia, sino un momento de reflexión para las partes procesales.

### **3.3. Valor de la pena como mecanismo de prevención social**

Como se ha explicado, la determinación de la pena en la cesura del debate es un mecanismo que no ha sido puntualizado con claridad. Además, este no tiene un momento amplio dentro de nuestro proceso penal. Esta situación puede ser considerada como un elemento negativo que provoca la desvalorización que tiene dicha institución para el procesado, pues, finalmente, la imposición de la pena es lo que influye y daña los derechos del acusado.

Por esta razón, respecto a la privación de ciertos derechos, se sabe que a través de este mecanismo se materializa la prevención especial, la cual pretende que el penado no continúe realizando hechos y actos delictivos en el futuro. También es sabido que una de las finalidades de la pena dentro del derecho penal es prevenir que se vuelva a cometer un hecho delictivo por el cual se ha condenado a una persona. Por otro lado, también tiene la finalidad de la rehabilitación y la readaptación del condenado, conceptos que carecerían de validez si no se ponen en práctica, por lo que se les debe dar vida con una debida y justa imposición de una pena, la cual debe tener como característica esencial su necesidad, proporcionalidad y equidad.

Por este motivo se debe graduar la necesidad de la pena y es necesario determinar correctamente cuanta necesidad tenga el penado para lograr reformarse y lograr su rehabilitación para readaptarse a la sociedad. En este contexto se puede concluir que la determinación de la pena es una etapa muy importante dentro del proceso penal. Asimismo, de esa forma se le debe brindar atención y la debida importancia que esta etapa merece en tanto mecanismo efectivo para controlar y regular el poder punitivo del Estado. Además, para que este no se exceda y cause un mayor daño a la persona condenada.

#### **4. Aspectos positivos al implementar la cesura del debate**

Esta institución, como ya fue ampliamente indicado, es un mecanismo idóneo para el debido control y cálculo correcto de la pena. Al ser puesta en práctica constituye un principio fundamental en nuestro sistema judicial que ha evolucionado en sustento de las garantías de los derechos humanos. En este caso, para que la persona sea condenada justa y democráticamente.

De lo contrario no se cumpliría con los presupuestos fundamentales del sistema de garantías del juicio. Ello, en virtud de que el imputado no tiene voz ni mecanismos para limitar el poder punitivo del Estado al emitir una condena en su contra, ya que a través de la vía común y al dilucidar la situación jurídica del imputado en una única

audiencia de debate, en estas instancias no se reconoce el derecho o facultad del imputado de exigir y justificar la pena que se le fuera a imponer. En consecuencia, únicamente es suficiente establecer dentro de un debate su culpabilidad inmediata y de manera frívola fijar la pena sin mayor discusión.

En este sentido, la división o cesura del debate es el mecanismo procesal idóneo para darle el valor que merece durante procedimiento para la determinación justa de la pena. De esa forma se considera dicho procedimiento dentro del proceso penal como una de las garantías más importantes para que el imputado pueda protegerse de un excesivo uso del poder punitivo del Estado. Por lo tanto, la cesura del debate debería formar parte obligatoria de la etapa procesal del debate, la cual, de faltar, no estaría completa. Como consecuencia de esto, su no aplicación haría inválido el juicio y la propia sanción.

Dicha sanción, en una condena de aplicada de manera subjetiva, no tiene una justificación. Solamente se justifica su imposición en los casos concretos, de esa forma se puede indicar su trascendencia para legitimar su imposición, mas no su existencia. Así, mientras más se discuta una pena a imponer, se reduce en un alto grado la arbitrariedad que pueda estar inmersa dentro de la sanción.

Por lo tanto, la función limitadora del poder punitivo del Estado que se puede ejercer a través de la cesura del debate, la hace necesaria dentro de todos los juicios. Ello, no como un derecho o facultad del imputado que está limitado al no ser conocedor del derecho. Sobre todo, porque esta institución tampoco es invocada por la dirección técnica del condenado.

## **5. Elementos por los cuales no se utiliza la cesura del debate**

Es cierto que las ciencias jurídicas son excesivamente amplias, lo cual ha desencadenado que los profesionales se especialicen y ejerzan sus funciones en ramas específicas. Ello ha dado lugar a que a pesar de dicha especialización dentro de la rama del derecho penal, aún no se logren el dominar, entender e interpretar todos los

mecanismos que pueden ser de beneficio para las partes dentro del proceso penal. Prueba de eso es que dentro de la práctica tribunalicia no se utiliza en lo más mínimo la institución de la cesura del debate. Por esta razón la parte acusada pierde la ventajas de la aplicación debida de dicha institución procesal.

Si bien es cierto esta es una institución procesal que debe ser promovida por la defensa del condenado, no se cierra la posibilidad que también el Ministerio Público con base en el principio de objetividad que debe regir sus funciones pueda, en su momento, requerir su aplicación. Ello, aclarando que, por el principio de imparcialidad de los jueces y miembros del tribunal, estos no pueden requerir de la misma.

También hay que considerar que las partes procesales tienen un rechazo hacía los mecanismos que en su momento puedan prolongar más las audiencias de un debate. Esto debido al desgaste mental que se puede tener al diligenciar la audiencia después de una exhaustiva primera etapa para determinar la culpabilidad de una persona.

Asimismo, hay que tomar en cuenta la ínfima práctica de esta institución procesal. Por lo tanto, ante su escasa o casi nula diligencia, no es muy común que sea conocida por las personas que asisten constantemente a participar en audiencias de debate, lo que también justifica su falta de utilización.

## **6. Circunstancias negativas de la no utilización de la cesura del debate**

Al no aprovechar esta institución para poder regular y controlar el poder punitivo del Estado sobre una persona que ha sido condenada, se está consintiendo dicho abuso desmedido en perjuicio de la integridad de una persona. Esto, pese a existir una condena, no desestima el hecho de que sigue existiendo una persona que debe ser tratada con la consideración debida.

Es sumamente importante indicar que la realización del juicio en una única etapa de debate pone en situación de riesgo el principio de defensa del condenado, ya que, al no poder diligenciar los elementos de convicción necesarios para la determinación de la

pena, hace que su imposición pueda ser injusta o perjudicial para su condición como ser humano. Con esto, excederse en los mecanismos para su rehabilitación. Se debe considerar, pues, que el sistema penitenciario guatemalteco debido a sus debilidades institucionales, no es la institución acorde para cuidar la integridad de las personas, menos aún rehabilitar a una persona que cumple una condena.

Asimismo, por desgracia, la imposición de una pena es malinterpretada por la población en general, quienes desconocen las finalidades del proceso penal y piensan que este es un mecanismo de venganza estatal. Por ello, aunque las personas agraviadas hayan sido reparadas dignamente, estas no comparten los mecanismos para sustituir las penas privativas de libertad, por lo que no importando la magnitud del delito cometido, sea leve o de mayor gravedad, las personas agraviadas siempre solicitan la aplicación de penas privativas de libertad.

## Conclusión

La idea central, es decir, la que subyace en los argumentos de los defensores de la institución de la cesura del debate, es la de que, con la inclusión de tal institución en los ordenamientos jurídicos de los Estados iberoamericanos, incluyendo nuestro ordenamiento procesal, se lograría la imposición de una pena justa al imputado. Sin embargo, no se discute que sea una pena más justa, porque la justicia no es cuestión cuantitativa ni relativa. Dado que las proposiciones valorativas tienen el carácter de absolutas en la estimativa jurídica, no puede hablarse de justicia relativa ni de más o de menos justicia.

A tal argumento se opone la cuestión de si efectivamente la institución de la cesura del debate tendría como efecto la imposición de una condena justa para el imputado. En este sentido, la afirmación de que no se debería discutir la imposición de la pena en la primera fase de los debates censurados o divididos, se basa en la idea de que los medios que prueben la conducta anterior y las condiciones personales, familiares, sociales, etc., pueden influir negativamente en el tribunal y, por tanto, en la declaratoria de culpabilidad. Esta no necesariamente es una afirmación positiva, pues no puede demostrarse en la práctica procesal que su resultado sea tal. Ello, en virtud de que la utilización de la cesura del debate, por lo menos en Guatemala, es escasa, lo que no permite tener suficientes datos empíricos para compararlos con los resultados de los debates únicos o no censurados.

De esa cuenta se ha dado una explicación del desarrollo del debate y la institución de la cesura en los Estados Unidos de América, así como en la doctrina aplicada y algunos problemas que se han encontrado al implementar la misma.

Por otro lado, el argumento puede resultar contraproducente cuando el imputado efectivamente ha tenido una conducta ejemplar antes del juicio. Ya que es verdad que algunas personas han cometido delitos que pueden considerarse graves sin tener

antecedentes de conductas peligrosas ni delictuosas. Si el tribunal desconoce tales circunstancias, ello impediría tomar en cuenta su buena o ejemplar conducta al momento de decidir sobre la culpabilidad.

Solo a través de un estudio empírico que provea de suficiente información, es decir, de datos concretos que permitieran comparar los resultados obtenidos de debates únicos y de debates censurados respecto a la determinación de la pena, podría llegarse a alguna conclusión sobre tales datos. Esto, sin perjuicio de que tal conclusión sea discutible, porque todos los casos penales son distintos y ofrecen distintas circunstancias, actores, modos y formas de acceder a la realidad o de tomar decisiones.

En el caso guatemalteco, el artículo 22 de la Constitución Política de la República establece que los antecedentes penales no son causa para la restricción de derechos constitucionales y ordinarios. Las únicas excepciones a esta regla son aquellas limitaciones establecidas por la ley o provenientes de sentencia firme por el plazo que esta determine.

La recepción de la institución de la cesura del debate –que viene de una cultura jurídica muy distinta, tanto en sus instituciones sustantivas como procesales–, no ha tenido el grado de aceptación que sus causantes esperaban en los sistemas iberoamericanos. Ello lo demuestra no solo su escasa regulación, sino su exigua utilización en los ordenamientos de Iberoamérica en los que se ha positivizado tal institución. Por otro lado, el hecho de que el procedimiento de cesura del juicio sea el utilizado en el juicio por jurados del sistema del *common law*, en ningún momento asegura que sería más beneficioso en el sistema romano-canónico, ya que se trata de culturas jurídicas diferentes.

Los juristas prácticos, es decir, los abogados litigantes en el ámbito penal, tampoco hacen uso regular de la institución de la cesura del debate. El Ministerio Público tampoco solicita la cesura con regularidad. La explicación de esta escasa utilización por parte de los facultados legalmente a hacerlo puede basarse en dos situaciones. a) No encuentran evidentes u objetivas las bondades jurídicas que se pregonan de la institución. 2) La

escasa regulación de la institución, por lo menos en Guatemala, hace que los juristas desconfíen de su utilización, ya que le otorgaría al juez o tribunal un poder discrecional bastante amplio. Por lo tanto, consideran tal situación no solo peligrosa, sino de alto riesgo para los resultados de su trabajo.

Por ello es sumamente importante que, desde la academia, se profundicen y enseñen adecuadamente estas instituciones para su correcta comprensión. Asimismo, es necesario sensibilizar a jueces y abogados litigantes para que se implemente más la cesura del debate.

Por otro lado, las formas procesales en ningún momento aseguran la justicia de la decisión judicial. Esto lo demuestran de forma abundante los hechos. Si bien la finalidad de las formas del proceso está encaminada a garantizar derechos fundamentales, ello no asegura ni que un inocente sea siempre absuelto, ni que un culpable sea siempre condenado.

En todos los países se dictan sentencias erróneas, y tales errores, generalmente, son inevitables, ya que dependen de seres humanos. El esmero en la comprobación de los hechos es esencial para garantizar el acierto del fallo. La reconstrucción de un hecho del pasado equivale a su interpretación, a la que se llega partiendo de hipótesis que a lo largo del proceso se van precisando y modificando.

La interpretación de las disposiciones normativas apegadas a su texto y no asignándoles significaciones distintas también es un elemento de suma importancia en la justicia penal.

En todo juicio siempre hay una dosis de prejuicio y de subjetividad. En el proceso penal estas distorsiones, que pueden ser involuntarias, se agravan. El objeto de la indagación tiene una carga emocional a la que es difícil sustraerse. Sin odio ni afecto es la máxima a la que deberían supeditarse los tribunales como garantía de que se conducirán con rectitud e imparcialidad.

## Bibliografía

### Libros de texto

AGUILÓ REGLA, Josep. **Teoría general de las fuentes del derecho (y del origen jurídico)**. Editorial Ariel. Barcelona. 2000.

ÁLVAREZ, Javier, T. **El nuevo Código Procesal Penal de la nación: los cambios y los principales desafíos que se avecinan**. Editorial Microjuris. Buenos Aires. 2014.

ARES, José Luis. **El juicio por jurados en materia criminal. Marco constitucional. Ventajas y desventajas del sistema**. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 1996.

ATIENZA, Manuel. **Dos versiones del constitucionalismo**. Editorial Doxa. España. 2011.

BAILÓN BALDOMINOS, Rosalio. **Derecho procesal penal a través de preguntas y respuestas**. Editorial Jurisprudencial Limusa C. México. 2002.

BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. **Derecho procesal penal**. Editorial McGraw-Hill. México. 2001.

BARRIENTOS PELLECCER, César Crisóstomo. **El proceso penal en Guatemala**. Editorial Magna Terra. Guatemala. 1995.

BETTI, Emilio. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975.

BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Editorial Ad-Hoc. Argentina. 1999.

BLACK, Henry Cambell. **Black's law dictionary**. West Publishing Co. Minnessota. 1990.

BORJA, Osorno Guillermo. **Derecho procesal penal**. Editorial Cajica. México. 1999.

- BOVINO, Alberto. **Problemas de derecho procesal penal contemporáneo**. Editores del Puerto. Argentina. 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Medición de la pena y proceso penal**. Ediciones DePalma. Buenos Aires. 1995.
- CAFFERATA NORES, José. **Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la nación**. Ediciones De Palma. Argentina. 1992.
- CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Editorial Bibliográfica. Argentina. 1961.
- CAPPELETTI, Mauro. **Obras. La justicia constitucional**. Editorial Porrúa. México. 2014.
- CARDOZO, Benjamín N. **La naturaleza de la función judicial**. Editorial Arayú. Buenos Aires. 1955.
- CARRARA, Francesco. **El antiguo procedimiento penal de Lucca**. Editorial Temis. Bogotá. 1976.
- CARRIÓ, Alejandro. **El enjuiciamiento en la Argentina y en los Estados Unidos**. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1990.
- CLARIA OLMEDO, J. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo I. Editorial Ediar S.A. Argentina. 1960.
- CREMADES, Bernardo M. **Discovery en el arbitraje transnacional**. Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. No. 12. México. 2002
- CREUS, Carlos. **Derecho procesal penal**. Editorial Astrea. Argentina. 2013.
- DALL'ANESE, Francisco. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**. Editorial Revista de Derecho Privado. España. 1999.
- DE LA OLIVA, Andrés. **Derecho procesal penal**. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2004.

- DE MONTAIGNE, Michel Eyquem. **Ensayos**. Tomo III. Casa Editorial Garnier Hermanos. Paris. 1920.
- DE PINA VARA, Rafael. **Diccionario de derecho**. Editorial Porrúa. México. 1984
- DÖHRING, Erich. **La prueba**. Valletta Ediciones. Buenos Aires. 2007.
- EDMONDS, David J. & EIDINOW, John A. **El atizador de Wittgenstein. Una jugada incompleta**. Editorial Península. Barcelona. 2001.
- FAIREN, Víctor. **Doctrina general del derecho procesal**. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Editorial Trotta. Madrid. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. Editorial Trotta. Madrid. 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Teoría del garantismo penal**. Editorial Trotta. Madrid. 2011.
- FILANGIERI, Gaetano. **Ciencia de la legislación**. Instituto de Estudios Legislativos del Congreso del Estado de México. 2000.
- FLORIAN, Eugenio. **Elementos del derecho procesal penal**. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1934.
- FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Editorial Gedisa. Barcelona. 1980.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1999.
- GIMENO, Vicente. **Lecciones de derecho procesal penal**. Editorial Colex, S.A. Madrid. 2001.
- GINZBURG, Carlo. **Indicios. Raíces de un paradigma de inferencias indiciales**. Editorial Gedisa. Barcelona. 2008.

- GIRÓN PALLES, José Gustavo. **División del debate para discusión de la pena como estándar para un modelo de derecho penal garantista.** Tesis doctoral. Guatemala, julio de 2012.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestiofacti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción.** Palestra Editores. Lima. 2005.
- GUASTINI, Riccardo. **Las fuentes del derecho.** Raquel Ediciones. Lima. 2015.
- HASSEMER, Windfried. **Fundamentos del derecho penal.** Editorial Bosch. Barcelona. 1984.
- HEGLAND, Kenney F. **Manual de prácticas y técnicas procesales.** Editorial Heliasta. Argentina. 1995.
- HEMPEL, Carl. G. **Filosofía de la ciencia natural.** Editorial Alianza. Madrid. 1973.
- HERRARTE LEMUS, Alberto. **Apuntes de derecho procesal penal guatemalteco.** Editorial Serviprensa. Guatemala. 2003.
- HOLMES, Oliver Wendell. **Los votos discrepantes del juez.** Editorial Iustel. Madrid. 2010.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Justicia penal, derechos y garantías.** Palestra Editores. Lima. 2007.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional.** Editorial Trotta. Madrid. 2015.
- ILLUMINATI, G. **La presunción de inocencia.** Editorial Bosch. Barcelona. 1979.
- J. SARRULLE, Oscar Emilio. **Dogmática de la culpabilidad.** Editorial Universidad. Buenos Aires. 2001.
- JEROLD Israel & WAYNE LaFave. **Criminal procedure.** West Publishing Co. Minnesota. 1973.

- KELSEN, Hans. **La teoría pura del derecho** (edición de 1960). Editorial Porrúa. México. 2013.
- LÓPEZ M., Mario R. **La práctica procesal penal en el procedimiento preparatorio**. Tercera Edición. Ediciones y Servicios Librería e Imprenta. Guatemala. 1997.
- LORCA, Antonio. **Derecho procesal penal**. Editorial Tecnos. Madrid. 1988.
- MAIER, Julio B.T. **Derecho procesal penal argentino**. Editores del Puerto. Argentina. 2002
- MAIER, Julio. **La cesura del juicio penal. Doctrina penal**. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1984.
- MALDONADO, Guillermo. **Manual del derecho procesal penal**. Editorial Colex, S.A. Madrid. 1993.
- MINISTERIO PÚBLICO, Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Universidad de San Carlos de Guatemala, Centro de Apoyo al Estado de Derecho y USAID. **Manual de técnicas para el debate**. Guatemala, mayo 1999.
- MINISTERIO PÚBLICO. **Manual del fiscal**. Segunda edición, Ministerio Público. Guatemala. 2001.
- MURENA, M. **Tratado sobre las obligaciones del juez**. Editorial Alianza. Madrid. 1975.
- PAGANO, Mario. **Principios del Código Civil**. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2002.
- PAR USEN, José Mynor. **Derecho procesal penal. El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**. Segunda edición. Editorial Serviprensa. Guatemala. 2001.
- PESSOA, Fernando. **El libro del desasosiego**. Círculo de Lectores. Barcelona. 1989.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la Ilustración**. Palestra Editores. Lima. 2007.

- PUIG BRUTAU, José. **La jurisprudencia como fuente del derecho**. Editorial Bosch. Barcelona. 1951.
- REQUEJO PAGUÉS, Juan Luis. **Jurisdicción e independencia judicial**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.
- RICOEUR, Paul. **Lo justo**. Editorial Trotta. Madrid. 2008.
- RIVERA, Julio César. **Arbitraje comercial internacional y doméstico**. Editorial Lexis Nexis. Argentina. 2007
- ROTHSTEIN, Paul. **Evidence, state and federal rules**. West Publishing Co. Minnesota. 1981.
- ROXIN, Claus. **Introducción al derecho penal y procesal penal**. Editorial Ariel. Barcelona. 1989.
- SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús & LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, Epifanio. **Compendio de derecho procesal civil y penal**. Editorial Santillana. Madrid. 1968.
- SARTI, Raúl Figueroa. **Código Procesal Penal, concordado y notado con la jurisprudencia constitucional, incluye exposición de motivos por César Barrientos Pellecer**. Quinta edición. F&G Editores. Guatemala. 2009.
- SARTI, Raúl Figueroa. **Código Penal, concordado y anotado con la exposición de motivos y la jurisprudencia constitucional y de la corte suprema de justicia**. Sexta edición. F&G Editores. Guatemala. 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. J.M. Bosch Editor. España. 2002.
- TARELLO, Giovanni. **Cultura jurídica y política del derecho**. Editorial Comares. España. 2003.
- TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley**. Palestra Editores. Lima. 2013.

TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Editorial Fontamara. México. 2011.

UNIDAD DE CAPACITACIÓN INSTITUCIONAL. **Manual del juez**. Guatemala. 11 de octubre del 2000.

VALENZUELA, Wilfredo. **Lecciones de derecho procesal penal**. Tomo I. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1993.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge. **El proceso penal. Teoría y práctica**. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1986.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Ediciones Lerner. Colombia. 1969.

VERRI, Prieto. **Sobre la interpretación de las leyes**. Editorial Bosch. Barcelona.

ZÁRATE, José Humberto, MARTÍNEZ GARCÍA, Ponciano Octavio & RÍOS RUIZ, Alma de Los Ángeles. **Sistemas jurídicos contemporáneos**. Editorial McGraw-Hill. México. 1987.

#### **Legislación:**

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

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

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

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

Naciones Unidas, **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, año 1948.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, **Convención Americana sobre Derechos Humanos** "Pacto de San José", año 1969.