

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

**LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA UNA MANIFESTACIÓN DE LA
POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO Y LA DOBLE
PERSECUCIÓN PENAL EN SU APLICACIÓN**

JULIO ALEXANDER GONZÁLEZ GÜILL

GUATEMALA, MARZO DE 2006.

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

**LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA UNA MANIFESTACIÓN DE LA
POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO Y LA DOBLE
PERSECUCIÓN PENAL EN SU APLICACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

JULIO ALEXANDER GONZÁLEZ GÜILL

Previo a conferírsele al grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2006.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. David Sentes Luna
Vocal: Licda. Aura Marina Chan Contreras
Secretario: Lic. Raúl Antonio Chicas Hernández

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal: Lic. Julio César Quiroa Higueros
Secretario: Lic. Adrián Antonio Miranda Pallez

RAZÓN:

“Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



LICENCIADO EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA

3era. Avenida 13-62 zona 1, Guatemala, Ciudad.

Teléfono: 22327936

Guatemala, 02 de Septiembre de 2005



Señor Decano

Licenciado Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Decano:

Atentamente, me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que conforme resolución me notificó oportunamente, se me nombró como ASESOR DE TESIS del Bachiller JULIO ALEXANDER GONZÁLEZ GÜILL, quien elaboró el trabajo de tesis intitulada: "LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA UNA MANIFESTACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO Y LA DOBLE PERSECUCIÓN PENAL EN SU APLICACIÓN".

El trabajo realizado por el Bachiller en cuestión, es importante por cuanto analiza un tema de mucha vigencia en el momento actual y de mucho beneficio para nuestra legislación en materia penal.

Al trabajo en mención, se le hicieron ciertas modificaciones, que a mi criterio eran convenientes, las cuales fueron atendidas e incorporadas al referido trabajo.

En consecuencia, EMITO DICTAMEN FAVORABLE, pues a mi juicio, el trabajo cumple con los requisitos establecidos en las normas contenidas en el reglamento respectivo, por lo que considero deberá continuarse con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted, deferentemente,

LIC. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
COLEGIADO 6220
ASESOR DE TESIS

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, veintiocho de septiembre del año dos mil cinco.-----

Atentamente, pase a la **LICDA. EMMA GRACIELA SALAZAR CASTILLO**, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante **JULIO ALEXANDER GONZÁLEZ GÜILL**, Intitulado: **"LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA UNA MANIFESTACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO Y LA DOBLE PERSECUCIÓN PENAL EN SU APLICACIÓN"** y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente. -

MIAE/slh



Bufete Jurídico

Licenciada Emma Graciela Salazar Castillo

Tel. 5611-2266

Guatemala 8 de diciembre de 2005.



Señor Decano

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos De Guatemala

Su Despacho.


Honorable Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida por ese Decanato con fecha veintiocho de septiembre de dos mil cinco, procedí a REVISAR el trabajo de tesis del estudiante: JULIO ALEXANDER GONZÁLEZ GÜILL intitulado: "LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA UNA MANIFESTACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO Y LA DOBLE PERSECUCIÓN PENAL EN SU APLICACIÓN".

Para el efecto me permito manifestar que el sustentante realizó las modificaciones y correcciones adecuadas en relación al caso, aceptando y aplicando las sugerencias por lo cual me permito emitir el presente Dictamen Favorable, para el examen público respectivo, puesto que llena los requisitos exigidos para este.

Sin otro particular me suscribo del Señor Decano, con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,


Licda. Emma Graciela Salazar Castillo
Abogada y Notaria (1)
Colegiada 3814

Emma Graciela Salazar Castillo
Abogada y Notario

11 calle 7-35 Zona 1, Edificio Lido, 4to nivel, oficina 403

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, nueve de marzo de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante **JULIO ALEXANDER GONZÁLEZ GÜLL**, titulado **LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA UNA MANIFESTACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO Y LA DOBLE PERSECUCIÓN PENAL EN SU APLICACIÓN**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MIAZ/sllh



DEDICATORIA

A DIOS:

Por protegerme, guiarme y permitirme llegar a este punto de mi vida.

A MIS PADRES:

Julio González y María Elizabeth de González, por su sacrificio, por su apoyo incondicional y el amor que siempre me han demostrado.

A MIS HERMANOS:

Jimmy Alfredo y Mynor Anibal, por su apoyo, compañía y comprensión.

A LOS LICENCIADOS:

Edgar Castillo, Emma Salazar y Gustavo Bonilla, por compartir sus conocimientos y ayuda.

A MIS AMIGOS:

A ustedes que han estado conmigo en todo este tiempo y que con su amistad y ayuda han hecho este camino más fácil.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La acusación en el proceso penal guatemalteco.....	1
1.1. Acusación principal.....	1
1.1.1. Definición.....	1
1.1.2. Momento procesal y objeto de la acusación principal.....	2
1.1.3. Contenido de la acusación principal.....	3
1.1.4. Naturaleza jurídica.....	3
1.2. Acusación alternativa.....	4
1.2.1. Definición.....	5
1.2.2. Momento procesal y objeto de la acusación alternativa.....	5
1.2.3. Contenido de la acusación alternativa.....	6
1.2.4. Naturaleza jurídica.....	7

CAPÍTULO II

2. El derecho de defensa y la garantía de única persecución.....	9
2.1. El derecho de defensa.....	9
2.1.1. Declaración del imputado.....	10
2.1.2. Defensa técnica.....	11
2.1.3. Conocimiento de la imputación.....	12
2.1.4. La intervención en la etapa preparatoria, procedimiento intermedio y posibilidad de aportar pruebas en el juicio.....	13
2.1.5. Derecho a impugnar resoluciones judiciales.....	14
2.1.6. Idioma.....	16
2.2. El respeto a la garantía de única persecución penal.....	17
2.2.1. Límites del Estado para el ejercicio de la persecución penal.....	18

	Pág.
2.2.2. Ne bis in idem.....	18
 CAPÍTULO III 	
3. La política criminal.....	21
3.1. Elementos básicos de la política criminal.....	21
3.1.1. Poder y sistema penal.....	21
3.1.2. Política criminal.....	22
3.2. El conflicto como enfoque político criminal.....	24
3.2.1. Fenómeno y conflicto.....	24
3.2.2. Fenómeno criminal.....	25
3.2.3. El conflicto.....	26
3.2.4. Delito y conflicto.....	27
3.2.5. El conflicto penal y su respuesta estatal.....	28
 CAPÍTULO IV 	
4. Violación a la garantía de única persecución en la practica de la acusación alternativa.....	31
4.1. Aplicabilidad de la acusación principal.....	31
4.2. Aplicabilidad de la acusación alternativa.....	32
4.3. La investigación deficiente como fuente de la acusación alternativa.....	33
4.4. Acusación alternativa como medio a la violación del derecho de defensa y a la garantía de única persecución.....	34
4.5. La acusación principal integrada a los elementos del delito, garantía de una investigación eficiente.....	37
4.6. La innecesariedad de la acusación alternativa en los sistemas penales modernos.....	39
CONCLUSIONES.....	43
RECOMENDACIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	47

(i)

INTRODUCCIÓN

Al plantearse una acusación, deberá ser fundada, lo que no significa haberse probado el hecho, ya que significaría la distorsión del sistema procesal; la acusación en sí, es un complemento de la solicitud de apertura a juicio por una razón y contra una persona determinada, no contra un posible hecho ni contra una probable persona y contiene una promesa, que deberá tener fundamento, de que el hecho será probado en juicio y no una promesa a tratar de probar un hecho o en su defecto alternativamente otro que se derive del principal.

Como parte de la Política Criminal establecida en el proceso penal guatemalteco, el fiscal del Ministerio Público acusa, pero no ofrece ninguna prueba o presenta prueba notoriamente insuficiente, inútil o impertinente que a su vez es aceptada por el juez, esa acusación carecerá de fundamento y tendrá un vicio sustancial, ya que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a requisitos de fondo necesarios para que sea admisible esa acusación, pero a su vez presenta una acusación alternativa, que no solamente provoca gastos innecesarios al sistema de justicia, sino promueve una política criminal de presunción de culpabilidad y por ende de indefensión, al juzgar al acusado principalmente por un delito y sentenciándolo como alternativa, por otro.

En la averiguación de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho punible, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal incluyendo en la misma todas y cada una de las posibilidades punibles que puedan desprenderse de la actividad delictiva como forma principal, el Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que el Código Procesal Penal le asigna, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales.

(ii)

La acusación se establece como un mecanismo de publicidad en el proceso penal que garantiza transparencia y congruencia frente a la sentencia, lo que garantiza una efectiva defensa ante la imputación y el respeto a una política criminal garante de un debido proceso; y como parte de este tipo de políticas el Estado debe estimar necesario que la concreción de la acción penal pública la realice el fiscal, imputando a una o varias personas la comisión de un hecho señalado como delito en forma única, basándose en el material probatorio recabado durante la investigación y suponiendo un convencimiento firme por parte del Ministerio Público de la participación del autor en el hecho delictivo, respetando el derecho de defensa en base a un debido proceso y a la hipótesis determinada en la acusación y no en esperas de una sentencia basada en hechos alternativos;

Es necesario recalcar que la eficacia de la investigación realizada en el procedimiento preparatorio se reflejará en el tipo de acto conclusivo que plantee el Ministerio Público y en los frutos de éstos, siendo el caso de la acusación que establece el Artículo 324 y 332 Bis del Código Procesal Penal, que debe formularse con la petición de apertura a juicio, cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado lo que contempla la necesidad de estos aspectos la eficiencia y la eficacia en la actividad investigativa, que de no contemplarse correctamente carecerá de fundamento y por lo tanto tendrá un vicio sustancial, ya que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a requisitos de fondo necesarios para que sea admisible esa acusación violando así un debido proceso y perdiendo su carácter de garante de la presunción de inocencia manifestada a través de la defensa de sus derechos.

CAPÍTULO I

1. La acusación en el proceso penal guatemalteco

1.1. Acusación principal

El sistema penal guatemalteco, se caracteriza por ser un sistema acusatorio, que se basa principalmente en una investigación criminal, que se espera sea eficiente y con un objetivo principal, la protección del bien común por parte del Estado a través de mecanismos coercitivos, encaminados a resguardar bienes jurídicos fundamentales; el proceso penal se orienta en base a estos mecanismos que hacen necesaria la división en etapas del mismo; cada una de ellas, con un objeto principal, que permite al Estado realizar en mejor forma su actividad administrativa de justicia, y cumplir con los fines del proceso penal sin violentar en éste derechos inherentes a la persona aplicando una política criminal generalizada.

1.1.1. Definición

Con el planteamiento de la acusación, se presupone su fundamentación en base a las circunstancias de cargo realizadas, en contra del procesado, lo que no significa haberse probado el hecho, ya que significaría la distorsión del sistema procesal; la acusación, en sí es un complemento de la solicitud de apertura a juicio contra una persona y por una razón determinada.

La eficacia de la investigación realizada en el procedimiento preparatorio se apreciará en el tipo de acto conclusivo que planteé el Ministerio Público, siendo el caso de

la acusación, que según los Artículos 324 y 332 bis del Código Procesal Penal, con la petición de apertura a juicio se formulará la acusación; cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, requiriendo para el efecto por escrito al juez contralor la decisión de apertura del juicio.

La acusación, es la concreción del ejercicio de la acción penal pública, de la cual es encargado el Ministerio Público; en esta se acusa a una persona o varias por la comisión de un hecho delictivo de conformidad con los elementos de convicción recavados durante el procedimiento preparatorio, suponiendo un convencimiento por parte del órgano acusador de que éste es el autor del mismo.

1.1.2. Momento procesal y objeto de la acusación principal

Con la acusación, una vez presentada ante el juez de primera instancia, se remitirán las actuaciones y medios de investigación materiales que tenga en su poder el Ministerio Público, para que éstos ayuden al juez a realizar su evaluación y se determine si existe o no fundamento serio para someter a juicio oral y público al acusado, permitiendo para el caso, que si en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que fundan su calificación jurídica principal, podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta, a través de una acusación alternativa a la principal, es preciso, como lo menciona el autor Raúl Figueroa Sarti, que “la acusación del Ministerio Público no necesita ser exhaustiva, pero sí fundada; pueden ser presentadas nuevas pruebas en la etapa de preparación del juicio oral e incluso en el debate, siempre que se respete el principio de contradicción y el derecho de defensa”; asimismo, “para presentar la acusación se requiere que se haya dado la oportunidad al imputado de declarar, sustentarla en fundamentos de hecho y de derecho; en medios de investigación pertinentes y útiles que determinen la existencia del hecho y de importancia para la aplicación de la ley penal y que se trate de delitos de acción penal pública o de instancia

particular transformados en públicos por la denuncia o la querrela y que la acción pública no se haya extinguido”¹.

1.1.3. Contenido de la acusación principal

Como lo regula el Artículo 332 bis del Código Procesal Penal, el escrito de acusación debe contener los datos que sirvan para realizar la identificación o individualización del imputado, el nombre del defensor, así como el lugar para notificarles; la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible atribuido al acusado junto con su calificación jurídica; los fundamentos resumidos a la imputación, expresando los medios de investigación realizados y que ayuden a determinar la participación del imputado en el delito y el grado de responsabilidad; la calificación jurídica del hecho punible, individualizando los delitos y cada uno de los acusados, su participación, grado de ejecución y la existencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal, así mismo indicará cual será el tribunal competente para la realización del juicio.

1.1.4. Naturaleza jurídica

La acusación, se establece como un mecanismo de publicidad en el proceso penal, que garantiza transparencia y congruencia frente a la sentencia, y permite una efectiva defensa ante la imputación y el respeto a una política criminal garante de un debido proceso y única persecución penal; y como parte de este tipo de políticas, el Estado debe estimar necesario que la concreción de la acción penal pública la realice el Fiscal, imputando a una o varias personas la comisión de un hecho señalado como delito en forma única, basándose en el material probatorio recabado durante la

¹ FIGUEROA Sarti, Raúl, **Código Procesal Penal, concordado y anotado con la jurisprudencia constitucional**, pág. 24.

investigación y suponiendo un convencimiento firme por parte del Fiscal del Ministerio Público de la participación del autor en el hecho delictivo, respetando el derecho de defensa, en base a un debido proceso y a la hipótesis determinada en la acusación y no en espera de una sentencia basada en hechos alternativos, que provocan doble persecución penal.

1.2. Acusación alternativa

Establece el Código Procesal Penal en su Artículo 333, la posibilidad que juntamente con la acusación principal se presente una acusación alternativa; se determina a la acusación como “una función del Ministerio Público de la cual está a cargo en aquellos delitos de los que nace la acción pública de oficio o dependiente de instancia particular, de un órgano público que es éste mismo, complementado en su caso, por el particularmente ofendido por el ilícito y que se constituye en querellante. La actuación del Ministerio Público es obligatoria y oficial, la del querellante adhesivo es voluntaria y particular”², esto según Moras Mom.

Maier, propone como un remedio la *acusación alternativa o subsidiaria*. Consiste en que "el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuales las subsidiarias o alternativas. Agrega que una acusación construida de esta forma permite la contestación defensiva, la prueba y la decisión: se observa claramente como ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa"³.

² MORAS Mon, Jorge R., **Manual de derecho procesal penal**, pág. 337.

³ MAIER, J., **Derecho procesal penal**, pág. 574.

1.2.1. Definición

La acusación alternativa, como un instrumento procesal utilizado en forma correcta, es un recurso que apunta a preservar el ejercicio de la defensa en casos en que exista la posibilidad de varias hipótesis acusatorias; por ejemplo, en casos de concurso de leyes o en figuras que admitan dolo o culpa. La acusación alternativa implica que el acusador deberá desarrollar todas las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser confrontadas por la defensa, sin perjuicio de que en su escrito señale, cuál es la tesis principal y cuál será la subsidiaria o alternativa. Esta posibilidad, se encuentra contemplada expresamente por el Artículo 333 del Código Procesal Penal.

En la práctica, se revela que cuando en alguna acusación principal se incorpora un apartado denominado “acusación alternativa”, éste se reduce a que:

- El Fiscal debe hacer la acusación alternativa e indicar la tipificación que solicita, o
- Exista una reserva de modificar esas calificaciones en un momento procesal futuro.

1.2.2. Momento procesal y objeto de la acusación alternativa

Juntamente con la acusación principal debe presentarse la acusación alternativa, según lo establecido en el Artículo 333 del Código Procesal Penal; se determina a la acusación como una función del Ministerio Público de la cual está a cargo en aquellos delitos de los que nace la acción pública de oficio o dependiente de instancia privada, función complementada en su caso, por el particularmente ofendido por el ilícito y que

se constituye en querellante. La actuación del Ministerio Público es obligatoria y oficial, la del querellante adhesivo es voluntaria y particular.

1.2.3. Contenido de la acusación alternativa

La acusación alternativa resulta de una variante del proceso que determina la punibilidad a toda costa; la novena publicación del veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, de la Gaceta de Justicia de la Corte de Constitucionalidad indica que, “vale advertir que el derecho a la tutela judicial y el ejercicio de la defensa jurídica de la persona deben hacerse de conformidad con las normas procesales establecidas y que por su naturaleza son de orden público, las cuales deben observarse uniformemente, tanto por la necesidad de hacer viables los principios de seguridad y certeza, como también para hacer efectiva la igualdad de las personas, dado que unas y otras, se verían seriamente menoscabadas si no existiera un criterio interpretativo general, que las aplicara para todos los súbditos de la ley, es claro que coherencia no significa inmovilidad jurisprudencial, pero en el caso que haya giros a ésta, la misma debe motivarse o razonarse suficientemente”⁴.

Según Maier, es necesario que para una correcta aplicación del principio de determinación alternativa se debe de cumplir con los siguientes requisitos, si no se cumple con ésta homologación será inviable imponer la readecuación del tipo:

- Homogeneidad del bien jurídico;
- Inmutabilidad de los hechos y las pruebas;
- Preservación del derecho de defensa;

⁴ ESCUELA de Verano del Poder Judicial, **Seminario especializado de derecho procesal penal: principios procesales y debido proceso**, pág. 2.

- Coherencia entre los elementos fácticos y normativos al momento de realizar la adecuación del tipo;
- El delito por el que se va a condenar no debe ser más grave que el originalmente propuesto por la acusación fiscal; y
- Respeto a los principios de legalidad penal, de instrucción y de verdad material

1.2.4. Naturaleza jurídica

En base al principio acusatorio, que establece que no puede existir el juicio sin que se establezca una acusación en el proceso penal guatemalteco para garantizar la imparcialidad de la actividad jurisdiccional, por que requiere que exista una imputación debidamente formulada y fundamentada para la fijación del objeto del juicio con lo que determinará cuales serán los límites, en base al principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, para la promulgación de la misma, estableciendo además la posibilidad de la presentación de una acusación alternativa, a la principal; conteniendo la obligación de la participación de un tribunal que conozca en la etapa de juicio, el cual no haya participado en la fase preparatoria del proceso.

Las leyes internas protegen a la persona humana, aún si ésta se encuentra sujeta a proceso penal, “la defensa de la persona y sus derechos son inviolables” establece la Constitución en el Artículo 12 y el Artículo 20 del Código Procesal Penal, Jorge Mario Castillo González, en sus comentarios a la Constitución, menciona, “constitucionalmente el derecho de defensa es inviolable. Su violación produce la nulidad absoluta. La condena o la privación debe ser precedida del deber de advertir e invitar a la persona a que se

defienda”⁵, esto además, se regula en el Artículo 11 bis del Código Procesal Penal, que establece que “...toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa...”.

⁵ CASTILLO González, Jorge Mario, **Constitución Política de la República de Guatemala, comentada**, pág. 24.

CAPÍTULO II

2. El derecho de defensa y la garantía de única persecución

2.1. El derecho de defensa

Genéricamente, la Constitución indica en su Artículo 12, "la defensa de la persona y sus derechos son inviolables". A su vez, el Código Procesal Penal, en el Artículo 20, prescribe al respecto que: "La defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el proceso penal. Nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente, en el que se haya observado las formalidades y garantías de ley".

Con el objeto de permitir la implementación de mecanismos que permitan la incursión de nuevas formas de desarrollar correctamente el derecho de defensa dentro del procedimiento penal, el Código Procesal Penal, otorga al imputado la facultad de hacer valer sus derechos por sí mismo o por medio de defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra; a tal grado, se contempla esta garantía, que para el imputado es un derecho inviolable, y para el Estado, una obligación.

Es tal la importancia de la defensa dentro del desarrollo del proceso, que su ausencia significa la nulidad de este. Y bajo tal concepto es concebida la garantía dentro del proceso penal guatemalteco actual, pues puede ejercerse el derecho en todos los actos del procedimiento.

2.1.1. Declaración del imputado

El Código Procesal Penal contempla la libertad de declaración del sindicado, como parte del derecho de defensa, incluso el Artículo 15, la recoge como una garantía procesal básica: "Declaración libre. El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...".

Al momento de la declaración del sindicado, con el objeto de hacer efectivo el derecho de defensa, la ley ordena, entre otras cosas: comunicar al sindicado, con detalle, el hecho que se le atribuye; y advertir de su derecho a proveerse de defensor e incluso del derecho a no declarar. En este acto pueden dirigir preguntas el Ministerio Público, el defensor, el juez, el querellante adhesivo y el actor civil, los dos últimos si estuvieren presentes y siempre y cuando se cuente con el consentimiento del imputado.

No puede de forma alguna, viciarse o inducirse la declaración del sindicado en perjuicio de sí mismo; las preguntas que se le dirijan, deben ser claras y precisas. Se deduce del capítulo II, sección segunda, del Código Procesal Penal, que el acto de la declaración del sindicado, se constituye no sólo en una forma de adquirir información para la preparación del juicio, sino principalmente en una forma de proteger el derecho de defensa del imputado. Tal disposición se contrapone a la legislación anterior, en que la declaración del sindicado constituía el medio de investigación más importante, pues la sola confesión bastaba para declarar la culpabilidad del perseguido.

Lo anterior daba como resultado que la actividad del juez instructor, tratara dentro de la investigación, de conseguir las confesiones de los sindicados, en las que, realmente se basaban las sentencias, menoscabando así el uso y el resultado de los otros medios de la investigación.

Por supuesto, esta deformación significó, en gran número de casos, fallos arbitrarios, o bien, fallos que alimentaban la impunidad.

2.1.2. Defensa técnica

Nuestra ley ordinaria, contiene en lo relativo al derecho de defensa, dos formas de ejercerla: la defensa por sí mismo y la defensa técnica. La primera se permite solo en el caso de que el imputado lo desee y no se perjudique con ello los resultados que pueda conseguir una defensa técnica. La defensa técnica debe ser ejercida por abogado. El imputado puede elegir al defensor de su predilección, o bien el juez debe nombrarle uno de oficio, con el objeto de garantizar la defensa técnica, cuando por cualquier circunstancia no pueda proveerse de uno, e incluso puede nombrarlo en contra de la voluntad del imputado, según se regula en los Artículos 92 y 93 del Código Procesal Penal; pero, aún gozando de abogado defensor, el imputado está facultado para formular solicitudes y observaciones.

Se estipula que el defensor debe atender a las disposiciones de su defendido, pero que en el ejercicio de su cargo actuará bajo su responsabilidad. El Artículo 101 del Código Procesal Penal, se constituye en la regla que protege el derecho específico del imputado y el buen ejercicio de la defensa técnica; dicha norma faculta a defensor e imputado a pedir, proponer o intervenir en el proceso con las limitaciones que la ley señala.

Un paso importante en la nueva legislación consiste en que se prohíbe, al defensor, el descubrir circunstancias adversas al defendido, en cualquier forma que las haya conocido. Con ello termina la idea de que el defensor es, en cierta forma, un auxiliar del juez, y se aclara que su función consiste en velar por los intereses de su defendido y sobre todo por un debido proceso.

2.1.2. Conocimiento de la imputación

El derecho de defensa lleva implícito el derecho del imputado a conocer la información del hecho que se le atribuye y a expresarse libremente sobre este. Sobre el derecho a conocer la información, puede decirse, parafraseando a Julio Maier, que para poder defenderse es necesario conocer la existencia de algo de qué defenderse.

En el Código Procesal Penal la imputación necesariamente juega su papel fundamental en momentos procesales claves para el ejercicio de una defensa efectiva.

El primero lo constituye la declaración del sindicado. Con respecto a ella, la ley ordena, en el Artículo 81, lo siguiente: "Advertencias preliminares. Antes de comenzar las preguntas se comunicará detalladamente al sindicado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida; su calificación jurídica provisional, un resumen de los elementos de prueba existentes, y las disposiciones penales que se juzguen aplicables".

Otro lo constituye el momento de la acusación, contemplada en el Artículo 332 del Código Procesal Penal, y que regula con detalle su contenido y forma. En este momento tienen efectividad dos circunstancias importantes para el ejercicio de la defensa. Una la constituye el hecho de que el Ministerio Público no puede acusar sin antes haber oído al sindicado y la otra, que el hecho objeto de investigación y posible hecho por el que se realizará un juicio y del cual se acusará al sindicado, ha sido promovido por un órgano ajeno al juez, diferencia de suma importancia en relación con el procedimiento derogado y que tiende a hacer efectiva la imparcialidad del juzgador.

Durante el juicio, en la fase del debate, se debe señalar nuevamente al acusado el hecho que se le atribuye y por el que se realiza el juicio.

2.1.4. La intervención en la etapa preparatoria, procedimiento intermedio y posibilidad de aportar pruebas en el juicio

El ser escuchado debe acompañarse del poder actuar, del poder intervenir para que el derecho de defensa sea real.

En el procedimiento preparatorio, en la primera declaración o en cualquier etapa de éste, el imputado puede indicar los medios de prueba que considere oportunos para la contribución a su defensa. También puede protestar la prueba que considere inadmisibles, o impugnar las diligencias en las que no se hayan cumplido las formalidades legales. No debe olvidarse que esta facultad puede ser ejercida por el imputado o por su defensor.

El imputado o su defensor pueden proponer, al Ministerio Público, medios de investigación en cualquier etapa del procedimiento preparatorio, con la posibilidad de recurrir ante el juez en caso de que aquel se niegue a diligenciarlas. También el sindicado y su defensor, tienen derecho a asistir a los actos en que se desarrollen las diligencias de investigación y pedir que se hagan constar las irregularidades y defectos que considere pertinentes.

El Código Procesal Penal, en lo que se refiere al procedimiento intermedio, faculta al imputado y a su defensor, a ejercer control directo sobre la acusación, con la amplitud necesaria para que este control sea efectivo. Así, la ley regula que, luego de formulada la acusación, aquellos podrán señalar vicios formales, plantear excepciones, formular objeciones contra los requerimientos del Ministerio Público y señalar medios de investigación que fundamenten oposición.

La figura del defensor y su posibilidad de intervenir en el proceso, adquiere importancia especial en la preparación del debate, ya en el inicio se faculta a "las partes", para que aporten elementos de convicción al proceso, pues la ley permite el ofrecimiento de medios de investigación o la solicitud de anticipo de prueba. Dicha

disposición posibilita que el defensor proponga todos los elementos de convicción de descargo que desee de acuerdo con su estrategia de defensa.

El Artículo 353 del Código Procesal Penal, permite la división del debate, según la gravedad del delito que se juzgará, por pedido del Ministerio Público o del defensor. En la primera parte, dispone el Artículo mencionado, se discutirá lo relativo a la culpabilidad del acusado, y en la otra parte lo referente a la pena o medidas de seguridad y corrección. En estas discusiones el defensor, con el fin de fundamentar, puede ejercer el control de las pruebas, aportando pruebas de descargo y realizando las valoraciones jurídicas necesarias.

En la fase del debate, el procesado puede manifestar lo que considere pertinente en relación con el hecho del que se le acusa. Puede asimismo, durante el transcurso del debate, hacer las intervenciones que considere necesarias, con asesoría de su defensor.

En el caso de que el Ministerio Público amplíe la acusación, el acusado tiene la facultad de pedir la suspensión del debate, con el fin de preparar su defensa en relación con los nuevos hechos objeto de juicio.

Nuevamente la defensa puede ejercer sus funciones de valoración jurídica y control de las pruebas, al finalizar el debate. Al terminar éste, se procede a la discusión final, en la que las partes tienen la facultad de manifestarse con respecto al desarrollo del debate y de emitir sus conclusiones.

2.1.5. Derecho a impugnar resoluciones judiciales

Dentro del ejercicio de la defensa, la facultad de recurrir es un mecanismo indispensable, a tal grado que, en la ley guatemalteca, el defensor puede recurrir autónomamente, y el Ministerio Público puede hacerlo en favor del acusado.

El Código Procesal Penal, contempla varios recursos, los cuales permiten que las partes impugnen aquellas resoluciones judiciales que estimen necesario. Sin embargo, la misma ley fija los supuestos en los que estos pueden plantearse, que son los siguientes:

- En los casos permitidos por la ley.
- Cuando se tenga interés directo en el asunto.
- Con las formalidades que la ley señala y dentro del plazo legal.

De conformidad con el Código Procesal Penal, las partes pueden interponer distintos recursos; uno de ellos es la reposición, que puede plantearse contra resoluciones que no sean apelables, y es el único que puede interponerse durante el juicio.

El recurso de apelación, que goza de un amplio campo de acción dentro de todo el procedimiento, tiene especial importancia para la defensa, pues permite entre otras situaciones, impugnar:

- La resolución que deniega la práctica de prueba anticipada
- Las que constituyen la privación de libertad o una medida sustitutiva o su modificación

Si un recurso de apelación es denegado por el juez ante quien se interpuso, la ley permite la interposición del recurso de queja, que resuelve un tribunal de alzada.

La apelación especial, contenida en el Artículo 415 del Código Procesal Penal, procede contra las sentencias o resoluciones que pongan fin a la acción penal, a una pena o a una medida de seguridad o las afecte de alguna manera. Este recurso procede por dos tipos de vicios: de fondo y de forma; según dispone la ley, vicio de fondo es la "inobservancia, interpretación indebida o errónea aplicación de la ley", en tanto que el vicio de forma es la "inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto del procedimiento".

El recurso de casación se interpone, ante la Corte Suprema, contra los fallos producto de un recurso de apelación especial. Genéricamente, posee los mismos presupuestos que el recurso de apelación especial (vicios de fondo y forma), lo que hace que se constituya en una especie de revisión del fallo de la apelación especial. Procede en los casos señalados por la ley (Artículos 440 y 441 del Código Procesal Penal), y la justificación de su necesidad es discutible.

Con la finalidad de poder ejercer el derecho de defensa aún y cuando ya una sentencia ha sido ejecutoriada, el Código Procesal Penal regula el recurso de revisión, que puede plantearse en favor del condenado a una pena o a una medida de seguridad. Procede cuando nueva evidencia de lugar a la modificación de la responsabilidad impuesta en la sentencia condenatoria en la que se haya constituido la pena o medida; según el caso, puede llegarse a la absolución o a la modificación de la pena o medida. El fallo favorable dictado en un recurso de revisión abre la posibilidad de demandar al Estado una indemnización por el daño causado.

2.1.6. Idioma

Históricamente, la pluralidad de lenguas en nuestro país ha generado problemas en los procedimientos judiciales, problemas que en la mayoría de los casos se han traducido en arbitrariedades; el Código Procesal Penal tomó en cuenta dicha

circunstancia, así incluyó, en su contenido, normas que tratan de dar una solución a esta realidad.

Tras la diversidad idiomática, existe una multiplicidad cultural, que se traduce en la forma de resolver conflictos y de percibir lo jurídico en general, situación que exige profundas transformaciones de todo el sistema jurídico nacional. Este problema excede, sin embargo, los alcances de este trabajo. Pero es justo aclarar, que la posibilidad del multilingüismo en el proceso penal, que se propone en el Código Procesal Penal es un buen inicio. Para aquellas personas que no conozcan o no entiendan correctamente el idioma oficial, el traductor es el mecanismo que el Código Procesal Penal ha introducido en el Artículo 90, para proteger su derecho de defensa; puede prestar este auxilio también una persona de confianza del sindicado. El traductor lo asistirá en declaraciones, debates y audiencias. Las exposiciones de personas que ignoren el idioma oficial solo tienen efectos una vez realizada su traducción.

El Artículo 142 del Código Procesal Penal, en el último párrafo, regula: "Los actos procesales deberán también realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. En este caso, las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas. Esta norma genera la obligación de desarrollar los procedimientos en los idiomas en que sea necesario, cuando los casos lo ameriten. Los imputados pueden informarse así del proceso de investigación, y en el juicio ejercer con mejores expectativas sus derechos".

2.2. El respeto a la garantía de única persecución penal

Se complementa esta garantía regulada en el Artículo 17 del Código Procesal Penal, estableciendo la prohibición a la persecución penal múltiple, simultánea o sucesiva por un mismo hecho, debiendo existir para considerar una violación a esta, una identidad en persona, objeto y de causa; se regula en el mencionado artículo, tres casos de

excepción; el primero cuando fue intentada la persecución penal ante un órgano incompetente, el segundo cuando la no continuación proviene de defectos en su promoción o en ejercicio de la misma y en tercer lugar cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que imposibiliten su unificación.

2.2.1. Límites del estado para el ejercicio de la persecución penal

En buena medida, toda la sistemática penal, procesal penal y penitenciaria, busca ordenar el uso del poder penal del Estado y, principalmente, fijarle límites. El Código Procesal Penal constituye en su conjunto, una de esas barreras. Su contenido, comprende algunas instituciones específicas de control y límite del ejercicio del *ius puniendi*; en este trabajo se consideran como tales: el *ne bis in idem*, los límites al ejercicio de la acción penal y la extinción de la misma y el control de la prueba.

2.2.2. Ne bis in idem

La imposibilidad de la persecución penal múltiple es principio vigente en el ordenamiento jurídico nacional, conforme el Artículo 8, numeral 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). Este principio también forma parte del ordenamiento jurídico nacional, pues está comprendido entre las garantías procesales en el Artículo 17 del Código Procesal Penal.

La ley vigente ha acogido en su seno los tres elementos tradicionales que comprende el principio (la identidad de persona, la identidad del hecho y la identidad del motivo de persecución), eso sí con algunas excepciones en cuanto al último elemento.

Así, puede promoverse, conforme al Código Procesal Penal, nueva persecución penal cuando se presente alguna de las circunstancias siguientes:

- Cuando la primera se intentó ante tribunal incompetente;
- Cuando la no continuación proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de esta;
- Cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que no pueden ser unificados.

Desde su perspectiva sustancial, la garantía del *ne bis in idem*, cuyo reconocimiento se encuentra en el Artículo 17 del Código Procesal Penal, se expresa en dos exigencias. La primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud, en el campo administrativo, donde se presentan los mayores problemas en su relación con la jurisdicción penal, estará determinada para imponer al funcionario o servidor una sanción adicional a la penal cuando el interés jurídicamente protegido sea el mismo que el protegido por el tipo penal, no siendo suficiente al respecto la sola invocación de las relaciones de especial sujeción con la Administración.

La segunda exigencia se aplica en el concurso aparente de leyes, en cuya virtud se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas criminales. Al respecto, Carlos Carbonell Matheu, señala que esta garantía afecta a la aplicación de varias normas que se refieran a la identidad del sujeto, hecho y fundamento, esto es, que a un mismo individuo, como consecuencia de la realización de una misma conducta y de la producción de un mismo resultado, no se le pueden aplicar dos normas distintas cuya fundamentación sea la misma tutela del mismo bien jurídico. Esta garantía, igualmente, extiende también su operatividad a la concurrencia

entre las leyes penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras, en cuya virtud veda en este caso que una misma infracción pueda resultar doblemente sancionada.

Desde la perspectiva procesal, el *ne bis in idem* es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo. Igualmente, la fuente de conflicto se suscita cotidianamente con la potestad sancionadora de la Administración. En este caso, no sólo la Administración ha de estar subordinada a la autoridad judicial, sino que no puede realizar actuaciones en hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta según la legislación penal y necesariamente debe respetar la cosa juzgada, imposibilitando que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. Parafraseando a Vives Antón, enfatiza que si la jurisdicción penal declara que los hechos no están probados, la administración u otro órgano jurisdiccional han de entender necesariamente que los hechos no existen, estando obligados a tener ya por inocente respecto de esos hechos al sujeto.

Asimismo, esta garantía se extiende a la propia calificación jurídica de los hechos cuestionados, en lo que se refiere al derecho sancionador; es decir, aún si se declara en sede penal que el hecho no es delito, en tanto existe una unidad del derecho sancionador, ya sea, el penal o el administrativo, no es posible someter ese mismo hecho, ya juzgado, a un nuevo enjuiciamiento por razón de sucesión de normas en el tiempo aunque sea en sede administrativa. El imputado no puede ser sometido a un doble riesgo real.

CAPÍTULO III

3. La política criminal

3.1. Elementos básicos de la política criminal

Este tipo de políticas tienden a basarse principalmente, como dice Binder en “las políticas que se desarrollan en una sociedad, predominantemente del Estado, constituyentes de un conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos”⁶, es la influencia de determinado sector de la población, de la realidad social y la reevaluación de sus elementos, como:

- El conflicto con la ley penal, y
- El Estado como ente soberano y administrador del poder público

3.1.1. Poder y sistema penal

Define al proceso penal Moras Mon, como “el modo legalmente regulado de realización de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y su ejecución definitiva, como concreción de la finalidad perseguida que es la de realizar el Derecho Penal Material”⁷, como forma de concreción del poder coercitivo del Estado que a través de los órganos de justicia pone en práctica la política

⁶ BINDER Barzizza, Alberto, **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal**, pág. 42.

⁷ MORAS Mon, Jorge R., **Manual de derecho procesal penal**, pág. 29.

criminal, basada principalmente, parafraseando a Binder, “como un sector de políticas”, que se desarrollan en la sociedad y que predominan desde el Estado, constituyendo un conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio del *ius puniendi* hacia determinados objetivos, es pues una influencia sobre determinado sector de la realidad, reevaluando sus elementos que en contexto aborda como el conflicto con la ley penal, el Estado como ente soberano y administrador del poder público con sus repercusiones sociales en la violencia como último elemento, es decir, en otras palabras que el conflicto se enmarca como componente social, dentro de ésta se identifica al Estado, al que se le delega el poder de intervenir en el conflicto y la violencia social, este poder implica imponer (poder público coercitivo) a través de la fuerza (violencia estatal o respuesta estatal) sus decisiones que es donde se define el fenómeno criminal y sus respuestas, en conclusión, cual será la política criminal del Estado.

3.1.2. Política criminal

La política criminal es la que orienta o determina los criterios de enjuiciamiento penal, en función de los objetivos sociales que se persiga alcanzar con el uso del poder coercitivo del Estado, ésta se encuentra en el sentido estricto del concepto de seguridad pública, su importancia radica en ser la guía para el diseño de las estrategias y acciones que se plasman en programas concretos para solucionar la demanda de seguridad en su vertiente estricta.

Política criminal, es una de aquellas expresiones en Derecho Penal que tiene tantos significados como autores que de manera seria aludan a ella. Esa diversidad de significados tiene su origen en la palabra “política” en la medida en que ella “es extraordinariamente amplia y abarca cualquier género de actividad directiva autónoma”, de ahí surge la capacidad de funcionalidad e intervención legítima y configurativa. Entre más vaga sea una palabra en el sistema penal, entendiendo por sistema “la unidad de diversos conocimientos bajo una idea” o simplemente una serie de ideas sobre un determinado objeto, será más funcional en la tarea configuradora, emprendida por el

poder punitivo, del sistema penal. No es erróneo afirmar que la política criminal es una política de justicia, que es lo mismo, la política criminal es un fenómeno que está articulado al campo más amplio de la política general.

Los hechos delictivos, su combate, difusión y vivencia, han hecho que el tema de seguridad pública hoy en día, tenga uno de los primeros lugares en la agenda de gobierno. En ese tenor, se ha hablado de la necesidad de diseñar programas, acciones y estrategias para lograr dar seguridad a la sociedad, se menciona la falta de una política criminal seria, que permita alcanzar el anhelado triunfo para la comunidad, de sentirse seguros en sus personas y bienes.

Sin embargo, el concepto de la seguridad pública se ha visto reducido a la simple lucha del bien contra el mal, policías contra ladrones, y bajo esta concepción, la política criminal se entiende sólo como el aumento de penas, incremento de policías, más operativos, estigmatización de ciertos sectores sociales, todo con el único fin de reducir el índice de denuncias.

Ante tal situación, para poder hablar de política criminal es necesario, primero, ubicarla en un concepto real de seguridad pública, ya que sólo así se puede entender el rol que juega en esta búsqueda de seguridad, no hacerlo, permite dar continuidad a lo que hasta ahora, ha mostrado su ineficacia.

Es en tal escenario, donde la búsqueda del castigo y de la prevención de los fenómenos antisociales encuentra su razón de ser, y por tal, concentra el término seguridad pública en el ideal de la política criminal con sentido represivo, lo principal es el resguardo del Estado; ya que él, es el que puede contener los efectos de los hechos delictivos y en esos términos, dar protección (seguridad) a la sociedad. En esta escena es donde la seguridad pública se comprime a policías y cárceles, el sentido de venganza social se agudiza y el reclamo al Estado de los satisfactores sociales se pierde en la penumbra de la lucha contra la delincuencia.

El carácter preventivo, administración de riesgo, surge de la consideración del verdadero sentido del derecho penal; su simbolismo, que precisamente dota de

contenido a principios rectores de la materia punitiva como: *ultima ratio*, subsidiariedad y de la consideración de las consecuencias, entre otros. Esto es relevante, porque define y ubica al derecho punitivo en su contexto real, dejando a la prevención como el elemento inicial para resolver los conflictos sociales, hecho que permite vincular al sentido estricto de la seguridad pública con el amplio; esto es, la interrelación entre políticas sociales y criminales, para dar seguridad a los gobernados.

3.2. El conflicto como enfoque político criminal

El fenómeno y el conflicto con la sociedad son aspectos con sus repercusiones sociales en la violencia, como último elemento, es decir en otras palabras que el conflicto se enmarca como componente social donde se identifica al Estado, al que se le delega el poder de regular la conflictividad y violencia social, este poder implica imponer (poder público coercitivo) a través de la fuerza (violencia) sus decisiones que es donde se define el fenómeno criminal y sus respuestas en conclusión, cual será la política criminal del Estado.

3.2.1. Fenómeno y conflicto

El procedimiento común, según Binder “comienza por enfrentarse a un hecho social, a un conflicto, del que se sabe muy poco. Sin embargo, por alguna vía, las autoridades a quienes el Estado a confiado la investigación de los delitos deben averiguar, en primer lugar si ese hecho conflictivo ha existido en realidad”⁸, por lo que el procedimiento común se divide en cinco etapas: la etapa preparatoria, intermedia, de juicio oral y público, de impugnaciones y de ejecución.

⁸ BINDER Barzziza, Alberto, **Introducción al derecho procesal penal**, pág. 21.

3.2.2. Fenómeno criminal

El rigor penal excesivo del sistema penal tiene carácter criminológico, es decir, contribuye a la generación y reproducción de la criminalidad. A este último respecto cabe observar que mediante los mecanismos de las detenciones policiales, la inmensa mayoría de las cuales afecta a sospechosos, muchas veces primerizos, de infracciones sin mayor relevancia, como ebriedad o consumo de drogas; de la prisión preventiva, que se aplica en la práctica como la regla general a los procesados a los que, por otra parte, se presume inocentes; y el abuso de la pena de cárcel, prevista para toda clase de delitos y de autores, sin consideración a la gravedad de las infracciones y a las necesidades y características de los condenados, es el propio funcionamiento del sistema el que contribuye a estigmatizar a los imputados de delitos como delincuentes y al ponerlos en contacto muchas veces innecesariamente con los establecimientos de detención y prisión, con el consiguiente riesgo de la desocialización y del contagio criminal, a que un porcentaje de estas personas alcanzadas por el sistema penal ingresen a la carrera criminal o refuercen su decisión de mantenerse en la misma.

Los delitos afectan algunos de los más importantes derechos de las personas, cuya protección constituye un deber del estado impuesto tanto por la Constitución, como por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en el país. De ahí que surja a la vez el deber del estado de desarrollar una política criminal eficaz, dirigida a la prevención y sanción de la criminalidad.

Debe tenerse presente en primer lugar que el sistema penal es sólo uno de los instrumentos, de *última ratio*, de que disponen el estado y la sociedad para enfrentar el fenómeno de la criminalidad. Un instrumento que, por lo demás, llega demasiado tarde, por lo que el énfasis debe estar puesto en el diseño e implementación de políticas públicas de carácter preventivo relacionadas con las variadas áreas del quehacer social (económicas, educacionales y capacitación, familiares, urbanas, de recreación, entre otras), que tienen incidencia en el fenómeno de la delincuencia.

En lo que respecta al sistema penal, debe tenerse claridad sobre sus posibilidades y limitaciones, con el fin de utilizarlo adecuadamente y no hacerse falsas expectativas a su respecto. En este sentido hay que destacar que el objetivo del sistema penal no es la erradicación o supresión de la delincuencia, sino que uno más modesto, su disminución, o cuando menos, su control. El delito es un fenómeno inevitable como la enfermedad y la muerte, consecuencia como es de la imperfección de la sociedad y del ser humano. La sociedad debe, por tanto, acostumbrarse a vivir con una dosis inevitable de criminalidad, sin perjuicio, por cierto, de hacer los máximos esfuerzos, compatibles con las garantías penales propias de un estado de derecho, para disminuirla en la medida de lo posible.

Cabe observar a este respecto que la única doctrina que ha planteado como meta la supresión de la delincuencia es el marxismo ortodoxo, por cuanto, de acuerdo con dicha posición, la ideal conformación de las relaciones sociales que se alcanzaría con el comunismo haría desaparecer las contradicciones que originan la delincuencia.

3.2.3. El conflicto

Como lo regula el Artículo 332 bis del Código Procesal Penal, el escrito de acusación debe contener los datos que sirvan para realizar la identificación o individualización del imputado, el nombre del defensor así como el lugar para notificarles; la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible atribuido al acusado junto con su calificación jurídica; los fundamentos resumidos a la imputación, expresando los medios de investigación realizados y que ayuden a determinar la participación del imputado en el delito, así como su responsabilidad; la calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito de cada uno de los imputados, su participación, grado de ejecución y la existencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal, así mismo indicará cual será el tribunal competente para la realización del juicio claro que según el tratadista Rubbianes en un análisis del sistema

oral indica, que “se tiende a lograr, dentro de la actividad procesal, que se desarrolle con la menor economía del trabajo, de energía y de costo o sea, la obtención del mayor resultado con el mínimo esfuerzo, para posibilitar simplificando el procedimiento, la más rápida decisión fina, o de las cuestiones que eventualmente deben verse en el curso, lo esencial es que el proceso asegure la celeridad”⁹, desarrollando así la imputación del conflicto en el proceso penal.

Si analizamos el conflicto, delimitaríamos la situación actual de la sociedad guatemalteca, que lejos de paz, ha obtenido innumerables repercusiones sociales por el solo hecho de su convivencia, el conflicto no se limita con la firma de acuerdos, contrario a esto, se desarrollan nuevas formas en las que se manifiesta, ya que el conflicto, como se apuntaba anteriormente, es parte integral de la sociedad, es inconcebible una sociedad alejada de éste, ya que es parte de su crecimiento, la sociedad se estancaría.

El conflicto es una forma de desarrollo, no obstante, juntamente a él, deben establecerse formas de control que permitan resolverlo, implementado políticas de intervención y con fundamentos prácticos, que delimiten su raíz y los métodos necesarios para su resolución.

3.2.4. Delito y conflicto

Haciendo uso de una analogía, el derecho penal, tal como lo entendemos, podría asimilarse a la medicina clínica, tal como la entiende Michel Foucault, pero fue necesario abandonar esa hipótesis inicial, y reconocer que la medicina clínica era tanto un conjunto de prescripciones políticas, decisiones económicas, reglamentos institucionales, modelos de enseñanza, como un conjunto de descripciones; que en todo caso éste no podía abstraerse de aquéllos, y que la enunciación descriptiva no era

⁹ RUBBIANES, Carlos. **Ob. Cit**; pág. 141.

más que una de las formulaciones presentes en el gran discurso clínico del delito y del conflicto.

Contrariamente a lo que pareciera ser el sentir generalizado de la población, lo que corroboraría una vez más que en materias penales no se cumple el adagio de que “la voz del pueblo es la voz de Dios”, el exceso de rigor penal no es un mecanismo eficaz en la lucha en contra de la delincuencia. Investigaciones criminológicas realizadas en diferentes países muestran que no existe correspondencia entre, por una parte, los grados de represividad de los sistemas penales, y, por la otra, las tasas de criminalidad.

No es efectivo que el aumento de la represividad produzca el efecto de disminuir la delincuencia. Otros países desarrollados socioeconómica y culturalmente que cuentan con distintos sistemas penales, unos más severos, otros más liberales, ostentan similares niveles de delincuencia. Ello se explica porque el delito es la expresión aguda de conflictos personales y sociales complejos y el sistema penal, atendidas sus limitaciones, sólo capta una parte del conflicto penal, sin alcanzar el trasfondo social y personal, de tan variada naturaleza, que ha incidido en la comisión del ilícito penal. A esto debe añadirse, como lo saben desde hace mucho tiempo los criminólogos, y debieran tenerlo en cuenta los responsables de la política criminal, que el delincuente a lo que verdaderamente teme no es tanto a la pena (de la que espera escapar), sino a ser descubierto, esto es, a la eficacia del sistema penal.

El exceso de rigor penal no consigue el fin perseguido lo muestra el tratamiento penal que tienen tipos penales como el hurto y el robo en nuestro país.

3.2.5. El conflicto penal y su respuesta estatal

La principal convicción de política criminal del estado guatemalteco, pareciera ser la irracional confianza en la eficacia en el rigor penal del estado. Llama la atención,

esta desvalorización sociocultural de la política criminal dentro del conjunto de las políticas públicas.

Mientras existen y han existido tradicionalmente, buenas o malas políticas públicas en las restantes áreas del quehacer político-económico y sociocultural, ello no ha ocurrido, curiosamente, con la política criminal. Ha habido y hay política económica, de salud, educacional, agraria, minera, laboral, internacional, etc., pero nunca hemos contado con una política criminal. A nadie se le ocurriría, por ejemplo, legislar e implementar medidas de todo orden de carácter económico que no partieran de presupuestos técnicos determinados y persiguieran el logro de ciertos objetivos en coherencia con dichos presupuestos. Sin embargo, tratándose de la política criminal pareciera que ésto no es necesario. No se requerirían estudios técnicos de los criminólogos, expertos en política criminal, penalistas o procesalistas para realizar diagnósticos sobre la criminalidad y establecer objetivos a conseguir y prioridades, mediante instrumentos idóneos; cualquiera sería capaz de hacerlo. Para ello bastaría el sentido común, la intuición.

El derecho penal se asume desde la perspectiva del conflicto en si, en la cual los sujetos involucrados son, por un lado, el individuo convertido inicialmente en sospechoso, luego en imputado y acusado y eventualmente, condenado y por otro, los “operadores” del sistema penal en una acepción muy amplia: constituyentes, legisladores, policía judicial, fiscales, jueces y funcionarios de ejecución penal. La construcción como sujeto de todos los actores que participan en el sistema penal. Hay algunos cuya conformación ya debería haber sido estudiada, especialmente, en los cursos de constitucional: el ciudadano, el constituyente, el legislador, el funcionario público que es el policía judicial, el fiscal y el juez.

Hay un sujeto eventual en el proceso penal, que cada día adquiere más importancia y que requiere, debido a cierta ideología que podría hoy considerarse dominante, una atención especial: la víctima del delito.

En Guatemala, se pretende reducir el conflicto a la víctima y el victimario, pero eso no debe hacer perder de vista que el conflicto ha enfrentado y sigue enfrentando básicamente al individuo y al Estado, éste último portador de un supuesto interés general o simplemente como el acto privilegiado en ciertas formas de dominación que se expresan en la utilización del derecho penal guatemalteco, para crear, conservar o restituir un orden.

La puesta en escena del “acusado” y la víctima no se hace bajo la perspectiva del positivismo, porque no se trata de aproximarse a ese sujeto con el objeto de mirar cuál es su naturaleza, su carácter, las peculiaridades que lo harían diferente del resto de las personas, sino para apreciar detalladamente, cuáles son los mecanismos, institucionales y sociales, por los cuales se constituye como sospechoso, imputado, procesado, acusado y condenado.

Respecto de la víctima, se deberá observar, obviamente, los mecanismos de su creación o por lo menos de su reconocimiento. Hoy en día resulta particularmente importante este tema debido al cambio que parece ocurrir dentro de los sistemas penales, con la protección de intereses cada vez más difusos y universales. La víctima se ha potenciado en muchos aspectos.

El agraviado, cada vez tiene mayor incidencia en el proceso penal pero en algunos delitos, narcotráfico, delitos contra el medio ambiente, ciertas formas de terrorismo, corrupción, etc., el problema de la víctima se llena de discursos: se victimiza a la humanidad, la civilización a las futuras generaciones.

Obviamente que el papel que desempeñan estos actores no es posible comprenderlo si no tenemos en cuenta el contenido que los convoca a un escenario común: el hecho punible y la supuesta peligrosidad de algunos grupos de personas como los jóvenes, desempleados, desplazados, minorías políticas, sociales y étnicas, ciertas situaciones y ciertos lugares, como lo predica hoy en día la teoría de la prevención situacional y su correspondiente ideología de tolerancia cero.

CAPÍTULO IV

4. Violación a la garantía de única persecución en la práctica de la acusación alternativa

4.1. Aplicabilidad de la acusación principal

Lo importante de una investigación eficaz, radica en que el requerimiento del Ministerio Público debe basarse en hechos concretos y encaminarse hacia una persona determinada y no contra posibles hechos, ni contra una probable persona, lo que contiene una promesa, que deberá tener fundamento, que el hecho será probado en juicio y no una promesa de tratar de probar un hecho o en su defecto alternativamente otro, que se derive del principal ya que con ello se estaría duplicando la persecución penal, pareciera que lo importante para el Ministerio Público es la punibilidad a toda costa aún presumiendo la culpabilidad del acusado.

Si bien el proceso penal guatemalteco tiende a ser predominantemente oral, al menos en su etapa final, las acusaciones fiscales permiten, como piezas documentales, un análisis detenido y preciso, que no es posible llevar a cabo mediante la simple observación de debates. Por otro lado, el juicio oral gira precisamente en torno al marco fijado en la acusación, de índole escrita.

Analizando lo anterior, pone en relieve la trascendencia de tal acto del Ministerio Público para la determinación de la discusión procesal subsiguiente, la prueba a producir y el contenido necesario de lo que será la sentencia definitiva.

Como objeto de estudio, finalmente, las acusaciones permiten desentrañar la perspectiva del fiscal, sus concepciones, su forma de razonar, de funcionamiento del

sistema de justicia en Guatemala, analizar la prueba y de aplicar el derecho con todas sus garantías. Esto es precisamente lo que se pretende establecer con este estudio.

4.2. Aplicabilidad de la acusación alternativa

En la mayor parte de los casos que se encuentran en el sistema penal actual, no se argumentan las razones por las cuales el fiscal escogió una determinada figura, lo que plantea problemas más serios, en los casos de figuras calificadas o privilegiadas, particularmente cuando existe la alternativa de encuadrar la conducta en uno o en otro tipo. En esas circunstancias, debe inferirse cuál es el detalle o aspecto valorado implícitamente por el fiscal, con la consiguiente pérdida a la intimación clara de la conducta imputada, exigida por la ley, y la subsecuente lesión a su contradicción por la defensa.

La confusión entre los planos real y jurídico pone en evidencia, además de una carencia de rigor lógico, un desconocimiento acerca de la doble proposición que envuelve la decisión judicial: la fáctica o de hecho y la jurídica o de derecho. La primera, verificable a través de la prueba del acaecimiento del hecho y de su imputación al sujeto acusado, y la segunda, comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos que califican el hecho como delito.

Las deficiencias examinadas, generan ambigüedad y desvanecen los medios precisos que deben enmarcar la actuación de los jueces. Tal efecto puede constituir un factor que posibilite el dictado de decisiones que no se circunscriban estrictamente a los hechos y se funden en consideraciones ajenas a la verificación empírica descrita en la ley; consideraciones tales como la defensa social, la lucha contra la delincuencia, u otras genéricamente útiles a jueces ávidos de aprobación social, aunque su tarea judicial sea realizada al margen de la hegemonía de la norma dictada de conformidad con procedimientos y valores democráticos. La falta de un anclaje empírico concreto y

afinado debilita la íntima vinculación y el límite que la verdad sobre los hechos y su conocimiento ponen al ejercicio de poder que en definitiva es la jurisdicción.

4.3. La investigación deficiente como fuente de la acusación alternativa

En gran medida, la confusión proveniente de consignar datos irrelevantes, debe atribuirse a la práctica fiscal de mantener durante todo el proceso la transcripción informativa de los informes policiales.

Esta práctica, contamina toda la discusión posterior, con los puntos de vista de la agencia menos informada y formada en cuestiones jurídicas de todo el sistema; pero, al mismo tiempo, denota una falta de asunción de sus respectivos roles tanto por el Ministerio Público, como por el juez de instancia que debe controlar este desempeño y fijar en definitiva el marco de discusión del debate.

Existe una tendencia consistente en que, a medida que la figura típica del caso presenta perfiles más complejos y contiene elementos más característicos, se producen mayores omisiones en la descripción fáctica, ya que no se incorporan al relato todos los extremos relevantes para que se estime configurado el tipo penal determinado.

La acusación alternativa o subsidiaria supone que el acusado pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas. Una acusación construida de esa forma permite la contestación defensiva, la prueba y la decisión; se observa claramente como ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa.

4.4. Acusación alternativa como medio a la violación del derecho de defensa y a la garantía de única persecución

La acusación, cobra trascendencia en la medida en que es inherente a las garantías del debido proceso y al derecho de defensa, que establecen la necesidad que el imputado sepa detalladamente qué es aquello que se le atribuye haber hecho. En esa virtud, la acusación debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin al proceso. Además, en la acusación, debe justificarse cuando menos la probabilidad de la culpabilidad del acusado, integrando la información de todos los elementos que la respaldan, de modo que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos. Desde tal concepto, es necesario distinguir en el texto de la acusación varios aspectos a observar, de importancia diversa. Entre aquéllos a los que debe prestarse especial atención y relevancia se encuentra, la forma en que se describen los hechos, una investigación eficiente refleja un debate ágil y una acusación efectiva.

La hipótesis fáctica o real, formulada de modo claro, preciso y circunstanciado, constituye la base fundamental de la acusación. Así formulada, la acusación no sólo contribuye a un debate ágil y claro, sino que permite al imputado y su defensor controvertir los hechos atribuidos o plantear hipótesis fácticas alternativas que excluyan la punibilidad. Tal exigencia esencial no se satisface cuando la acusación:

- Contiene la descripción de un sin número de hechos de escasa o nula significación jurídica;
- Confunde los planos fáctico y jurídico:
- Incorre en generalizaciones o abstracciones, y/o

- Ofrece un relato impreciso o desordenado de la acción u omisión que pone a cargo del imputado.

Con el planteamiento de la acusación alternativa, el Ministerio Público viola la garantía de única persecución penal, ya que nadie puede ser perseguido penalmente dos veces por el mismo hecho, siendo la acusación principal la que contendrá los elementos de convicción para probar el delito y el grado de participación del imputado, con lo que se espera determinar su responsabilidad en la comisión del mismo, por lo que es necesario especializar a los agentes fiscales en la labor investigativa para que tecnifiquen sus conocimientos y puedan así fundamentar seriamente una acusación.

La forma en que se describen los hechos, permite también inferir el criterio del fiscal para despejar la complejidad que caracteriza al universo fáctico y extractar, de esa realidad diversa, sólo los datos relevantes y jurídicamente significativos; es decir, aquellos hechos a los que el derecho atribuye una consecuencia jurídica, que en la materia analizada es la sanción penal o, alternativamente, los supuestos en que ésta debe excluirse.

Es asimismo, parte fundamental de la acusación, a ser evaluada, la subsunción típica, el tipo penal, escogido por el acusador, a través del cual éste explica tanto su forma de razonar y aplicar el derecho como los criterios utilizados para evaluar y estructurar la prueba. La regla que impone a la acusación la necesidad de calificar jurídicamente el hecho imputado cumple, además, con la función de orientar el debate y la actividad defensiva que en él se desarrollará.

En el derecho guatemalteco, inclusive, con el objeto de evitar sorpresas y lesiones a la defensa mediante la inadvertida y brusca modificación del enfoque jurídico, en la sentencia definitiva, se impone al tribunal el deber de advertir a las partes en aquellos casos en que evalúe como posible la modificación de la calificación jurídica efectuada en la acusación, según el Artículo 374 del Código Procesal Penal.

Se ha pretendido prevenir los defectos en la formulación de acusaciones, a través de la regulación de la denominada etapa intermedia, uno de cuyos fines fundamentales es el examen por el juez de la regularidad de la acusación y la corrección de los vicios que ésta tuviera, ya que bien fundamentada, la acusación subsiste por si sola y descarta la utilización de la acusación alternativa. Sin embargo, el examen de varios procesos, en el curso del presente trabajo, parece demostrar que muchos de los jueces a cargo de este control se desentienden de su rol y disponen la apertura del juicio sin subsanar o mandar subsanar las deficiencias que los defensores han hecho notar, incluso permitiendo que una mala investigación fundamente una acusación principal y ésta sea acompañada de una acusación alternativa.

El subsecuente desgaste en el debido proceso tiene, pues, origen en la concatenación de actitudes deficientes, que se originan en el Ministerio Público y continúan con la intervención del juez legalmente encargado del control de aquella actuación. Incluso, existen casos en los que, luego de todo el proceso y de transcurrido el juicio, el tribunal absolvió a los acusados debido a que consideró que la acusación era defectuosa. En un caso de éstos, la sentencia sostuvo la imposibilidad de condenar al acusado por el delito de asesinato ya que en la dilatada descripción de los hechos, efectuada en la acusación, no se mencionó específicamente el haber matado a la víctima (causa 16-99, Tribunal Séptimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente). Como el caso citado ilustra, las deficiencias en la formulación de las acusaciones, además de repercutir negativamente en el ejercicio del derecho de defensa de los acusados, pueden producir otro efecto negativo: la insubsistencia de las tesis de acusación en los procesos con el consiguiente efecto de impunidad.

Tomada la impunidad como fenómeno, además de comprometer la paz social al privar al derecho penal de la posibilidad de cumplir, con sus fines preventivos generales y especiales, opera como un factor que incrementa el temor de los ciudadanos a colaborar con una justicia ineficaz, ante el riesgo cierto de sufrir represalias por parte de aquéllos que devienen recurrentemente impunes.

4.5. La acusación principal integrada a los elementos del delito, garantía de una investigación eficiente

La etapa preparatoria o procedimiento preparatorio, como lo denomina nuestro Código, al establecer que: “En la investigación de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal” instruyendo en principio la obligación del Ministerio Público a través del Fiscal a realizar la investigación y estableciendo así mismo la forma de su control ya que “el Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practica la averiguación por los delitos que este Código (Código Procesal Penal) le asigna, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales”, en síntesis el procedimiento preparatorio debe concluir lo antes posible pero se establecen ciertos límites a la investigación que permiten integrar de una mejor forma el proceso, una vez determinada la existencia del hecho con las circunstancias de importancia para la ley penal, que se ha comprobado que personas intervinieron indicando de que forma lo hicieron y se ha verificado el daño causado por el delito, aún si no se ha ejercido la acción civil, nos encontramos ante la conclusión de la etapa preparatoria.

Por lo general, las acusaciones contienen solamente una enumeración de las presuntas pruebas de cargo, sin establecer su contenido ni abordar aquello que cada una de ellas acreditaría.

La falta de razonamiento de las pruebas en la acusación, además de favorecer la emisión de acusaciones que podrían resultar infundadas, compromete la amplitud de la controversia y la posible refutación de tales pruebas por la defensa. Debe tenerse presente que en el sistema procesal penal guatemalteco, si bien lo relevante es la prueba que se produzca en el debate, por lo general en la etapa intermedia, sobre la base de la acusación fiscal, se introduce argumentos enderezados a descalificar la presunta sospecha y promover el sobreseimiento.

La carencia examinada complica el control que debe desempeñar el juez de instancia en la etapa intermedia, en tanto sólo tendrá ante sí la prueba y como única guía lo que el fiscal haya podido transmitir en la audiencia pertinente; esta referencia es generalmente superficial y no conlleva un razonamiento detenido que permita una correcta y rápida decisión judicial, sea de sobreseimiento o bien de remisión al debate en observancia del debido proceso.

Más allá de las discusiones jurídicas posibles acerca de la correcta subsunción típica de una conducta, opinable en muchos casos, se aprecian casos portadores de problemas notorios. Se aludió antes a los casos complejos y las dificultades que parecen ofrecer para precisar los elementos del tipo correspondiente. Pero también en casos relativamente sencillos surgen dificultades para realizar la subsunción, siendo este tipo de errores los que llevan al Agente Fiscal a utilizar la acusación alternativa como una forma de rectificación al proceso, provocando una doble persecución debido a la inobservancia de la presunción de inocencia.

El proceso penal guatemalteco, se basa en el principio acusatorio, que requiere, la no existencia del juicio sin que se establezca una acusación, con lo que se pretende garantizar la imparcialidad de la actividad jurisdiccional; se requiere que exista una imputación debidamente formulada y fundamentada para la fijación del objeto del juicio con lo que se determinará cuales serán los límites, que rigen al principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, estableciendo además la posibilidad de la presentación de una acusación alternativa conjuntamente a la principal, constitutiva de indefensión y doble persecución penal en contra del procesado a causa de un trabajo investigativo deficiente; conteniendo la obligación de la participación de un tribunal que conozca en la etapa de juicio, él cual no haya participado en la fase preparatoria del proceso y que lejos de ser eficiente provoca una doble defensa, ya que el acusado deberá defenderse del supuesto fáctico principal, sino de uno alternativo distinto al que es perseguido penalmente, creando indefensión en el proceso.

4.6. La innecesidad de la acusación alternativa en los sistemas penales modernos

Entre los hechos o las circunstancias fácticas se debe comprender también aquellos elementos relativos a la voluntad del imputado, a su conocimiento o representación, que resulta imprescindible averiguar y reconstruir para aplicar la ley penal.

La eficacia de la investigación realizada en el procedimiento preparatorio, se ve reflejada en el tipo de acto conclusivo que plantea el Ministerio Público, siendo el caso de la acusación que según el Artículo 324 y 332 bis del Código Procesal Penal con la petición de apertura a juicio se formulará la acusación, esto cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, requiriendo para el efecto por escrito al juez contralor la decisión de apertura del juicio; la acusación es la concreción del ejercicio de la acción penal pública de la cual es encargado el Ministerio Público; en esta se acusa a una persona o varias, imputadas de la comisión de un hecho delictivo en base a los elementos de convicción recavados durante el procedimiento preparatorio, suponiendo un convencimiento por parte del órgano acusador de que éste es el autor del mismo.

Dentro del proceso penal guatemalteco, la prueba está sujeta a diversos controles que pueden ser ejercidos por los distintos sujetos procesales. Por un temor de que el Fiscal se equivoque u omite acusar por ciertos hechos punibles, no se puede sacrificar elementales garantías que todo ciudadano tiene de ser respetado en su dignidad, en su libertad, etc., derechos inalienables a cuya protección fueron instituidos para el proceso penal las garantías inviolables de la defensa en juicio y de un juez imparcial. Si con el argumento de un principio, el iura novit curie, se puede condenar a una persona por un hecho que no fue materia de acusación, siendo que el código expresamente lo prohíbe, cómo es que no se podrá aplicar a favor del acusado los principios de: correlación, de inviolabilidad de la defensa y de imparcialidad del juez,

que justamente están expresamente consagrados en la carta magna, como una exigencia a la protección de garantizar el debido proceso.

Ya en el momento de la declaración del imputado, debe dársele a conocer la evidencia en que se funda la imputación de la que es objeto. En el mismo acto, el imputado tiene la posibilidad de ofrecer pruebas en su descargo, posibilidad que se extiende también al defensor, regulado en los Artículos 81,82 y 101 del Código Procesal Penal.

El Código señala claramente, en el Artículo 183, como prueba inadmisibles la obtenida por medios prohibidos, como la tortura, la intromisión en la intimidad del domicilio o las comunicaciones personales.

Es, sin embargo, en el juicio donde se ejerce el mayor control sobre la prueba, pues este es oral y público (Artículos 356 y 362 del Código Procesal Penal). Al debate los sujetos procesales comparecen sabidos del contenido de la acusación y la prueba en que se fundamenta (Artículos 347 y 350 del mismo Código), con la salvedad de que es posible recibir como prueba anticipada, dentro del juicio, elementos de convicción que hayan sido producidos con las indispensables formalidades de control.

El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales. En él todos los presentes tienen la facultad de intervenir y, de este modo, controlar la producción de la evidencia.

La acusación alternativa resulta de una variante del proceso, que determina la punibilidad a toda costa; la novena publicación del veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y ocho de la Gaceta de Justicia de la Corte de Constitucionalidad indica que “vale advertir que el derecho a la tutela judicial y el ejercicio de la defensa jurídica de la persona deben hacerse de conformidad con las normas procesales establecidas y que por su naturaleza son de orden público, las cuales deben observarse uniformemente, tanto por la necesidad de hacer viables los principios de seguridad y certeza, como también para hacer efectiva la igualdad de las personas, dado que unas y otra se verían seriamente menoscabadas si no existiera un criterio interpretativo general

que las aplicara para todos los súbditos de la ley, es claro que coherencia no significa inmovilidad jurisprudencial, pero en el caso que haya giros a ésta, la misma debe motivarse o razonarse suficientemente”, es entonces necesario que Ministerio Público antes de presentar un acto conclusivo como la acusación, determine su fundamentación para evitar crear incertidumbre jurídica en el debate, asimismo se considere a la acusación alternativa como parte de una política de última ratio para el ejercicio de la persecución penal, garantizando una única persecución y no un maquillaje jurídico de culpabilidad, violentando derechos y garantías inherentes al imputado, llevando a cabo una investigación exhaustiva y eficaz que se base en la objetividad que debe manifestar este órgano, permitiendo con ello el desarrollo de un debido proceso, que no permita lugar a dudas sobre las decisiones del órgano jurisdiccional.

CONCLUSIONES

1. Las limitaciones que exhiben las acusaciones, perjudican directamente el ejercicio de la defensa, en tanto ésta es respuesta a una actividad fiscal que ofrece márgenes de ambigüedad, que aparte de comprometer la posibilidad de perseguir y sancionar el hecho delictivo, violentan el Estado de Derecho al someter al acusado a una doble persecución penal bajo la premisa de culpabilidad.
2. La acusación alternativa resulta incompatible con la claridad y precisión jurídica que se espera de una acusación, ya que no establece los límites dentro de los cuales los demás sujetos del proceso penal, deben desarrollar sus propias estrategias, debido a la ineficacia del Ministerio Público, que afecta de manera diferencial a los distintos sectores sociales y no solamente al acusado.
3. La forma en que se describen los hechos, permite también inferir el criterio del fiscal para desbrozar la complejidad que caracteriza al universo fáctico y extractar, de esa realidad diversa, sólo los datos relevantes y jurídicamente significativos; es decir, aquellos hechos a los que el derecho atribuye una consecuencia jurídica, que en la materia analizada es la sanción penal o alternativamente, los supuestos en que ésta debe excluirse.
4. Las funciones investigativas y acusatorias del Ministerio Público hacen que sea una consecuencia necesaria y racional, que su estructura y organización asegure la unidad de actuación en base a una reevaluación de las exigencias de sus propias funciones y no desde los antecedentes inquisitivos que se ligan a la actividad jurisdiccional ya que la unidad de actuación no solo es necesaria sino imprescindible para lograr la ejecución adecuada de las políticas de persecución penal.

RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Público debe estructurarse como un cuerpo orgánico para garantizar coherencia y unidad con adecuados nexos de coordinación entre todos sus estamentos jerárquicos, para lograr la unidad de actuación. Los fiscales deben ser "dependientes" del poder que se establezca por razones operativas, pero "independientes en el ejercicio de sus funciones". El orden jerárquico es indispensable para que todas las instrucciones se canalicen a través del jefe inmediato del órgano para dirigir la investigación.
2. Es necesario que Ministerio Público antes de presentar un acto conclusivo como la acusación, determine su fundamentación para evitar crear incertidumbre jurídica en el debate, asimismo se considere a la acusación alternativa como parte de una política de última ratio para el ejercicio de la persecución penal, garantizando una única persecución y no un maquillaje jurídico de culpabilidad, violentando derechos y garantías inherentes al imputado.
3. Las consecuencias de favorecer la emisión de acusaciones que podrían resultar infundadas, compromete la amplitud de la controversia y la posible refutación de tales pruebas por la defensa. El Agente Fiscal, debe tener presente que en el sistema procesal penal guatemalteco, si bien lo relevante es la prueba que se produzca en el debate, por lo general en la etapa intermedia, sobre la base de la acusación fiscal, se introduce argumentos enderezados a descalificar la presunta sospecha y promover el sobreseimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Derecho procesal penal**. tomo I, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2004.

BARRIENTOS PELLECCER, Cesar. **Derecho procesal penal guatemalteco**. tomo I, 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Magna Tierra, 1997.

BINDER BARZIZZA, Alberto. **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: (s.e.), 1993.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliastás, 1979.

CALDERON CERNA, C. **El proceso penal ordinario – exégesis de los delitos agravados**. (s.l.i.) Ed. Legales. 2001.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**. ed., comentada; Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas, 2004.

CHOW, Napoléon. **Técnicas de investigación social**. Costa Rica: Ed. Universitaria Centroamericana, 1976.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Guatemala: (s.e.), 2003.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe S.A, 1990.

Escuela de Verano del Poder Judicial. **Seminario especializado de derecho procesal penal: principios procesales y debido proceso.** tomo I, Guatemala: (s.e.), (s.f.).

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

GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario. **La defensa de la constitución.** Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: (s.e.), 1986.

GIMENO SENDRA, V. **Derecho procesal penal.** Madrid, Ed. Colex, 1996.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y Movilla Álvarez, Claudio. **El poder judicial.** Madrid, España: Ed. Tecnos, S. A., 1986.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **El observador.** Guatemala: (s.e.), 2003.

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

MAIER, J. **Derecho procesal penal.** Tomo I. Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1996.

MEYERS, Diana T. **Los derechos inalienables.** Guatemala: Ed. Alianza Universidad, 1989.

Ministerio Público de la República de Guatemala. **Manual del fiscal.** Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Guatemala: (s.e.), 2001.

MIR PUIG, S. **Derecho penal - parte general.** 4ª. ed.; Barcelona, (s.e.), 1996.

MIXÁN MASS, F. **Juicio Oral.** Trujillo, España: Ed. Marsol, 1988.

MORAS MON, Jorge R. **Manual de derecho procesal penal**, 3ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abelado Perrot, 1993.

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

PRADO SALDARRIAGA, V. **Derecho penal jueces y jurisprudencia (parte general)**. (s.l.i.) Ed. Palestra, 1999

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S. A., 1990.

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

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

Legislación:

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

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

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala.