

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

**IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA DEL TESTIGO ENCUBIERTO EN EL SISTEMA
PENAL GUATEMALTECO**

JUANA CECILIA CRUZ OVANDO

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2006

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

**IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA DEL TESTIGO ENCUBIERTO EN EL SISTEMA
PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUANA CECILIA CRUZ OVANDO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2006

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

DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase :

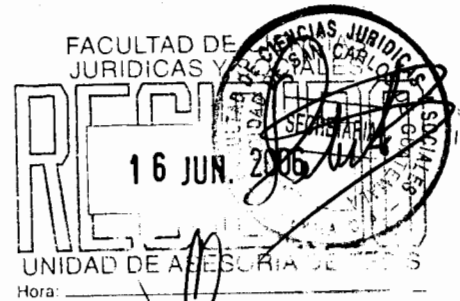
Presidente:	Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
Vocal :	Lic. Jorge Leonel Franco Morán
Secretario:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno

Segunda fase:

Presidenta:	Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
Vocal:	Licda. Viviana Nineth Vega Morales
Secretario:	Lic. Julio Cesar Zenteno Barillas

RAZON: “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)

Corporación de Abogados
Licenciada Lourdes Eugenia Rizzo Velásquez
Abogada y Notaria



Guatemala 13 de junio de 2006

Licenciado

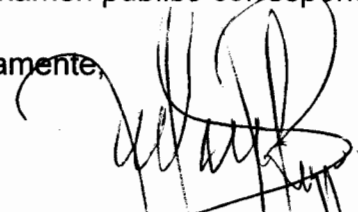
Mario Ismael Aguilar Elizardi
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

Licenciado Aguilar:

En atención a providencia del 4 de abril de 2006 y cumpliendo con el encargo que se me hiciera, actuando en función de asesora de trabajo de tesis; mediante la presente nota, dejo constancia que he asesorado la redacción final del trabajo de tesis de la bachiller JUANA CECILIA CRUZ OVANDO, intitulado VENTAJAS DE IMPLEMENTAR LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DEL TESTIGO ENCUBIERTO, por lo que, por este medio informo a usted que se procedió para tal efecto, conforme lo estipulan los artículos 28 y 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público.

Es opinión de la suscrita, que el presente trabajo de tesis llega a satisfacer los requisitos que se han requerido para esta clase de trabajos. El mismo se ha desarrollado de una forma esmerada y continua y las sugerencias, después de haber sido discutidas, consideradas y valoradas han sido incorporadas por parte de la autora del trabajo; y conforme a lo analizado en el mismo me parece conveniente que el presente trabajo se intitule de la siguiente forma: VENTAJAS DE IMPLEMENTAR LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DEL TESTIGO ENCUBIERTO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO... Por lo que se considera que el mismo puede servir de base para el examen público correspondiente.

Sin otro particular atentamente,



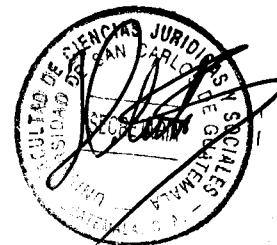
LOURDES EUGENIA RIZZO VELASQUEZ
Abogada y Notaria
Colegiada N°. 6113

Lourdes Eugenia Rizzo Velásquez
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecinueve de junio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (a) ALBERT CLINTON WHYTE BERNARD**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **JUANA CECILIA CRUZ OVANDO**, Intitulado: **"VENTAJAS DE IMPLEMENTAR LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DEL TESTIGO ENCUBIERTO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del titulo de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/slh



Licenciado
Albert Clinton Whyte Bernard
 Abogado y Notario

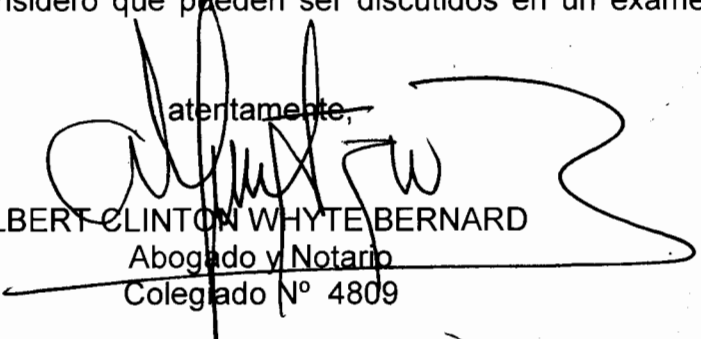
FACULTAD JURIDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 17 AGO. 2006
 Guatemala 1 de agosto de 2006
 Hora: _____
 Firma: _____

Licenciado
 Marco Tulio Castillo Lutín
 Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
 Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales
 Universidad de San Carlos de Guatemala
 Su despacho.

Licenciado Castillo Lutín:

En atención a providencia de fecha 19 de junio de 2006 y cumpliendo con el encargo que se me hiciera, actuando en función de revisor de trabajo de tesis; mediante la presente nota, dejo constancia que he revisado la redacción final del trabajo de tesis de la bachiller JUANA CECILIA CRUZ OVANDO, intitulado VENTAJAS DE IMPLEMENTAR LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DEL TESTIGO ENCUBIERTO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO, por lo que, por este medio informo a usted que se procedió para tal efecto, conforme lo estipulan los artículos 28 y 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público.

Es opinión del suscrito, que en el presente trabajo de tesis, se han hecho las correcciones y modificaciones necesarias; y luego de haber sido discutidas con la bachiller, han sido incorporadas por parte de la autora del trabajo, por considerar que las mismas encuadran en la temática del trabajo revisado. y conforme a lo analizado en el mismo me parece conveniente que el presente trabajo se intitule de la siguiente forma: IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA DEL TESTIGO ENCUBIERTO EN EL SISTEMA PENAL GUATEMALTECO. Puedo por lo tanto, concluir que el presente trabajo, llega a satisfacer los requisitos que se han requerido, ya que contiene puntos de vista sustentables, que a criterio del suscrito, fundamentan la tesis del la sustentante; por lo que considero que pueden ser discutidos en un examen oral y público.

atentamente,


LIC. ALBERT CLINTON WHYTE BERNARD
 Abogado y Notario
 Colegiado N° 4809

Lic. Albert Clinton Whyte Bernard
 ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de octubre del año dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **JUANA CECILIA CRUZ OVANDO** Titulado **IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA DEL TESTIGO ENCUBIERTO EN EL SISTEMA PENAL GUATEMALTECO** Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



ÍNDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El proceso penal	1
1.1 Sistemas procesales	1
1.2 Definición de los sistemas procesales	1
1.2.1 Sistema inquisitivo	1
1.2.2 Sistema acusatorio	2
1.2.3. Sistema mixto	3
1.3 Características	5
1.3.1 Características del sistema inquisitivo	5
1.3.2 Características del sistema acusatorio	6
1.3.3 Características del sistema mixto	7
1.3.4 Características esenciales del Código Procesal Penal guatemalteco	8
1. 4 Establecimiento del juicio oral en Guatemala	9

CAPÍTULO II

2. Órgano acusador	11
2.1 El Ministerio Público	11
2.2 Definición	11
2.3 Obligaciones	12
2.3.1 La investigación	14
2.3.2 Fines del Ministerio Público	16
2.4. Acusación	17
2.4.1 Acusación privada	17
2.4.2 Acusación popular	18
2.4.3 Acusación estatal	18

	Pág.
2.4.4 La acusación fiscal	19
2.4.5 Efectividad de la acusación	22
2.4.6 Deficiencias de la acusación	26
2.5 Actuación del Ministerio Público en el proceso penal	31

CAPÍTULO III

3. La investigación.	37
3.1 La prueba	37
3.1.1 Medio de prueba	38
3.1.2 Definición	38
3.2 Clasificación de los medios de prueba	39
3.2.1 Objeto de prueba	41
3.2.1.1 Fase probatoria	42
3.2.1.2 La libertad probatoria.	43
3.2.2 Obligación del Ministerio Público de probar la legitimidad de la prueba.	44
3.3 Prueba testimonial.	44
3.3.1 Importancia del testimonio en el proceso penal	45
3.3.2 Clasificación de los testigos	45
3.3.3 Características de la prueba testimonial.	47
3.3.4 Desarrollo de la prueba testimonial	48
3.4 Testigo encubierto	49
3.4.1 Personas que pueden participar como testigo encubierto	50
3.4.1.1 Actividades permitidas	51
3.4.2 Procedimiento para obtener el medio de prueba	58
3.4.3 Protección al testigo encubierto	62
3.4.4 Implementación del medio de prueba del testigo encubierto en el proceso penal guatemalteco	64
3.5 Diferencias entre la prueba testimonial y la del testigo encubierto.	67
3.6 Eficacia de la prueba del testigo encubierto	68

	Pág.
3.7 El agente encubierto en la legislación comparada74

CAPÍTULO IV

4. Ventajas y desventajas que ofrece la prueba del testigo encubierto a la acusación hecha por el Ministerio Público en el proceso penal guatemalteco.81
4.1 Ventajas que ofrece la prueba del testigo encubierto en el proceso penal81
4.2 Ventajas de una efectiva acusación82
4.3 Ventajas de la prueba del testigo encubierto en la acusación del Ministerio Público85
4.4 Desventajas de la prueba del testigo encubierto en la acusación del Ministerio Público86

CAPÍTULO V

5. El testigo encubierto en el debate93
5.1 Incorporación de los medios de prueba al debate93
5.1.1 La prueba incorporada irregularmente al proceso99
5.1.2 Momento procesal para ofrecer, aportar y producir la prueba. . .	100
5.1.3 Admisibilidad de los medios de prueba.	101
5.1.3.1 Inutilidad del medio de prueba.102
5.1.3.2 Idoneidad del medio de prueba.	103
5.1.3.3 La prueba ilegal.	104
5.1.3.3.1 La subsanación de la prueba ilegal.104
5.1.3.3.2 La impugnación de la prueba ilegal.106
5.1.3.4 La prueba obtenida a través de medio prohibido.	107
5.2 Valoración de la prueba en el debate.	108
5.2.1 Sistemas para valorar la prueba.109
5.2.1.1 Principio de la libre apreciación de la prueba.110
5.3 Incorporación de la prueba del testigo encubierto en el debate110

	Pág.
5.4 Valoración de la prueba del testigo encubierto en el debate	111
CONCLUSIONES	113
RECOMENDACIONES	117
BIBLIOGRAFÍA	119

DEDICATORIA

A Yahvé, mi Dios:

Por este regalo, hoy solo puedo decir, como dijo el salmista “Como te pagaré ¡oh! Señor, todo el bien que me has hecho”.

A la santísima virgen María:

Madre de mi Señor y madre mía, quien siempre me ayuda con su ejemplo, de mujer fuerte y sencilla, que me anima a seguir y hoy, por su intercesión, el sueño es una realidad.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, a la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales:

Cuna del saber que acogió mis deseos de aprender y que ha sido la fuente del conocimiento científico, de la que se ha alimentado mi ser.

A mis padres:

Aurelio Cruz y Dora Lilia Ovando Ardon; quienes desde el cielo ruegan a Dios por mi, y gracias a sus oraciones, hoy he alcanzado la meta. ¡los amo!.

A mis hijos:

José Alberto y Kimberly Roxana, por todo el apoyo que me han brindado, los sacrificios que hemos sufrido, el tiempo que no les he dedicado por ocuparlo en mis estudios y por ser ustedes la razón de mi lucha, día a día, ¡Los amo!. Gracias hijo, por que un día yo soñé con tu nacimiento; y ahora, eres mi consuelo y mi apoyo, y ambos son el regalo mas grande que Dios me ha dado.

A mis hermanos:

Ana Refugio, María del Carmen, Miriam Angélica, Rosa Antonia, María Lilia, especialmente a María Estela y Fernando Aurelio, por el apoyo que fueron para mi en estos momentos; este triunfo es de ustedes.

Al Padre Antonio Zuleta:

Por ser el ángel de luz, que puso Dios en mi vida, ya que con su enseñanza, su dedicación y guía, ahora soy una persona mejor.

**Al Padre Gregorio
Mendoza:**

Porque su amistad y cariño, durante estos años, han sido un gran apoyo en mi caminar. Gracias por sus oraciones, porque han sido escuchadas.

A Mercedes Soto:

Por ser mi gran amiga y una madre, en los momentos más difíciles de mi formación, muchas gracias, por tu cariño, paciencia, por tu apoyo y tus cuidados, que Dios te bendiga siempre.

**A La escuela de
alta capacitación
Royal Boreau:**

Por compartir con nosotros sus conocimientos y su experiencia, especialmente al Licenciado Guillermo Iturriaga, por su dedicación y paciencia, en mi preparación. Que Dios lo bendiga.

A mis padrinos:

Licda. Sandra Elizabeth Aguilar González de Falco, Licda. María Estela Cruz Ovando, Licenciado Gustavo Bonilla, con especial cariño, gracias por compartir este triunfo.

A mis amigos:

Felipe Augusto Menéndez Duarte, Fernando Donis, quienes siempre me brindaron su ayuda. La familia Méndez, Alma de Méndez, en quien siempre encontré una mano amiga cuando la necesité.

**A la Licda. Lourdes
Eugenia Rizzo
Velásquez:**

Por su amistad y apoyo durante estos momentos tan importantes para mi vida.

**Al Licenciado
Albert Whyte:**

Porque gran parte de este triunfo te pertenece, desde el inicio hasta el final de esta carrera has estado junto conmigo, colaborando y apoyándome, Gracias amigo, siempre tendrás un lugar especial en mi corazón. ¡Te quiero mucho!

**A Los misioneros
Combonianos:**

Especialmente a los padres Juan maría Piu, Antonio Patané, Salvatore Bragantini, al Hno. Misael Ángel Montero. Aunque están lejos, se que comparten conmigo estos momentos de triunfo y alegría.

INTRODUCCIÓN

La delincuencia organizada, constituye una de las actividades ilegales más complejas; su forma de operar, infringe el orden legal vigente y daña el Estado de derecho, quebranta la confianza de la sociedad hacia las instituciones del Estado, desintegra familias e implanta temor y corrupción. A través de muchos años este fenómeno se ha ido enraizando paso a paso en las sociedades.

La lucha del sistema penal tradicional para reaccionar frente a la así llamada “criminalidad organizada” se ha expandido notoriamente en los últimos tiempos. Los primeros frutos de este proceso ya están a la vista; nuevos tipos penales, elevación de las penas previstas en varios de los delitos ya existentes, reformas al procedimiento penal, con el fin de tornarlo “apto”, como herramienta, para la lucha contra nuevas formas de delincuencia, cuya complejidad se afirma, excedería su capacidad funcional actual.

Uno de estos nuevos métodos adoptados por la acción penal, en los distintos países es: La introducción en el esquema clásico del procedimiento penal del *agente encubierto*, es decir, del miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas, con el fin de recabar información, y su compatibilidad con los postulados básicos del derecho procesal penal.

Por lo que para ello, en el desarrollo del presente trabajo, se ha a utilizado el método deductivo ya que se ha tratado de analizar y estudiar todos los elementos necesarios para poder comprobar, cuáles son las ventajas y desventajas que la implementación del testigo encubierto trae al Ministerio Público, para sustentar la acusación dentro del proceso penal guatemalteco, sobre todo en los delitos de gran impacto social, además utilizamos el método jurídico, con la finalidad de establecer, el procedimiento desde el punto de vista legal para realizar la prueba del testigo encubierto.

(ii)

Se utilizó como técnicas de investigación, las fichas bibliográficas, entrevistas por medio de preguntas directas, las que se realizaron a fiscales del Ministerio Público, y a distinto personal, que tiene relación directa con la tramitación de los procesos penales, y el resultado que cada una de ellas ha tenido, en cuanto a lo solicitado por el Ministerio Público y la resolución del Juez. Para lo cual se ha analizado los sistemas procesales, profundizando el tema, sobre el Ministerio Público, haciendo un pequeño estudio sobre la prueba y realizando un análisis, sobre la eficacia que cada una de ellas producen, al sustentar la acusación, para luego introducirnos en el análisis sobre, las ventajas y desventajas que puede tener la práctica del testigo encubierto, como elemento necesario, para poder efectuar una acusación más consistente y real; la efectividad de dicho medio de prueba, para poder establecer la culpabilidad y participación de los autores del delito, partiendo siempre de la necesidad de proteger los derechos individuales, consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala; la importancia de la participación del testigo encubierto como parte de los operativos que realiza el Ministerio Público o la Policía Nacional Civil y, quiénes son los encargados de la investigación.

Se ha realizado un análisis sobre las causas por las cuáles la acusación planteada por el Ministerio Público fracasa en gran mayoría y cómo la participación del testigo encubierto, podría ayudar a lograr mayores éxitos, en cuanto al control del crimen organizado y delitos graves; la forma de presentarla para su incorporación dentro de los medios de prueba en el debate, así como la protección que deberá prestársele por parte del Estado al testigo encubierto.

Para poder lograr todo esto, como se expresó, se han realizado diferentes encuestas a profesionales, agentes fiscales del Ministerio Público, quienes afrontan día a día distintas dificultades al realizar las acusaciones, y no cuentan con sustentación probatoria suficiente.

(iii)

Tomando en cuenta estas circunstancias, se ha querido analizar lo referente a la prueba del testigo encubierto, para establecer si ella puede dar una verdadera solución al Ministerio Público al momento de efectuar la acusación y que la misma sea efectiva, así como considerar la efectividad de la prueba del testigo encubierto en el proceso penal guatemalteco; toda vez que ya no se trataría de obtener, el testimonio de personas simplemente observadoras, que pueden ser intimidadas, obligadas y que en el peor de los casos compradas; sino de personas que contarían con el apoyo del Estado, al ser protegidas, tanto en su integridad física, como su identidad, lo que les permitiría actuar con libertad y, sus declaraciones tendrían mayor confiabilidad, dando como resultado, una acusación sólida, para conseguir el castigo de los responsables, sin temor a equivocaciones en cuanto a la identidad del procesado, su responsabilidad y participación en el delito.

El presente trabajo de investigación contiene cinco capítulos. En el primer capítulo se desarrolla el proceso penal, los sistemas procesales, su definición, características y el juicio oral en Guatemala; en el segundo capítulo, se establece el órgano acusador, su definición, obligaciones, la acusación, la efectividad de la acusación, sus deficiencias y la actuación del Ministerio Público en el proceso penal; en el tercer capítulo se analiza la investigación, los medios de prueba, la prueba testimonial, el testigo encubierto, la implementación del medio de prueba del testigo encubierto en el proceso penal guatemalteco, la eficacia de la prueba del testigo encubierto y, el agente encubierto; en el cuarto capítulo se desarrollan las ventajas que ofrece la prueba del testigo encubierto a la acusación hecha por el Ministerio Público, las ventajas que ofrece la prueba del testigo encubierto en el proceso penal, las ventajas de la prueba del testigo encubierto en la acusación del Ministerio Público y, las desventajas de la prueba del testigo encubierto en la acusación del Ministerio Público; y en el quinto capítulo se analiza el testigo encubierto en el debate, la incorporación de los medios de prueba al debate, la valoración de la prueba en el debate, la incorporación de la prueba del testigo encubierto en el debate y, la valoración de la prueba del testigo encubierto en el debate.

CAPÍTULO I

1. El proceso penal

1.1 Sistemas procesales

Según refiere Herrarte cuando cita a Florián, “existen formas fundamentales y formas accesorias del proceso. Las formas fundamentales son las que se observan en las funciones que se realizan en el proceso y son tres: la función de acusar, la función de defensa, la función de decisión.

Si se imputa a una persona la comisión de un delito, alguien debe hacer la imputación, por otra parte es preciso concederle al acusado la oportunidad de defenderse y rebatir la imputación que se le hace; y como consecuencia debe resolverse la situación del imputado por medio de un juicio, imponérsele una sanción si es culpable, o absolversele si es inocente. De ello concluye Florián que si las tres funciones anteriores están concentradas e una misma persona se tendrá como proceso inquisitivo; por el contrario si cada una de dichas funciones se encuentra ejercida por diferente persona se tendrá como sistema acusatorio”.¹

1.2 definición de los sistemas procesales

1.2.1 Sistema inquisitivo:

Es aquel procedimiento en el que el juez procede de oficio a la averiguación del delito, lleva a cabo la instrucción y por consiguiente la acusación,

A este respecto Herrarte expone: "Este sistema tuvo su origen en Roma y su denominación proviene del vocablo inquisito. 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 la expansión y de la posibilidad de los ciudadanos en su función de acusar, motivada por el cambio de costumbres. Este nuevo procedimiento tiene ya una tendencia inquisitiva y se caracteriza porque el

¹ Herrarte, Alberto. **Derecho procesal penal el proceso penal guatemalteco**, pág. 37

acusador se convierte en simple denunciante; funcionarios especiales llevaban adelante la acusación, después de una investigación secreta; el juzgador toma una participación activa en todo el proceso e interviene de oficio; desaparece el jurado y en su lugar se establecen magistrados que obran como delegados del emperador. Dicho sistema se desarrolló y tuvo su pleno apogeo en la edad media. El proceso inquisitorio es cruel y viola las garantías individuales.

Este sistema establece la forma escrita, la prueba legal y tasada, la secretividad y tiende a que las funciones procesales de acusación, defensa y decisión se concentren en el juzgador. Ante tales características el proceso penal en la etapa medieval se tornó en lento e ineficaz. El imputado se convierte en un objeto y deja la condición de parte. Pero lo más nefasto, es que daba lugar a que a los delincuentes de clases sociales bajas se les impusieran penas graves y gravísimas y, a los integrantes de las clases sociales altas se les impusieran penas leves. En esa época, el proceso penal empezó a tomar un carácter político y de defensa de la clase dominante." 2

En este sistema los magistrados o jueces son permanentes; el juez es el mismo sujeto que investiga y dirige, acusa y juzga; la acusación la puede ejercer indistintamente el procurador o cualquier persona. La denuncia es secreta; es un procedimiento escrito, secreto y no contradictorio en el que impera con relación a la valoración de la prueba el sistema legal o tasado. Finalmente en relación a las medidas cautelares la prisión preventiva constituye la regla general del acusado que era la pieza fundamental, y en ocasión las de los testigos, las pruebas eran valorizadas a través del sistema de prueba legal o tasada;

1.2.2 Sistema acusatorio.

En relación a este tópico Herrarte se pronuncia así: "Este sistema es el más antiguo y su denominación proviene del vocablo *acusatio*. Tuvo sus orígenes en la época antigua, en Grecia, y fue mejorado en Roma. En el proceso histórico, el

² *Ibid*, pág. 40

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 y sociales de la época, encontramos el principio de la acusación popular mediante la cual, todo ciudadano libre estaba facultado para ejercer la acción penal de los delitos públicos ante el Senado o la Asamblea del Pueblo. El acusador debía ofrecer las pruebas y el imputado podía solicitar un término para su defensa, no obstante estar autorizada la tortura. El debate era público y oral. El sistema acusatorio puro se encuentra establecido en Inglaterra, país que desde que lo instauró, no se ha interrumpido su aplicación por otra clase de proceso. Es en dicho país donde se establece el gran jurado. Este sistema es instaurado por los ingleses en los Estados Unidos de Norteamérica." ³

"Los antecedentes históricos del Sistema Acusatorio se remontan al Derecho romano, específicamente en la época de Dioclesiano, por el poder absorbente del emperador que hacía las veces de 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 reo adquiere una importancia fundamental; este sistema fue adoptado rápidamente en la generalidad de países europeos". ⁴

1.2.3 Sistema mixto.

Tratando de encontrar un proceso adecuado e intermedio entre los sistemas procesales anteriormente citados, donde se mantuviera la secretividad en aquellas diligencias en que dicha exigencia fuera indispensable y la publicidad al recibir la prueba y presentar los alegatos, se ensayaron fórmulas de procedimientos que mezclaron lo secreto y lo escrito del sistema inquisitivo y lo público y oral del sistema acusatorio. En este sentido fueron los franceses quienes encontraron el proceso adecuado y de ahí que, en la actualidad, ya son varios los países que aplican fórmulas idénticas a las de los franceses tales son los casos de Costa Rica y Argentina.

³ **Ibid.** pág. 38.

⁴ Omeba Gara, **Enciclopedia jurídica bibliográfica**, pág. 384

Castellanos al respecto expone: "El sistema mixto ha nacido de una aspiración, o mejor dicho, de una necesidad. Esta es la de conciliar hasta donde sea posible los dos principios fundamentales del sistema acusatorio e inquisitivo; es decir, el interés individual del procesado y el de la sociedad como ofendida, que se considerada facultada para castigar al delincuente. Con esa conciliación, como es natural se persigue la finalidad de buscar la manera de que no se sacrifique un principio en favor de otro. Por esa causa es que dentro del sistema procesal mixto, se combinan los caracteres del acusatorio y del inquisitivo para garantizar de ese modo, en forma equitativa, los derechos de la acusación y la defensa." ⁵

Herrarte expone: "Con la Revolución Francesa abandona Francia el sistema tradicional establecido por la ordenanza de Luís XIV y adopta el sistema acusatorio anglosajón, que tiene corta vigencia. En 1808 se emite el Código de Instrucción Criminal, que perfecciona un sistema mixto, que es el que ha servido de modelo a la mayor parte de los códigos modernos. Según este Código, existe una primera etapa preparatoria de instrucción eminentemente inquisitiva, secreta y sin contradictorio, cuyos actos no tienen mayor validez para el fallo. La segunda etapa es oral y pública, con garantía del contradictorio. Subsiste el jurado de decisión (Corte de Asieses), pero se suprime el jurado de acusación -Gran Jurado- y en su lugar se establece la Cámara de Acusación, o sea, a donde pasan los asuntos después del período preparatorio, para los efectos de la acusación.

"El Ministerio Fiscal interviene como único acusador y el ofendido solamente tiene el ejercicio de la acción civil. En la actualidad, la fase de instrucción tiene cierta oportunidad de contradictorio. En 1958 ha sido emitido un nuevo Código en el que se permite al ofendido el ejercicio de la acción penal y se establece el juez de aplicación de penas. La ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1982 se inclina por el procedimiento mixto. Después de una etapa de instrucción, tiene lugar el juicio oral y

⁵ Castellanos, Carlos. **Derecho procesal guatemalteco, curso de procedimientos penales**, pág. 6

público, contradictorio, ante jueces técnicos y colegiados, que resuelven en única instancia, pero estableciéndose el recurso de casación ante el tribunal supremo." ⁶

1.3 Características

1.3.1 Características del sistema inquisitivo:

- El procedimiento se inicia de oficio, es de naturaleza escrita y secreta, admitiéndose incluso para iniciarlo la denuncia anónima lo que resuelve la falta de acusador;
- La justicia penal pierde el carácter de justicia popular, para convertirse en justicia estatal;
- Con respecto a la prueba, el juzgador elegía a su criterio las más convenientes, prevaleciendo el uso del tormento, el cual era utilizado comúnmente para obtener la confesión
- Este sistema es objeto de muchas críticas, puesto que veda los derechos y garantías mínimas del imputado, que como todo ser humano, tienen derechos mínimos que deben observarse dentro de cualquier ordenamiento jurídico, tales como el derecho de defensa y publicidad;
- El derecho de defensa es nulo y la poca que hay o se permite, es realizada por el propio juez con el fin de demostrar su bondad ante el propio acusado; es más el derecho de acusación, de defensa y de decisión, están concentrados en el juez;

⁶ Herrarte, **Ob. Cit**; pág. 41

- En este sistema no se dan los sujetos procesales; el procesado no es tomado como sujeto de la relación procesal penal, sino como objeto del mismo;
- Es un sistema unilateral, o sea, de un juez con actividad uniforme opuesto al sistema acusatorio que es un sistema de partes.

Florián expresa, “en este sistema, las funciones de acusación, de defensa y de decisión están en manos de una sola persona, que es el juez. Es un sistema escrito en todos los actos procesales, incluyendo la prueba y las defensas. Niega la publicidad de los actos realizados, otorgando una publicidad limitada a las partes. Los actos procesales no se cumplen en forma continua y como éstos son escritos, la decisión final la puede dictar cualquier juez, aunque no haya participado activamente en ninguna actividad procesal. El juez dispone de amplios poderes de investigación para dirigir el proceso, recabando todas las pruebas.”⁷

1.3.2 Características sistema acusatorio:

- En este sistema concurren los principios de publicidad, oralidad y contradicción, imperando además los principios de igualdad, moralidad y concentración de todos los actos procesales;
- El procedimiento penal se inicia a instancia de parte, dándole la vida a la acción popular, ya que se da derecho de acusar, no sólo a la víctima, sino a cualquier ciudadano;
- Las pruebas son propuestas y aportadas libremente por las partes y la valoración la efectúa el juzgador de acuerdo al principio de libre valoración de la prueba conocido como sana crítica;

⁷ Florián, Eugenio, **Elementos de derecho procesal penal**, pág. 64

- Las funciones procesales fundamentales están separadas: El juez únicamente es el mediador durante el proceso penal, ya que se limita a presidir y encara el debate.

Este sistema se caracteriza por las máximas siguientes: "El juez no puede proceder más que a instancia de parte", "el juez no debe conocer más de lo que pidan las partes", "No hay juez sin actos", "El juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes". Este sistema ha sido adoptado por muchos países Europeos, en Estados Unidos de América, Puerto Rico y México (sólo para asuntos federales), para su efectividad se requiere un buen equilibrio no sólo cultural sino social y político, ya que su desarrollo y eficacia en una sociedad dependen en gran medida de que se cumpla con el valor "justicia".⁸

1.3.3 Características del sistema mixto:

- 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 o decisiva;
- Su principal objetivo es equilibrar los intereses del individuo con los intereses de la sociedad;
- En la etapa de instrucción predomina la secretividad, la brevedad o sumario, la investigación sin contradictorio. En la fase del juicio por su parte, predomina la oralidad, la publicidad, la inmediación y la economía procesal;
- La prueba es de libre valoración por el juzgador, lo que se conoce como sana crítica, o lo que el actual Código Procesal Penal denomina Sana Crítica razonada;

⁸ **Ibid**, pág. 100

-El tribunal no interviene en la instrucción del proceso y puede ser unipersonal (juzgado) o colegiado (tribunal).

Herrarte al citar a Vélez señala que: "El juicio oral, público, contradictorio, continuo, se presenta como el mecanismo más práctico para lograr la reproducción lógica del hecho delictuoso, como el más eficiente para descubrir la verdad, como el más idóneo para que el juez forme su correcto y maduro convencimiento, como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes oportunidad para defender sus interés, como el que permite al contralor público de los actos judiciales, que es fuente de rectitud, de ilustración y de garantía de justicia, como el que mejor responde a las exigencias constitucionales." ⁹

1.3.1.4 características esenciales del código Procesal Penal guatemalteco Implementación del Sistema Acusatorio

Existen dos sistemas clásicos y predominantes de organización del proceso penal: El acusatorio y el inquisitivo. En Guatemala, hasta antes de la vigencia del Decreto 51-92 del Congreso de la República, imperó el sistema inquisitivo.

El sistema inquisitivo es ad hoc para gobiernos autoritarios, ya que la persecución penal constituye un derecho de los órganos jurisdiccionales, cuya intervención, no requiere de solicitud o de la actividad de acusador, lo que permite la actuación secreta oficial y la marginación del sistema de justicia en numerosos delitos. La acusación y la función de juzgar se encuentran reunidas en el juez, frente al cual el imputado está en una posición de desventaja, pues el carácter semi secreto y escrito, dificulta la defensa e impide contraponerse al investigador por su papel de juez y parte; prevalece asimismo, la prisión provisional del procesado; la dirección de las pruebas está a cargo del juzgador quien dispone del proceso.

⁹ Herrarte, **Ob. Cit**; pág. 145

El Código Procesal Penal Decreto 51-92, importa a Guatemala el sistema acusatorio, que responde a concepciones políticas democráticas, en las cuales encuentran reconocimiento, protección, y tutela las garantías individuales. Este sistema se caracteriza, por la separación de las funciones de investigar y juzgar, con lo que el órgano jurisdiccional, no está vinculado a las pretensiones concretas del querellante o de la sociedad representada por el Ministerio Público, todo lo cual coloca al imputado en igualdad de derechos, con la parte acusadora. Este procedimiento está dominado por las reglas de la publicidad y la oralidad de las actuaciones judiciales y de la concentración e inmediación de la prueba.

Prevalece como regla general, la libertad personal del acusado hasta la condena definitiva y el juez mantiene una actitud pasiva, en la recolección de pruebas de cargo y descargo; consecuentemente, el proceso está condicionado al hecho de que alguien lo inste, tarea que corresponde al Estado a través del órgano acusador que defiende a la sociedad frente al delito.

1.4 Establecimiento del juicio oral en Guatemala.

En el presente siglo, las naciones más avanzadas han adoptado, en su mayoría, el procedimiento oral y público, que confiere a las partes el impulso procesal. Permite al juzgador relacionarse directamente con el imputado y recibir personalmente los alegatos, así como participar en la producción de las pruebas mediante audiencias concentradas. Todo lo cual acelera el procedimiento que se efectúa en presencia del público. Asimismo, posibilita al tribunal de sentencia una visión concreta, imparcial, objetiva y directa del hecho que se juzga y el conocimiento de las características personales del acusado y del contexto en que actuó, así como de las argumentaciones de las partes.

El principio de oralidad rige especialmente en la fase del debate, en la que los jueces deberán dictar sentencia exclusivamente sobre lo planteado en su presencia y en diligencias de prueba concentrada. Sólo en casos especiales es posible la lectura

de un documento; y las diligencias de prueba anticipada escritas deberán ser necesariamente recogidas y leídas en audiencia pública para tener validez, con participación de las partes. Siendo público el debate es posible conocer y evaluar lo que ha determinado al juez dictar la sentencia.

Herrarte citando a Calamandrei señala que “los principios modernos del proceso oral, se fundan principalmente en la colaboración directa entre el juez y los abogados, la confianza y naturalidad de sus relaciones y el diálogo simplificador, consistente en pedir y dar explicaciones con el fin de esclarecer la verdad. Los jueces pueden tomar parte activa pero limitada, en el debate para hacer preguntas y objeciones a las partes, a los testigos y, peritos e interrogar sobre cuestiones esenciales que motivan el proceso”.¹⁰

La implementación del juicio oral en Guatemala, corresponde a la demanda nacional de pronta, efectiva, expedita y honesta administración de justicia y reestructuración y cumplimiento del Derecho. Tampoco es extraño al derecho maya o Consuetudinario Indígena, que es oral.

Pero por las características propias del Código Procesal Penal guatemalteco Decreto 51-92, podemos decir que, no es un sistema acusatorio puro, tampoco se trata de un sistema mixto, es un sistema acusatorio aplicado especialmente a las necesidades de Guatemala.

¹⁰. **Ibid**, pág. 48

CAPÍTULO II

2. Órgano acusador

2.1 El Ministerio Público

“Es una institución que nace a finales de la Edad Media en varios países europeos, no obstante que se han considerado de origen francés, porque en Francia fue donde adquirió un mayor desarrollo, surgió como una necesidad del poder real para defender los intereses del fisco, de donde deriva el nombre de Ministerio Fiscal, pero también como una necesidad, para llenar el vacío que se producía cuando por falta de interés no había acusador particular para la persecución de los delitos, de ahí la doble naturaleza, como entidad encargada de defender intereses fiscales y como entidad promotora de la justicia penal. Esta doble naturaleza ha influido en el concepto que se tenga del Ministerio Público.

Para algunos el Ministerio Público es un órgano del poder ejecutivo y la forma como éste interviene en la administración de justicia. Otros como Carnelutti sostienen que es un órgano de la jurisdicción y algunos que estiman que el Ministerio Público, representa a la sociedad y que en tal sentido debe ser elegido democráticamente”.¹¹

2.2 Definición

“Cabanellas lo define como la institución y el órgano encargado de cooperar en la administración de justicia velando por el interés del Estado, de la sociedad y los particulares, mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, haciendo observar las leyes y promoviendo la investigación y represión de los delitos”.¹²

“El Ministerio Público es una institución pública del Estado que realiza una función de protección social, tiene a su cargo el deber de la tutela jurídica de los intereses del Estado y de la sociedad. A esta institución le corresponde ejercitar la

¹¹ **Ibid**, pág. 89

¹² Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 424

acción penal si procediere; y siempre que existan elementos para ello, iniciar la averiguación previa, a petición de parte o de oficio y allegarse en este período de investigación de los elementos o datos que presuman o acrediten la presunta responsabilidad del sujeto, en la comisión del ilícito o delito, para que esté en posibilidad legal de ejercitar la acción penal”.¹³

Según, De la Cruz Agüero, al citar a Carocca dice: “el Ministerio Público es la "Institución u organismo de carácter administrativo, que pertenece al poder Ejecutivo Federal o Estatal, y entre sus funciones se encuentran, las de representar a la Federación o al Estado y a la sociedad en sus intereses públicos; investigar la comisión de los delitos y perseguir a los delincuentes, en cuya actividad tendrá como subordinada a la policía ministerial; ejercitando la acción penal ante los tribunales judiciales competentes y solicitar la reparación del daño cuando proceda; como representante de la sociedad procurar la defensa de sus intereses privados cuando se trate de ausentes, menores o incapacitados, etc.”¹⁴

2.3 Obligaciones

“La intervención o gestión procesal del Ministerio Público, corresponde a dos principios fundamentales, Mantener el orden Constitucional del Estado en las aplicaciones relativas a las materias en que ha de actuar este Ministerio. La protección y defensa de personas y cosas puestas bajo el amparo del poder social, en cuanto se refieran a determinadas funciones de este mismo Ministerio.

Frente a toda violación jurídica, ante toda agresión al individuo, a la colectividad o al Estado, el Ministerio Público debe erigirse en el baluarte más firme de los ciudadanos y de las instituciones públicas. Al estrago de la perversidad en acción,

¹³ Revista de la Universidad de Phoenix on line. **Historia y antecedentes del proceso penal**, www.cursos1000.com/-university-of-Phoenix-on-line-c13+OiomDpOgo.html. (12-3-2006)

¹⁴ Carocca Pérez, Alex, **Garantía constitucional de la defensa procesal**, pág. 100

debe oponer resueltamente el saludable rigor de la terapéutica legal, no sin motivo llamada por alguno la dinámica ofensiva.¹⁵

Cabanellas al citar al tratadista Alsina declara que: “al lado del poder judicial existe una magistratura particular, que si bien no forma parte del mismo, colabora con él en la tarea de administrar justicia, y cuya principal función consiste en velar, por el cumplimiento de las disposiciones que afecten el interés general.

La intervención del Ministerio Público en el proceso varía, así en la fase de investigación su intervención debe ser muy activa puesto que si ha de llevar la responsabilidad de la acusación, es preciso preparar esta, mediante el aporte de los elementos indispensables en la investigación. Posteriormente terminada la fase de investigación le corresponde al Ministerio Público decidir si debe llevar adelante la acusación o solicitar el sobreseimiento”.¹⁶

El Ministerio Público, como dice Herrarte citando a los autores: “Alcalá Zamora y Levene, “es una parte sui generis imparcial o desinteresada”, pero Carnelutti expresa que “una vez separada la acusación del juicio, interesa que el Ministerio Público sea un denodado acusador y que exige que así como el juez es colocado súper partes, debe ser imparcial, el Ministerio Público colocado Inter partes, sea parcial, ya que el Ministerio Público imparcial es una contradicción en los términos”.

17

La misión de persecución penal debe ceñirse a los límites o garantías que el Estado reconoce, pues los derechos fundamentales del ciudadano gozan de protección, también frente a las instituciones encargadas de las investigaciones. No cabe una investigación de los hechos bajo cualquier condición. Tanto la Constitución Política de la República de Guatemala, los Tratados Internacionales así como el Código Procesal Penal tienen reglas y principios procesales obligatorios. Y

¹⁵ Cabanellas, **Ob.Cit**; pág. 424

¹⁶ **Ibid.** pág. 424

¹⁷ **Ob. Cit**; pág. 92

apartarse de ellos no es permitido, aún si esto sirviera para encontrar la verdad. Estos principios rigen igual para la práctica de pruebas y por eso, el Código Procesal Penal, dispone en su Artículo 186, que todo medio de prueba para ser valorado debe haber sido obtenido por procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme las disposiciones de este Código.

La importancia fundamental del Ministerio Público, consiste en que en él radica el prerequisite procesal, que afirma o niega la existencia de conductas antijurídicas y propone ante la autoridad jurisdiccional, la consignación de los hechos denunciados con o sin detenido. Etapa preprocesal que resuelve los asuntos que podrán ser puestos a disposición del juez penal.

2.3.1 La investigación

Como una de sus más importantes obligaciones, es la Investigación preliminar, que tiende a averiguar si el hecho denunciado, constituye delito y debe individualizarse al presunto autor del mismo, es decir su posible participación en el hecho. Para ello el agente fiscal encargado del caso tiene las facultades que le otorga la ley, para que en caso no hubiese persona detenida, proceda a solicitar la aprehensión del sindicado en base a la investigación preliminar realizada.

La investigación penal, no está inmersa dentro de la función jurisdiccional. Ambas actividades tienen un mismo fin; la realización de la justicia penal. Pero son diferentes y excluyentes: o se acusa con fundamento o se juzga imparcialmente. No hay más.

Por lo anterior, el Código Procesal Penal atribuye acertadamente al Ministerio Público la función de investigar, bajo control jurisdiccional, desde el momento de la noticia criminis. Le otorga además el ejercicio de la acción penal y la calidad de parte protagonista esencial del proceso.

La Constitución Política de la República, de conformidad con la norma que encierra el Artículo 251, establece que el Ministerio Público, auxilia a la administración pública y a los tribunales, en forma independiente, es decir autónoma. De ahí que la función investigativa (con intervención de un juez contralor), de los hechos que pudieran generar acción penal (acusación) corre a su cargo. En efecto en nuestro ordenamiento adjetivo penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público, encontramos desarrollada la parte conducente del precepto constitucional comentado.

El Ministerio Público, como institución goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos, en la forma determinada en el Código Procesal Penal. Ninguna autoridad podrá dar instrucciones al Jefe del Ministerio Público o sus subordinados, respecto a la forma de llevar adelante la investigación penal o limitar el ejercicio de la acción. Establece la ley mencionada que el Ministerio Público, actuará independientemente, por su propio impulso y en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las leyes sin subordinación a ninguno de los organismos del Estado ni autoridad alguna, salvo lo establecido en la ley.

El Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que este Código le asigna, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales. (Artículo 46 Código Procesal Penal.) Asimismo, ejercerá la acción penal conforme a los términos de este código, concatenada la norma anterior con la que contiene el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que establece que tal institución es un ente con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública, además velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

La investigación formal la acciona el Ministerio Público, después de emitido el auto de prisión preventiva y deberá practicarse dentro del plazo máximo de seis meses, cuando se ha aplicado una medida sustitutiva o de tres si el sindicado está guardando prisión preventiva; en todo caso el Ministerio Público puede concluir su

investigación antes de los plazos señalados por la ley, por lo que debe proceder con la celeridad que el caso amerite.

El Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación, que es la preparación de la acción, tal como lo estipula el Artículo 309 del Código Procesal Penal, en su actividad investigadora el fiscal deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar: a) la existencia del hecho con las circunstancias de importancia para la ley penal, b) comprobar que personas intervinieron y de que forma lo hicieron; asimismo, investigará las circunstancias personales de cada uno, que servirán para valorar su responsabilidad; c) verificar el daño causado por el delito, aún cuando no se haya ejercitado la acción civil.

Para efectuar estas investigaciones el Ministerio Público, cuenta con funcionarios y agentes de la Policía Nacional Civil como auxiliares, quienes estarán subordinados al fiscal, así lo estipula el Artículo 113 del Código Procesal Penal.

2.3.2. Fines del Ministerio Público.

El Ministerio Público, como institución está vigilante para que no se cometan arbitrariedades que desnaturalicen el imperio de la ley; esto quiere decir, que entre sus fines principales está el cumplimiento de las leyes del país. Ejemplo: que las policías acreditadas en el país, sean respetuosas de los derechos humanos, Artículo 114 del Código Procesal Penal. Que los detenidos sean puestos a disposición de los jueces dentro del plazo que fije la ley. Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Que los detenidos o presos no sean presentados ante los medios de comunicación social, en tanto no exista autorización judicial, Artículo 7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

2. 4 Acusación

Cabanellas dice, en términos generales “es el acto de poner en conocimiento del juez u otro funcionario un crimen (real, aparente o supuesto), para que sea investigado o reprimido”.¹⁸

2.4.1 Acusación privada.

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

En Grecia en el siglo XII A.C., Dracon, optó por imponer la pena de muerte a todos los delitos. Hubo periodos donde se prescindió de la Ley del talión, pero un siglo después Solón la volvió a restablecer.

En Roma se volvió a restablecer la Ley del talión, pero con un sentido más jurídico: si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con él, hágase con él otro tanto; con esto la fórmula queda subordinada a la composición o arreglo de las partes.

El talión representa limitaciones objetivas de la venganza, la primera mediante la proporción del castigo a la materialidad de la ofensa. La segunda limitación objetiva de la venganza era la composición. Ésta es una indemnización que, como pena pecuniaria, está obligado a aceptar el ofendido.

¹⁸ **Ob. Cit;** pág.154

2.4.2 Acusación popular:

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

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

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

2.4.3 Acusación estatal:

La ejercen los órganos del Estado, mismos que practican la acción al cometerse el delito y el Estado es quien debe reprimirlo. El Estado ejerce la acción por medio del Ministerio Público.

“La acusación, denuncia o imputación, es el cargo que se formula ante autoridad competente, contra persona o personas determinadas, por considerarlas responsables de un delito o falta, con el objeto de que se le aplique la sanción prevista”.¹⁹

¹⁹ Sue Nelson, **Acusación y procedimiento judicial**, IFES, UN-DESA, IIDEA ACE Ace.Website versión 1.0, Copyright 1998-2003, 2002/02/23, [Htp://www.aceproject.ag/.main/español/pi/piz.htm](http://www.aceproject.ag/.main/español/pi/piz.htm), (5-6-2006)

La acusación le corresponde al Ministerio Público, pues, los órganos jurisdiccionales no pueden actuar si no son requeridos por el representante social.

En el proceso penal, el juicio se inicia con la acusación, que consiste en una declaración de voluntad formal del titular de la acción penal - Ministerio Público, acusador particular o ambos, por la cual haciendo mérito de los medios de investigación recopilados, el Ministerio Público, formula un juicio de culpabilidad en contra del sindicado conforme el objeto de reproche.

2.4.4 La acusación fiscal

“Acusación fiscal: la de carácter penal que inicia y sostiene el Ministerio Público en nombre de la ley o del pueblo, para vindicación de las lesiones jurídicas inferidas por el delito o la falta a la colectividad y al orden en general”.²⁰

Debe ser concreta, precisa y terminante, en cuanto a todos y cada uno de los hechos delictuosos motivo del proceso, y en cuanto a la imputabilidad y responsabilidad de los procesados, debiendo indicar igualmente el monto de las penas que se solicitan. Sin ella el juicio no existe, y su omisión anula la sentencia.

Imputar y probar son aspectos inescindibles de la tarea acusatoria. En el proceso penal por su contenido el acusado conocerá del hecho imputado, esto es, el hecho que se tuvo en cuenta en la declaración o que surgió de la exposición, su calificación legal y las pruebas que el fiscal de investigación consideró hábiles, a los fines de pergeñar su conveniente descargo Sue, cita a Bortwick y expresa que este jurista destaca cuatro elementos integradores de la acusación, que son:²¹

- ❖ Elementos subjetivos, datos personales de identificación.
- ❖ Elemento objetivo, referido a la enunciación de los hechos que debe ser: clara, precisa, circunstanciada y específica.

²⁰ Cabanellas, **Ob. Cit.**; pág. 155

²¹ Sue...**Ob. Cit.**;

- ❖ Elemento jurídico, o sea su calificación legal, tipificación o subsunción del hecho concreto en una figura del Código Penal. Asimismo, habrá de consignarse todo lo referente al concurso, grado de participación y calificativos de la responsabilidad penal, en la medida en que se encuentren presentes.
- ❖ Elemento volitivo, es decir, ha de ser motivada.

Como ya se mencionó, el Ministerio Público, es una institución Pública del Estado, que realiza una función de protección social, tiene a su cargo el deber de la tutela jurídica de los intereses del Estado y de la sociedad. A esta institución le corresponde ejercitar la acción penal, si procediere y siempre que existan elementos para ello, iniciar la averiguación previa a petición de parte o de oficio y, allegarse en este período de investigación de los elementos o datos que presuman o acrediten la presunta responsabilidad del sujeto en la comisión del ilícito o delito, para que esté en posibilidad legal de ejercitar la acción penal.

La importancia fundamental del Ministerio Público, consiste en que en él radica el prerequisite procesal, que afirma o niega la existencia de conductas antijurídicas y propone ante la autoridad jurisdiccional la consignación de los hechos denunciados con o sin detenido, etapa preprocesal, que resuelve los asuntos que podrán ser puestos a disposición del juez penal.

En la fase de la investigación, el Ministerio Público interviene con la atribución de autoridad y se auxilia de la policía ministerial y de los servicios periciales, para investigar y obtener la verdad científica, técnica y jurídica, de los hechos que le han sido puestos a su conocimiento, en virtud de ser constitutivos de delito, en agravio de terceros y que han de fundamentar la acusación.

El artículo 107 del Código Procesal Penal, establece que al Ministerio Público le corresponde el ejercicio de la acción penal, o sea la función de perseguir los delitos, para lo cual, la Policía Nacional Civil se convierte en uno de sus órganos auxiliares directos. En consecuencia, el ejercicio de la atribución del Ministerio Público queda precisamente en la acción persecutoria de los delitos, lo cual implica,

necesariamente, la realización de todas aquellas actividades legales, que confirmen o nieguen el ejercicio la acción penal; en este sentido, aparece el imperativo de investigar a profundidad las condiciones de modo, tiempo, lugar, así como las circunstancias en que ocurrieron los hechos presumiblemente delictivos, para tener la ocasión de comprobar si las denuncias o querellas, se encuentran directamente relacionadas con los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, o bien si éstos son insuficientes, o en definitiva no son constitutivos de delito; en este orden de ideas, la atribución del Ministerio Público debe instruir el ejercicio de la acción penal, la reserva, o el no ejercicio de la acción penal, respectivamente.

De lo anterior se desprende que la titularidad de la averiguación previa, corresponde al Ministerio Público, de acuerdo con la atribución otorgada por la garantía de seguridad jurídica. Aquí se establece también una garantía para el responsable de algún ilícito, en el sentido de que sólo puede ser acusado por el Ministerio Público, así como el sentido de autoridad de éste, en la averiguación previa como etapa procesal, en la atribución investigadora y persecutoria de los delitos, exclusiva del Ministerio Público.

En efecto, el órgano representado por el Ministerio Público inicia su actividad y el desarrollo de su atribución mediante la denuncia o querrela y en casos específicos por conductas antijurídicas cometidas en flagrancia y, en todo caso, dicho representante social no puede iniciar su participación sin el requisito que solicite su intervención.

De lo anterior podemos establecer que la tarea persecutoria que tiene encomendada el Ministerio Público, comprende no sólo la determinación delictiva del hecho que ante él se denuncia o del que tiene conocimiento, sino el acopio de los datos o elementos que demuestren la probable responsabilidad el acusado, misma que será declarada en el auto de procesamiento que dicte el juez, ante quien se formule la consignación correspondiente.

2.4.5 Efectividad de la acusación

Sue, afirma que: “Un sistema de impunidad, alienta una atmósfera de comportamiento poco ético, fraude y corrupción. La acusación formal asegura que el sospechoso de un delito sea procesado en un tribunal y sentenciado si es encontrado culpable. Un procesamiento exitoso de los criminales es una parte esencial de una sociedad basada en el imperio de la ley. El procesamiento y sentencia de los infractores los hace responsable de sus acciones y sirve como medio de disuasión para quienes estén pensando en actividades ilegales”.²²

En la mayoría de los sistemas, el procesamiento se realiza de acuerdo al sistema del derecho penal. Este régimen regula la conducta de los individuos, determina los crímenes y castigos. En los casos criminales, el procesamiento es realizado por el gobierno ya que en la mayoría de los casos, los actos criminales son considerados violaciones contra el orden público, en dónde se lleva a cabo la acusación y el procesamiento que es determinado por la ley que haya sido violada. El caso tiene que ser llevado ante un órgano judicial que tiene la jurisdicción o autoridad para conocerlo y resolverlo.

Es muy importante que todo sistema sea íntegro en la administración de justicia. Esto significa que las leyes sean igualitarias y justas, que los procedimientos que se derivan del marco legal, protejan los derechos civiles y políticos de los implicados. Los fiscales, jueces y jurados sigan los procedimientos y conserven el más alto nivel de comportamiento profesional y ético. A los acusados se les respetan sus derechos de procedimiento.

La protección de los derechos de los acusados y asegurar que sea seguido el debido proceso, son principios esenciales de la integridad. La integridad en la administración de justicia, asegura que las atribuciones de la policía y de las agencias responsables de hacer cumplir la ley, no sean utilizadas por razones

²² Sue... **Ob. Cit;**

políticas o personales, y que aquellos acusados de un crimen cuenten con una oportunidad justa para defenderse.

En términos generales, la integridad en el procesamiento y la administración de justicia, son elementos indispensables que deben ser tomados en cuenta, al realizar la acusación por parte del Ministerio Público. Para poder obtener la efectividad de la misma dentro del proceso penal, existen elementos entre los cuales incluye las siguientes medidas:

◆ Arresto conforme a la ley

De acuerdo con el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos: Todas las personas tienen el derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie debe ser sujeto a arresto o detención arbitraria. Nadie debe ser privado de su libertad salvo en los términos y de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley.

El arresto y la presentación de cargos contra un sospechoso, requieren en la mayoría de los casos una causa probable, algo que vincule a la persona acusada con el crimen. A menos que la policía encuentre a alguien al momento que comete un crimen o delito, los arrestos usualmente requieren de una orden judicial. Una orden de arresto es la que emite un juez, para autorizar la detención del sospechoso. Usualmente se basa en una declaración del investigador, que muestra al juez que existe causa probable para creer que el sospechoso haya cometido el crimen. El proceso de arresto es una parte de los mecanismos de frenos y contrapesos que ofrece supervisión judicial a los actos de la policía y protege a los sospechosos contra una acción policial arbitraria.

En la mayoría de los sistemas legales, a los acusados se les leen sus derechos al momento del arresto, si no es que antes, y se les pregunta si los entienden. El acusado es presentado ante un tribunal dentro de un lapso de tiempo razonable para tener listos y leer los cargos formales en su contra, momento en el cual normalmente se presenta una declaración de culpabilidad o inocencia.

El juez o el tribunal normalmente determinan la necesidad de que el acusado permanezca en custodia, hasta el juicio o si pueden quedar libres bajo fianza. La mayoría de los sistemas legales están basados en la presunción de que una persona es inocente, hasta que se compruebe su culpabilidad y que ningún acusado tiene que purgar una pena en prisión, hasta que haya sido sentenciado por un crimen. A gran mayoría de los acusados se les permite libertad bajo fianza, en cuyo caso el depósito de fondos sirve como garantía de que el acusado comparecerá ante la corte durante el juicio. Esto les brinda la libertad para preparar su defensa y continuar su vida laboral y familiar.

◆ Revelación de información previa al juicio

Para ayudar a garantizar un juicio justo, la mayoría de los sistemas permiten que los acusados y sus abogados tengan acceso a la evidencia, que será usada en su contra en los tribunales. En algunos casos, la defensa tiene el derecho de acceder a toda la evidencia reunida, independientemente que sea utilizada o no en la acusación.

La información que puede mantenerse al margen de la defensa, normalmente comprende, la relacionada con la identidad de informantes confidenciales de la policía, información que podría afectar una investigación policial en curso, información sobre técnicas policiales confidenciales (como dispositivos de monitoreo) e información gubernamental clasificada. Cualquier otra evidencia normalmente está al alcance de la defensa.

◆ Evitar el juicio de los medios

Existe un delicado equilibrio entre el derecho del público, a saber y, el de los acusados, a un juicio justo. La mayoría de los países no censuran a la prensa, dejándolos en libertad de especular sobre los méritos de un caso, la evidencia y la culpabilidad o inocencia del acusado. Una cobertura sensacionalista de un delito por parte de los medios antes de que se lleve a cabo el juicio, puede dificultar que el acusado tenga una audiencia imparcial. Los miembros del tribunal pueden haber ya decidido sobre su culpabilidad o inocencia con base en la cobertura de los medios.

Una cobertura activa de los medios durante el juicio también puede afectar las deliberaciones del tribunal.

En términos generales, tanto la fiscalía como la defensa, tienen el derecho de presentar sus argumentos para que los examine el tribunal, durante el juicio. Un juicio justo le otorga a la defensa el derecho de interrogar a los testigos de la fiscalía. Esto es una salvaguarda para el acusado, contra una sentencia basada en informante anónimo. Les da a los acusados la capacidad de escuchar los testimonios en su contra, ver las evidencias presentadas y desafiar plenamente a los testigos, mediante los interrogatorios de sus abogados. Los acusados usualmente también tienen derecho de presentar testigos en su defensa y de exigir su comparecencia ante el tribunal.

El propósito de un juicio, es determinar si el acusado es culpable o inocente. La norma para determinar la culpabilidad de un delito, es usualmente la de "más allá de una duda razonable". La fiscalía debe persuadir al juez o al jurado de que la evidencia presentada prueba la culpabilidad más allá de toda duda razonable.

◆ Sentencia apropiada

El acusado es normalmente sentenciado cuando se le declara culpable a través de una sentencia condenatoria. Para que la sentencia sea considerada justa, debe guardar relación con la severidad del crimen.

A todos los medios de investigación que se utilizan en la etapa de investigación o etapa preparatoria, no se les puede negar su importancia, toda vez que con ellos los órganos de prueba, aportan al proceso los medios probatorios que ayudarán al esclarecimiento de la verdad. Cada uno goza de importancia, ya que permiten ilustrar posteriormente, todos aquellos acontecimientos que los jueces tienen a la vista, por haber ocurrido en una oportunidad inicial en la que por la forma en que está dispuesto en la ley, son otras las personas encargadas de recopilar las pruebas, siendo estas, la policía y el Ministerio Público. Es por ello que es a través

de los medios científicos, es que se logra trasladar al juez o tribunal toda la evidencia posible que permita esclarecer el hecho sujeto a proceso.

Es importante destacar que para que un medio de investigación surta los efectos esperados, debe evitarse su contaminación, por lo que las personas encargadas de manipularlos, deben tener los suficientes conocimientos para desempeñar acertadamente sus papeles al momento de recabarlos.

2.4.2 Deficiencias de la acusación

Existen diversas causas por las cuales la acusación que realiza el Ministerio Público en su gran mayoría no es efectiva, es decir que no produce los resultados que se pretenden, y muchas de ellas son causa del tratamiento de la prueba, que sobre ella se realiza,

Rivera de Martínez, indica como causas que hacen deficiente una acusación, las siguientes:²³

- Existen grandes y graves deficiencias que permiten la contaminación de la escena del crimen. No está clara la función de la policía ni la del fiscal, ni lo que debe hacerse para preservar correctamente la escena. Ante ello, se afecta la prueba que pudiera haberse logrado recopilar legítimamente en la escena.
- La lentitud en la emisión de dictámenes periciales producto de la investigación de Medicina Forense, afecta no sólo la labor del Ministerio Público, sino los

²³ Rivera de Martínez, Ygri, **Tesis diagnóstico sobre el tratamiento de la prueba en el proceso penal, proyecto de fortalecimiento del estado de derecho en Honduras**, Universidad internacional de la Florida, Centro para la administración de justicia, octubre, 2005. Under Contract Number 522-C-00-04-00465-00 Web: <http://caj.fiu.edu>, (25-3-2006)

derechos del acusado, quien no cuenta con la información precisa, producto de dicha prueba hasta el juicio oral, en la mayoría de los casos.

- Las investigaciones por parte de la policía, resultan ser altamente cuestionables en muchas ocasiones. Esta entidad tiene un gran control en el proceso penal. El Ministerio Público confía en tales investigaciones incurriendo a su vez en errores relacionados con la prueba que se perpetúan hasta el final del proceso.
- Se pierde la evidencia por falta de control y de normas claras a tales efectos. Hace falta personal técnico en la etapa de investigación del fiscal e investigadores idóneos.
- Se omiten en la investigación del fiscal datos esenciales de testigos importantes cuyo testimonio se pierde.
- Algunos jueces excluyen prueba de diversa naturaleza, sin consideraciones claras en cuanto al efecto y alcance de su determinación o al menos sin motivarlo, es decir, sin un fundamento preciso en derecho. En otras ocasiones admiten prueba en la misma forma. Por consiguiente, cada uno de estos jueces excluye o admite prueba a su discreción, siendo la misma evidencia rechazada o aceptada, dependiendo del juez que tenga el caso ante sí y de su particular criterio.
- No se toman en cuenta por parte del tribunal o al menos no se exponen, criterios, normas o principios que puedan propiciar cierta uniformidad en la evaluación de la prueba, para luego determinar la suficiencia de la misma y cuáles son los hechos que han quedado establecidos.
- No hay criterios precisos para delimitar el alcance y valor de la prueba directa y de la prueba circunstancial como medios probatorios.

- Tampoco son claros ni precisos, los criterios de pertinencia, determinaciones preliminares a la admisibilidad de la prueba por parte del tribunal, así como, admisibilidad limitada de prueba y cuánta prueba es necesaria o suficiente.
- Existe insatisfacción porque en las etapas preparatoria e intermedia, los fiscales se guardan la prueba y nadie la conoce excepto ellos. Por esta razón, muchas veces en la etapa del juicio oral el Ministerio Público se ve obligado a reconocer que no tiene prueba, para demostrar la culpabilidad del acusado más allá de duda razonable. No obstante, para ese momento ya penosamente el acusado ha pasado en prisión mucho tiempo innecesaria e injustificadamente.
- Cuando se comete un crimen en un lugar y resulta la víctima herida, es trasladada a un hospital donde luego muere, se olvidan de preservar la escena donde originalmente se iniciaron los hechos. Cuando regresan al lugar, ya no hay evidencia alguna o la misma está alterada o manipulada.
- Hay ciertas audiencias, como la de proposición de pruebas, en las que el juez puede determinar, los testigos que va a llevar cada parte sin mucho más fundamento. La discreción es muy amplia, aún en aspectos que competen a las partes en el proceso.
- No existen medidas adecuadas a tomar, cuando se va a escuchar el testimonio de un niño muy pequeño o atemorizado, por lo que existe dificultad en la admisión y valoración de esta prueba.
- La prueba anticipada, por razones de necesidad plenamente justificadas, resulta en muchas ocasiones en un esfuerzo inútil, porque no se acepta en etapas posteriores por el juez de sentencia. Ante ello, no se estimula en la

etapa preparatoria, la prueba anticipada, lo que afecta el proceso de asegurar que dicha prueba pueda ser presentada en el juicio oral (debate) y no se pierda o inutilice la misma.

- Los jueces rechazan testigos y peritos sin esbozar normas claras en cuanto a su exclusión. Existe un exceso de discreción judicial, sin parámetros claros, por lo que se pueden tomar decisiones injustas en perjuicio del acusado o de la víctima.
- La cadena de custodia de la prueba presenta errores, que unas veces van a lo esencial y en otros casos afectan el fin último de la misma, que debe ser el aseguramiento de un modo fehaciente de establecer la integridad de la prueba propuesta. No parece haber una conciencia clara, de que esto se logra mediante un enlace consecutivo, de eventos en la custodia de un objeto, desde su ocupación hasta su presentación en el juicio oral. Como el concepto se interpreta flexiblemente dentro de la discreción de cada juez, puede variar de uno a otro. Existe gran preocupación en este ámbito porque se considera que a veces, ante errores esenciales, los jueces entienden probada una adecuada cadena de evidencia, y ante errores simples que no afectan la confiabilidad de la prueba ofrecida, anulan la cadena de evidencia. Esta inconsistencia y falta de uniformidad afecta seriamente el proceso y los derechos tanto del imputado como de la víctima.
- Existen problemas de admisibilidad ante la denominada reconstrucción de los hechos investigados, cuando se hace en etapas anteriores al debate y se pretende incorporar mediante acta durante éste. El procedimiento aún tiene serias fallas.
- En cuanto a la admisión de fotografías, tampoco en la práctica hay un procedimiento para admitirlas de manera confiable. La información recibida

sugiere que pueden hacerse montajes ilegales que no es fácil detectarlos por las mismas limitaciones del proceso.

- No existe un descubrimiento de prueba justo para ambas partes, porque la defensa no tiene acceso al expediente del fiscal.
- Sobre el reconocimiento de personas mediante rueda de detenidos, el procedimiento no se lleva a efecto en forma correcta y justa. La información recibida consiste en la práctica, que si no hay en ese momento personas que tengan características físicas parecidas al sospechoso, la identificación se lleva a efecto con las personas que haya, en perjuicio de éste. Se aseguró que en ocasiones, ya el que va a hacer el reconocimiento ha visto fotos entre las que se encuentra la fotografía del sospechoso.
- Como medicina forense opera bajo el Ministerio Público, ante solicitudes de los defensores para realizar investigaciones, sobre una determinada prueba, éstas tienen que dirigirse a medicina forense a través del fiscal, lo que crea una desigualdad en perjuicio del imputado.
- En lo que respecta al procedimiento para aceptar un video como medio de prueba, no hay criterios o normas uniformes, por lo que el procedimiento se presta para que el video sea editado. Esto puede traer como consecuencia, que la admisión y valoración de tal prueba pueda adolecer de graves vicios. Es el juez quien determina qué es lo importante en un video.
- Respecto a los denominados testigos protegidos (sin rostro y sin nombre) podría darse como ocurre en otros países que no existen normas claras en lo que concierne a cuándo y cómo deben presentarse. A manera de ejemplo, se hace referencia, en un caso ocurrido en Honduras, en que se acusó a un joven por estar vinculado a la delincuencia organizada y la madre fue presentada por el Ministerio Público, como testigo protegido durante el juicio

oral, ésta protestó, señaló que no tenía interés en ser presentada con protección, porque su hijo que había vivido toda su vida con ella, conocía su voz plenamente y además en las etapas anteriores al juicio oral, no había sido protegida, por lo que él sabía perfectamente que ella declararía en el juicio oral.

- En lo que se refiere al proceso para intervenir las comunicaciones telefónicas, informáticas o de cualquier otra índole análoga, que tenga el imputado o cualquier otra persona relacionada con el delito, el procedimiento en la práctica resulta muy confuso y se pueden violar derechos constitucionales, ya que no hay normas claras para su admisibilidad en los tribunales.

2.5 Actuación del Ministerio Público en el proceso penal

En la medida que el sistema acusatorio ingresa en un contexto de mayor estabilidad, el fiscal va a ocupar el lugar de la víctima, lo hace claro está con características muy particulares, como funcionario del Estado.

A partir de entonces comienza afirmarse que el Estado se desdobra en dos funciones; la función jurisdiccional puesto que el juez es también un funcionario del Estado y lo que se denomina función requirente, ejercida por otro funcionario del Estado que es el Ministerio Público.

Aquellos sistemas que mantienen la estructura del sistema acusatorio, pero han abandonado el sistema acusatorio puro o sistema acusatorio material, en el que la víctima ocupa un lugar central, son conocidos como sistemas acusatorios formales, porque en ellos ya no es la víctima la que se encarga de ejercer la acusación sino un funcionario del Estado, a partir de este momento en el que el Estado absorbe las dos funciones que estructuran el juicio, en el que el fiscal comienza a asumir el papel preponderante, se vislumbra uno de los grandes problemas que plantea su figura; no hay duda que la función jurisdiccional es o debe

ser una función independiente, ¿entonces donde debe colocarse la función de requerimiento del Ministerio Público, dentro del marco de la división de poderes?. Esta discusión lleva ya mucho tiempo y aun no esta resuelta, puesto que constituye un punto central dentro del tema del Ministerio Público, se le conoce con el nombre de la ubicación funcional del Ministerio Público.

Dentro de esta discusión se han ido conformando a grandes rasgos tres grandes grupos; en primer lugar están quienes afirman que esta actividad requirente, es una actividad similar a la jurisdiccional. Otro grupo sostienen que se trata de una actividad eminentemente distinta de la jurisdiccional pero que, en última instancia influye enormemente en la administración de justicia. En opinión de estas dos corrientes el Ministerio Público debe formar parte del Poder Judicial. Esto es lo que se conoce como la posición judicialista. Frente a estas posturas aparece una tercera, que sostiene que el Ministerio Público es quien canaliza la política criminal de un estado y que por lo tanto debe permanecer en la órbita del Poder Ejecutivo, que es el poder administrador de políticas por excelencia, opinan estos autores que si se priva al Poder Ejecutivo de este brazo ejecutor que es el Ministerio Público, no le queda ninguna posibilidad de promover políticas específicas, en el ámbito criminal ni de provocar cambio alguno en ese orden. Sostienen también que si el Ministerio Público pasa a la órbita del Poder Judicial, quedará subordinado a los jueces y a la Corte Suprema, lo que quebraría la estructura contradictoria del juicio. Esta posición muy fuerte en Estados Unidos, Europa y también en Latinoamérica, se conoce como administrativista o presidencialista, debido a que propugna que el Ministerio Público sea una rama de la administración. No hay en ello manifiestan, peligro alguno para los ciudadanos, puesto que son los jueces y no los fiscales quienes en última instancia toman las decisiones en materia judicial.

Frente a las posturas mencionadas, existe otra que es la que últimamente ha tomado más fuerza en Latinoamérica, la que se conoce como posición extrapoder o independentista. Según ella el Ministerio Publico no debe formar parte del Poder Judicial, porque en ese caso podría quedar subordinado la Corte Suprema y sobre

todo los fiscales, pueden perder de vista su función y creer que son jueces cuando no lo son; pero tampoco debe estar ligado al Poder Político, sobre todo en América Latina, donde el Estado está entre los que más delitos cometen y ello lo tornaría muy vulnerable a las presiones y las influencias políticas.

Frente a tal situación de acuerdo con esta posición la solución consiste en generar una institución autónoma, independiente. “Autónoma significa que nadie le puede imponer norma alguna”. Esto quiere decir que si por ejemplo, el Presidente de la República, quiere transmitirle instrucciones, estas instrucciones no sería obligatorias, tampoco lo sería las instrucciones emanadas del Órgano Legislativo.

Como hemos mencionado, el Ministerio Público cumple una función requirente esencialmente distinta de la magistratura. De ningún modo se puede hablar de una independencia judicial; aplicada al Ministerio Público. Éste es independiente como institución, mientras que los jueces son independientes in personam. Ello es así porque el Ministerio Público, es una institución que debe realizar políticas coherentes. Mientras la independencia judicial está preservando la imparcialidad del juez, el Ministerio Público se rige por otros principios. Por eso se suele decir que constituye una magistratura vertical, en contraposición a la magistratura judicial, considerada una magistratura horizontal, donde en realidad todos los jueces son equivalentes, en el sentido del ejercicio de su función, un miembro de la Corte Suprema, no tiene más jurisdicción que la que tiene un juez de paz; aunque si una competencia diferente pero no más jurisdicción.

“El Ministerio Público en cambio se organiza vertical y jerárquicamente, como consecuencia de ello surge un tema sumamente interesante que ha generado controversias en la ciencia procesal moderna, la cuestión de las instrucciones a los fiscales y el modo de cómo éstas se trasladan dentro de este cuerpo jerárquico y unitario puesto que actúa como un todo frente a la sociedad y frente a la judicatura. Para el Ministerio Público no rige el concepto de competencia, puesto que su caso no es igual a la de un juez, que solo ejerce su judicatura en el ámbito de su

competencia, sino que se trata de una institución que sólo cuenta con mecanismos administrativos internos de distribución del trabajo.

Frente a este problema se han desarrollado diferentes propuestas de solución. uno de ellos discrimina los distintos contenidos que las instrucciones pueden tener, tales contenidos pueden ser dispositivos, es decir, indicaciones acerca de cómo ejercer una acción o un recurso, o referidas a la procedencia de dicho recurso, siempre según las posibilidades de disposición de cada sistema jurídico. Estos contenidos pueden generar responsabilidades, porque existe un deber de obediencia. En este sentido una buena solución, es aquella que establece el deber de obediencia del fiscal inferior respecto del fiscal superior, pero se establece también la posibilidad de que el subordinado en disidencia deje constancia de su opinión. Respecto de esta cuestión se establece la posibilidad de que los fiscales inferiores generen un mecanismo interno de revisión, de las decisiones tomadas por sus superiores o de las recibidas. Indudablemente la cuestión de las instrucciones internas, se relaciona con los principios de unidad, de jerarquía, y de verticalidad del Ministerio Público, como magistratura requirente".²⁴

El Ministerio Público cumple, dentro del proceso penal, con alguna variedad de funciones en directa relación con el grado de acusatoriedad que tenga el juicio.

Se entiende que los sistemas acusatorios se rigen por un principio fundamental; aquel según el cual no puede haber juicio sin acusación. En otras palabras dentro de un sistema, no podría realizarse un juicio sin dictar en primer lugar una apertura a juicio que admita una acusación formal.

Otro punto importante es la relación que debe existir entre el pedido de acusación fiscal; es decir, si el juez está obligado por la acusación fiscal, o si es el juez el que puede obligar al Ministerio Público a acusar. Que va a depender del

²⁴ Binder Alberto M., **Introducción al derecho procesal penal**, págs. 303, 305

grado de acusatoriedad que tenga el proceso acusatorio que rige, conforme el Código Procesal Penal.

El fiscal tiene un papel fundamental durante el juicio oral, pues tiene como atribución legal y constitucional, preparar la acción penal pública a través de la acusación y por lo tanto, la carga de la prueba.

En base a las investigaciones desarrolladas en la etapa preparatoria, buscará demostrar en juicio la existencia del hecho definido como delictivo, así como la participación y responsabilidad del imputado. La acusación fiscal presenta el caso fundamentando y explicando la comisión de los hechos, sus circunstancias y el grado de participación de los involucrados, ofreciendo la prueba que acredite esa convicción acusatoria.

Como se hablado, la intervención del Ministerio Público en el proceso varía, así: en la fase de investigación su intervención debe ser muy activa, puesto que si ha de llevar la responsabilidad de la acusación, es preciso preparar esta mediante el aporte de los elementos indispensables en la investigación. Posteriormente terminada la fase de investigación le corresponde al Ministerio Público decidir si debe llevar adelante la acusación o solicitar el sobreseimiento.

Recordando lo que dice Herrarte sobre la opinión de Alcalá Zamora y Levene, “El Ministerio Público es una parte sui generis imparcial o desinteresada, y Carnelutti expresa que una vez separada la acusación del juicio, interesa que el Ministerio Público sea un denodado acusador y que exige que así como el juez es colocado súper partes debe ser imparcial, el Ministerio Público colocado Inter partes debe ser parcial, ya que el Ministerio Público imparcial es una contradicción en los términos”.

25

La misión de persecución penal debe ceñirse, a los límites o garantías que el Estado reconoce, pues los derechos fundamentales del ciudadano gozan de

²⁵ Ob. Cit; pág. 93

protección también frente a las instituciones encargadas de las investigaciones. No cabe una investigación de los hechos bajo cualquier condición.

CAPÍTULO III

3. La investigación

3.1 La prueba

El fin del proceso penal es el descubrimiento de la verdad real y el único medio científico y legalmente admitido para conseguirlo es la prueba.

La prueba penal tiene por fin esclarecer ciertos elementos necesarios, para el descubrimiento de la verdad, es preciso para poder conseguirlo que la libertad más grande presida en el desenvolvimiento de la prueba.

Herrarte al hacer alusión al concepto de prueba dice: “la actividad probatoria es sin duda la más importante del proceso, si el proceso penal tiene por objeto establecer la verdad, de un hecho tenido por delictuoso y el descubrimiento y castigo de los responsables, ya que basado en uno de los fines del proceso penal que es la averiguación de la verdad de un hecho tenido como delito, la prueba es la forma de establecer esa verdad. Del resultado de la prueba la hipótesis primitiva se convierte en certeza o desaparece aquella hipótesis como falsa”, de esa cuenta como expresa Herrarte citando a Calamendrei, “la actividad del juzgador tiene cierta semejanza con la del historiador que trata de reconstruir los hechos históricos utilizando procedimientos lógicos con los rastros o vestigios que hayan dejados los hechos”.²⁶

En materia penal para dar un concepto sobre la prueba podríamos ver que la prueba tiene como fin el convencimiento del juez, sobre la verdad de los hechos que son objeto del proceso. Para ello Herrarte alude a los siguientes autores; Fenech, que dice “que la función de la prueba es formar el convencimiento del Juez o tribunal sobre la verdad de los hechos objeto del proceso. Viada dice que “es la actividad

²⁶ **Ibid**, pág. 147

encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del juez o Tribunal con respecto a la veracidad o falsedad de los hechos”.²⁷

3.1.1 Medio de prueba

Los sujetos procesales tienen la facultad de aportar el conocimiento de un objeto de prueba, por ejemplo la declaración de un testigo etc. Esto es de suma importancia ya que la prueba constituye una parte importantísima del proceso, por no decir la esencial y vital.

3.1.2 Definición:

Prueba es todo aquello que sirve para establecer la verdad de un hecho; o bien como dice Fenech, lo que sirve de instrumento para llevar al ánimo del juzgador el convencimiento sobre la verdad o certeza de un hecho.²⁸

Herrarte dice que “a menudo se confunde el objeto y el medio de prueba, debido a que el objeto de prueba recae sobre personas o cosas y el medio de prueba también es proporcionado por personas o cosas, sin embargo cabe hacer una distinción como expresa Florián, Todo lo que en el proceso puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio con el cual aquel termina”.²⁹

El juez puede procurarse directamente el objeto de la prueba mediante sus propios sentidos o sus percepciones personales como en el caso de la inspección ocular, que tanto puede recaer sobre cosas y puede aprehenderlo también mediante intermediarios (relato de personas). La persona que suministra al juez el conocimiento del objeto de la prueba puede considerarse entonces como órgano de prueba; y así tendríamos en el caso del testigo que éste es un órgano de prueba, su

²⁷ **Ibid**, pág. 148

²⁸ **Ibid**, pág. 147

²⁹ **Ibid**, pág. 156

testimonio el medio de prueba y el conocimiento que se adquiere mediante él sería el objeto de la prueba.

En el lenguaje jurídico prueba no es solo lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y certeza del hecho, sino también es el resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo.

Al concluir decimos que Medio de Prueba Es toda manifestación objetiva que lleve al conocimiento de un hecho.

3.2 clasificación de los medios de prueba

Para las pruebas es de suma importancia el principio de la libertad probatoria, según el cual el juez admite como medios de prueba, todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado.

De ello se desprende que todos los objetos pueden ser llevados a prueba en el proceso y con cualquier medio probatorio, con tal que la ley no lo prohíba, ni se opongan a él los principios de nuestro sistema jurídico o las leyes de la moral social.

Herrarte al citar a Jauchen, dice: “como derivación del principio de la verdad real, se presenta el de la libertad probatoria, para procurar llegar a lo realmente acontecido. Es indispensable que no surjan obstáculos formales como existen en el proceso civil, de allí que sea menester la libertad probatoria, entendiéndose por tal la posibilidad genérica de que todo se puede probar y por cualquier medio. El enunciado esta referido tanto al objeto de la prueba como a los medios. Pero puede darse la excepción, ya que quedan excluidos aquellos medios prohibidos por la ley, los que resulten incompatibles con el ordenamiento procesal y, los que no estén reconocidas por la ciencia, los que violen limiten o restrinjan garantías individuales y

a las formas procesales previstas para introducir el elemento probatorio al proceso”.

30

Existen diversos medios para obtener la prueba en el proceso penal, entre otros tenemos:

► Inspección y registro en la escena del crimen:

En la cual los agentes fiscales que concurren al lugar en el que se ha cometido o existen sospechas de que se ha cometido un hecho punible, deberán actuar teniendo en cuenta lo siguiente: El fiscal debe tener presente que los funcionarios y agentes de la policía, actúan bajo sus ordenes y es fundamental que adopte una actitud receptiva, para aprovechar sus conocimientos que puedan orientarle en la investigación. Deber procurar proteger el lugar del crimen para evitar la destrucción y pérdida de la evidencia, para ello puede prohibir el ingreso de personas extrañas, como periodistas, encargados de funerarias, etcétera. Podrá ordenar que se tomen las impresiones dactilares o cualquier otra, que sea de importancia para su análisis, tomar fotografías, hacer croquis del lugar, indicando donde se encontraban las diferentes evidencias.

► Entrevistas con el sindicado:

El fiscal deberá controlar que la declaración que realice el sindicado, se haga respetando todas las garantías Constitucionales que le asisten.

► Inspección corporal del Sindicado y otras personas

El fiscal deberá realizar en las personas, que se encuentren en la escena del crimen y en el sindicado si es necesario, pericias como sangre, semen etcétera.

▶ Testigos

Sobre este tema se hablará más adelante

▶ Peritos

Es la persona que facilita conocimientos especiales, que no tiene el tribunal. Dan su dictamen para descubrir o valorar un elemento de prueba. El perito debe ser tan imparcial y neutral como el tribunal. Esta es la razón por la cual las partes pueden recusar al perito según los Artículos 228, 229 Código Procesal Penal.

El perito al momento de su declaración, puede hacer uso de documentos de consulta, notas escritas, publicaciones y a utilizar medios técnicos. Esto es lo que lo diferencia básicamente del testigo, que no puede consultar notas ni documentos. La razón es que el testigo debe responder a las preguntas formuladas basándose únicamente en su memoria.

▶ Consultores técnicos

El consultor técnico asesora y coadyuva a la parte (fiscal, querellante o defensor) a formular las preguntas adecuadas y técnicas a un perito, pues a ésta le faltan los conocimientos técnicos. El perito de otro lado, cumple funciones de asesoramiento al tribunal.

3.2.1 Objeto de la prueba.

En un juicio penal, el objeto principal de prueba es el hecho concreto, previamente descrito en la ley como delito y, es objeto accesorio de prueba, aquello que no constituye elementos del delito, pero se encuentra vinculado al mismo en la práctica, y de manera indirecta.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, la fase probatoria en el juicio tiene como objetivo, presentar todas aquellas pruebas y circunstancias que tengan relevancia, utilidad, necesidad y pertinencia para demostrar la culpabilidad del imputado ante el tribunal. Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente al objeto de la investigación y sea útil para el descubrimiento de la verdad. (Art. 183 Código Procesal Penal). De este principio se deduce, que los hechos notorios y evidentes para el público o para el tribunal, no se necesitan probar.

Hay que recordar, que para las pruebas es de suma importancia el principio de la libertad probatoria, según el cual el juez admite como medios de prueba, todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado (Art. 182 Código Procesal Penal) En estrecha conexión está, que el tribunal asigne el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de la sana crítica razonada (Art. 186 Código Procesal Penal). El principio central del derecho probatorio es el “in dubio pro reo”, que se da a favor del imputado; se presume su inocencia mientras no se haya probado su culpabilidad en un proceso, a través de una sentencia ejecutoriada. (Art. 14 Código Procesal Penal).

La prueba además debe haber sido obtenida por medios lícitos, e incorporada al proceso conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal. (Art. 185). Los tribunales podrán limitar los medios de pruebas ofrecidos, únicamente cuando ellos resulten manifiestamente excesivos o impertinentes, especialmente los obtenidos por medios prohibidos, como la tortura, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, y los papeles y archivos privados.(183 párrafo final Código Procesal Penal).

3.2.1.1 Fase probatoria

El órgano de prueba: es aquella persona que actúa como elemento intermediario entre el objeto de prueba y el juez. Por ejemplo: en una declaración testimonial, el órgano de prueba es el testigo.

Medio de prueba: Es el procedimiento a través del cual obtenemos la prueba y la ingresamos al proceso. Por ejemplo: la declaración testimonial o un registro.

Objeto de la prueba: dentro los objetos de prueba, se incluye tanto los hechos o circunstancias como los objetos (evidencias). Por ejemplo: un hecho (objeto), puede ser probado a través de un testimonio (medio) o una pericia balística (medio) puede realizarse sobre una pistola (objeto).

3.2.1.2 La libertad probatoria:

En materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del procedimiento, importante para la decisión final, puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba. Existe pues, libertad de prueba tanto en el objeto (recogido en el Código Procesal Penal en el Artículo 182) como en el medio (Art. 182 y 185 Código Procesal Penal).

Sin embargo, este principio de libertad de prueba no es absoluto, rigiendo las siguientes limitaciones:

En cuanto a los medios:

No serán admitidos medios de prueba que vulneren garantías procesales o constitucionales. El estado civil de las personas solo podrá probarse a través de los medios de prueba señalados en el Código Civil (Art. 371 Código Civil, 182 Código Procesal Penal).

No existe una limitación general respecto a la prueba de aspectos íntimos de las personas. Si fuere pertinente, se podrá probar, por ejemplo, si hubo relaciones sexuales entre dos personas. El Artículo 184 señala que no será necesario probar hechos que se postulen como notorios (por ejemplo, si en 1994 era Presidente de la República, Ramiro de León Carpio). Para ello, es necesario el acuerdo del tribunal y

las partes, aunque el tribunal de oficio puede provocar el acuerdo.

En cuanto al objeto se debe distinguir:

Limitación genérica. Existen unos pocos hechos, que por expresa limitación legal, no pueden ser objeto de prueba; por ejemplo, no puede ser objeto de prueba la veracidad de la injuria (Art. 162 del Código Penal, con excepción del Art. 414 del Código Penal). Tampoco podría ser objeto de prueba el contenido de una conversación, sometida a reserva entre un abogado y su cliente, sin la autorización de este último (Art. 104 y 212 del Código Procesal Penal).

Limitación específica. En cada caso concreto no podrán ser objeto de prueba hechos o circunstancias que no estén relacionados con la hipótesis que originó el proceso, de modo directo o indirecto (prueba impertinente).

3.2.2 Obligación del Ministerio Público de probar la legalidad de los medios de Prueba:

El Ministerio Público no está obligado, al tiempo de solicitar la producción de prueba, sobre la legalidad o no de la misma; sólo si existe objeción de la parte contraria sobre ilicitud, podrá presentar los medios que acrediten que la misma ha sido obtenida lícitamente.

3.3 Prueba testimonial

Testigo es: quien puede dar un testimonio.

Testimonio: es el conocimiento que un hombre le comunica a otro.

El testigo: es la persona que ha visto, oído o conocido con sus sentidos un hecho sobre el cual puede dar información si es interrogado. Su declaración es una prueba directa y original.

3.3.1 Importancia del Testimonio, en el proceso penal:

“La importancia del testigo es incuestionable. Quizás sea la prueba de mayor influencia y de más frecuente uso, pues será raro encontrar un proceso penal en el que no exista esta prueba. La necesidad de establecer la verdad, lleva a aceptar lo dicho por personas que pudieron haber presenciado aquellos hechos, o los antecedentes y consecuentes, de esa cuenta que la prueba de testigos en el proceso penal ha tenido tanta importancia en la antigüedad como la tiene en la época presente”.³¹

Es cierto que la importancia de la prueba testimonial no ha variado en el proceso penal, cualquiera que sea el tipo de proceso, tanto en el sistema acusatorio como en el inquisitivo, se recurre con mayor frecuencia a esta prueba, la diferencia en su mayor o menor eficacia, estriba en los distintos métodos empleados. Lo que al final de cuentas significará la mayor o menor eficacia de cada tipo de proceso, dada la trascendencia que la misma prueba testimonial tiene, para la comprobación de la verdad.

Se ha dicho que el sistema acusatorio puro, como es casi una contienda entre acusador y acusado, los testigos son presentados por cualquiera de estas partes, como armas que tienen contra la otra, De ahí que se abrigue cierta sospecha de su imparcialidad y que la parte contra quien se proponen tenga derecho a mezclarse en el interrogatorio, procurando debilitar aquella prueba.

3.3.2 Clasificación de los testigos:

- Presénciales (aquél que ha visto, oído, conocido con sus propios sentidos un hecho sobre el cual puede dar información);
- Externos (aquél que es extraño a la causa, es decir, que no tiene ningún interés particular en el proceso);

³¹ **Ibid**, pág. 169

- Espontáneos (el que declara o expone en seguida y por propia iniciativa, sin mandato ni solicitud de nadie, todo lo relacionado con el hecho.);
- Voluntarios (es aquél que se presenta a simple pedido del juez, antes de que se use cualquier medio coercitivo);
- Involuntarios (es aquél que no desea comparecer ante el juez para prestar su declaración, por lo que se usan medios coercitivos contra él);
- Preparados (son los testigos especialmente preparados, para que declaren en el sentido que interesa al que lo presenta. O se le enseña una historia para que la repita como si la hubiera observado o puede haber observado el hecho en parte y es preparado para que la tergiverse);
- Comprados o perdularios (son los testigos que declaran a cambio de un beneficio determinado);
- Ante factum (son aquellos que presencian un hecho antes que se produzca. Ej. la persona que vio al homicida ingresar al inmueble donde posteriormente se produce la acción homicida);
- In facto (son los testigos del hecho mismo);
- Post factum (son aquellos cuya declaración tiene por objeto las huellas dejadas por el hecho que se quiere probar. Ej. el perito balístico);
- Concordantes o contestes (son aquellos cuyas declaraciones armonizan en lo sustancial. Declaran lo mismo sin discrepar en nada y coinciden en el contenido);

- Discordantes o discordes (son aquellos en los que la versión de uno, discrepa del testimonio de otro en lo sustancial, aún cuando pudiera haber alguna coincidencia secundaria);

3.3.3 Las características de la prueba testimonial

son características especiales, las que premunen al testimonio de las condiciones mínimas para su validez. Estas características son las siguientes:

Oralidad: (el testigo hace su declaración de conocimiento sobre los hechos en forma verbal);

Publicidad: (declaraciones del testigo son realizadas en presencia de cualquier ciudadano que concurra a la audiencia, sean o no parte en el proceso. Debe asumirse como excepción a este principio, las declaraciones de testigos vulnerables);

Inmediatez: (porque el tribunal debe recibir la declaración del testigo sin intermediarios. Se exceptúan de la inmediación, los casos en los que por imposibilidad material, la declaración deba hacerse con las reglas del anticipo también el interrogatorio);

Judicialidad; (porque el testimonio, para su mayor validez, debe rendirse ante el juez);

Objetividad; (porque debe reflejar la realidad tal y como es, despojada de prejuicios). El testigo tiene la obligación de declarar. Puede ser llevado a los tribunales aún en contra de su voluntad y tiene la obligación de decir la verdad. El testimonio debe versar sobre las observaciones del testigo, en relación a los hechos que tienen relevancia, con el objeto de la acusación en juicio. Bajo estas condiciones, aquél que interroga al testigo, necesita mucha habilidad y destreza para lograr que el testimonio del testigo pueda cumplir su función, de comprobar o no, los hechos sobre los cuales versa la acusación y de esa forma facilitar una base firme para la decisión judicial.

3.3.4 Desarrollo de la prueba testimonial

“ El arte de interrogar es un proceso individual, que depende de la personalidad del que interroga y de cómo logra comunicarse. Para esto no existe, ni una definición ni un esquema; únicamente pueden compartirse y transmitirse las experiencias vividas y explicar los errores más comunes que se cometen en estos procesos. Existen sin embargo, recomendaciones generales que pasamos a citar:

- ⇒ Compartir y explicar el por qué de la pregunta;
- ⇒ Formular un solo contenido por pregunta. Si para las personas con una elevada educación, es difícil responder a dos o más contenidos por pregunta, para las personas con un nivel educativo menor, será imposible;
- ⇒ Finalizar la pregunta en un tono de interrogación;
- ⇒ Ser lo más objetivo posible;
- ⇒ Formular el mínimo de preguntas personales necesarias;
- ⇒ Aprender a controlar sus emociones;
- ⇒ No exagerar;
- ⇒ No involucrarse;

Otro de los aspectos que debe cuidar quien interroga, es no permitir que el testigo exponga sus propias conclusiones. Particularmente es el caso de los policías que son llevados a declarar. Al investigador le toman su testimonio como testigo pues él no es perito. Esto no excluye que en algún caso específico el investigador pueda a pedido de una de las partes y sin objeción de la otra, dar alguna conclusión”.³²

3.4 Testigo encubierto

³² **Rol del fiscal en juicio oral** curso interactivo para fiscales adjuntos y asistentes, <http://www.fiscalía.gov/icmp/cursos-inductivo/index.htm>, (14-2-2006)

Guariglia, lo define así:

“Agente encubierto, miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información y su compatibilidad con los postulados básicos del derecho procesal penal.

Son agentes encubiertos los funcionarios especiales que voluntariamente a solicitud del Ministerio Público se les designe una función con la finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos delictivos organizados”³³

La ley Alemana define a los agentes encubiertos (AE) como “miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada (*Legende*, “leyenda”), otorgada por un período limitado de tiempo”. Quedan excluidos de este círculo, por consiguiente, miembros de la policía que se hayan infiltrado sólo como producto de la ocasión (es decir, sin “leyenda”), al igual que los así llamados “Hombres-V” (*V-Leute*).³⁴

Actualmente en nuestro país, se encuentra en el proceso de formación de la ley, el Decreto 21-2206, del Congreso de la República, denominado Ley contra la delincuencia organizada, el cual en su articulado nos da la siguiente definición sobre el agente encubierto: Artículo 22 son agentes encubiertos los funcionarios policiales especiales que voluntariamente a solicitud del Ministerio Público se les designe una función con la finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos armados delictivos organizados.

3.4.1 Personas que pueden participar como testigo encubierto

³³ Guariglia, Fabricio. Tesis **el agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento Penal?**, **Revista de la Asociación Ciencias Penales**, revista ciencias penales, Costa Rica, diciembre 1996, año 8 n.12, www.poder-judicial.go.cr/salvatierra/REVISTA%2012guarq.12.htm. (25-3-2006)

³⁴ Por “Hombres. V” se comprende aquellos particulares que colaboran habitualmente con la policía, y son utilizados por ella para sus tareas de investigación; los “informantes”, por el contrario, son sólo colaboradores ocasionales, que, por lo general, intervienen cuando han tenido noticia de la comisión de un delito

Conforme lo establecido por el concepto de agente encubierto y lo regulado por las legislaciones extranjeras podemos decir, que solamente pueden participar como testigos encubiertos los miembros de la policía, en nuestro medio serían, los miembros de la Policía Nacional Civil

Advierte la literatura, que los órganos encargados de la persecución penal, no deben intentar, evitar las limitaciones a las que se encuentra sujeto el agente encubierto, mediante la utilización de Hombres-V o “informantes”, los cuales no son en principio, miembros de la policía. La consecuencia inmediata de ello sería la imposibilidad de valorar judicialmente, la información recogida mediante la utilización del hombre V -no amparada, cuando el caso se subsuma en alguno de los supuestos establecidos en el catálogo de delitos previsto en la norma. Ello sin embargo, es objeto de discusión, se ha argumentado que la prohibición de valoración probatoria, se encuentra limitada al caso en que personas no legitimadas, ingresen en alguna vivienda privada, ya que ellas tampoco pueden ampararse en la autorización (ingreso domiciliario, en principio, sólo bajo aquiescencia del juez del procedimiento preparatorio).

En contra de esta última postura se puede afirmar que ella pasa por alto el hecho, de que las nuevas normas autorizan una incursión secreta y directa en la esfera íntima del ciudadano bajo sospecha, la cual puede asumir múltiples formas (entre ellas y sin duda, de gran importancia, la del ingreso en el domicilio particular). Con tal fin estas normas regulan una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra, la exigencia de que la persona que realice dicha actividad sea miembro regular de la policía y, por ello, se vea limitado por ciertos principios básicos inherentes a su función. Esto último no sucede como resulta obvio, en el caso de los Hombres-V, a pesar de su íntima vinculación con las fuerzas policiales.

Se debe remarcar de todos modos, que la tesis que considera a los Hombres-V como “simples testigos” y por consiguiente, propugna como única regulación de su actividad, a las reglas procesales destinadas a la prueba testimonial implícita en la decisión del legislador, de ignorar el problema resulta también criticable. A partir de

ello lo único que las fuerzas policiales deben hacer para sortear exitosamente los “obstáculos” previstos en la ley procesal, es utilizar a particulares; la información recogida por estos mediante métodos inadmisibles para los órganos de la persecución penal (ingresos domiciliarios irregulares, interrogatorios “informales”, etc.) será plenamente aprovechable en el procedimiento.

Ello conduce en definitiva, a la relegitimación de la actividad estatal, contraria a las normas que regulan el procedimiento penal, incompatible con la máxima del “proceso justo” (fairen Verfahren, Due Process), postulado fundamental de todas las legislaciones procesales modernas y garantía universalmente reconocida en todos los pactos internacionales en materia de derechos humanos. Si bien es indudable que las reglas del procedimiento penal, en general y dentro de ellas, las normas que establecen los métodos admisibles de recolección de prueba, tienen como destinatarios a los “órganos estatales de la justicia penal” y no abarcan por consiguiente a los particulares, es también claro como ya se ha indicado, que en el caso de actividad de investigación dirigida por el Estado, dichas reglas son de absoluta aplicación, ya que ella es precisamente su objeto de regulación, por más que el Estado se sirva de particulares para llevarla a cabo.

3.4.1.1 Actividades permitidas.

para la intervención de un testigo encubierto, debemos ocuparnos ahora de las distintas actividades a que éste, se encuentra facultado a desarrollar durante su función.

Algunos tratadistas internacionales expresan que:

- ❖ Durante su actividad puede tomar parte en el tráfico jurídico, bajo su falsa identidad, es decir, realizar todo tipo de actos jurídicos, demandar y ser demandado en juicio, fundar sociedades, etc. ya sea en relación a su misión, ya en forma individual. Puede también, ingresar a viviendas particulares bajo

ciertos presupuestos. Para ello se exige además de la conformidad del juez, el consentimiento del afectado. Este, sin embargo, no se debe encontrar viciado por engaño alguno que sobrepase el mero uso de la “leyenda” y, el consecuente ocultamiento de la verdadera identidad (y actividad). Con ello se quiere decir que el agente encubierto, no debe utilizar otros medios para ocultar su identidad, y favorecer su ingreso en el domicilio como por ejemplo, hacerse pasar por empleado de la administración de la casa de departamentos.

Ha sido puesta en tela de juicio y se crítica, parte de considerar como una fuente de protección de la “integridad espacial de la vivienda como manifestación de la esfera privada”, excluyendo incursiones irregulares o arbitrarias del Estado. El engaño subyacente al mismo uso de la identidad falsa, mediante el cual el ciudadano desconoce que en definitiva, le está permitiendo la entrada al Estado a su propia morada, impide según este razonamiento, que este particular “consentimiento” pueda tener algún efecto en cuanto a la vulneración. Fundamenta en primera línea un derecho de exclusión contra el Estado, que protege al ciudadano sobre todo contra la indagación estatal de su vivienda, sólo puede ser excluido cuando el ciudadano desea permitirle al Estado el ingreso en su vivienda” . La crítica señala, además la necesidad de dividir claramente el tratamiento del problema, en el plano del derecho penal material (la eventual infracción -violación de domicilio), porque la actividad del agente encubierto no podría ser considerada como “registro”, dado su carácter subrepticio;

- ❖ Particularmente complejo es el problema en torno a las “conversaciones similares a un interrogatorio” que lleve a cabo el agente encubierto durante su actuación, sobre todo con el imputado. Quienes se han ocupado del tema coinciden en que como resulta auto evidente, el testigo encubierto se encuentra en principio liberado del deber de advertencia, consagrado en los Artículos 7 y 8 de la Constitución política de la República de Guatemala.

Se ha sostenido de todos modos casi ingenuamente, que el agente encubierto debe observar el principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*” (ninguna persona puede ser obligada a declarar contra si mismo), en las conversaciones que realice. Se señala también, sin más que él debe durante su actividad atender la posibilidad misma llevar a cabo interrogatorios.

La principal pregunta a responder, se refiere a la aprovechabilidad de los conocimientos adquiridos por el agente encubierto mediante un “diálogo similar a un interrogatorio”, llevado a cabo sin la previa advertencia. Una opinión se inclina por la *plena aprovechabilidad* de dicha información, apoyándose exclusivamente en el hecho de que el agente encubierto se encuentra liberado del deber de advertencia. La tesis contraria propugna la aplicación de una *prohibición de valoración probatoria*.

Según este razonamiento, si se desprendieran de la omisión de la advertencia, en el caso de investigaciones encubiertas, consecuencias distintas a las establecidas en el caso de “indagaciones en descubierto”, entonces el interés del imputado a un procedimiento en su contra, acorde con el Estado de derecho, en el que no tiene que actuar como testigo contra sí mismo, se vería vulnerado: “el debido proceso quedaría por debajo de la investigación encubierta”.

Cualquier tesis que pretenda dilucidar el problema, tiene que comprender necesariamente una toma de posición determinada no sólo en relación al significado y alcance en el procedimiento penal.

Una segunda argumentación posible sería, sostener que aquellas “conversaciones” que el agente encubierto lleve a cabo con el imputado (o con testigos), no constituyen “interrogatorio”, llamados “cuestionarios informales” llevados a cabo por la policía, tesis que entraña el grave peligro de que, con el fin de evitar la prohibición de valoración, “se intente expandir el ámbito de los cuestionarios informales, aún más allá que hasta el presente, a costa del interrogatorio”. Esta ha sido, de algún modo, la solución adoptada por la Corte Suprema de los EEUU para negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria, en el caso de declaraciones frente a un “undercover agent”, obviamente sin la previa advertencia

(Warning) exigida por la Corte, a partir del ya célebre fallo *Miranda v. Arizona*, con el fin de garantizar la vigencia del principio “*nemo tenetur...*” consagrado en la V Enmienda (Privilege against self-incrimination): según la Corte, “*Miranda...*” sólo es de aplicación al caso de “custodial interrogation”, lo que significa un interrogatorio llevado a cabo por oficiales de la policía, sobre una persona que ha sido detenida o privada de su libertad de acción de un modo significativo. Sobre esta base, la Corte rechazó la aplicación de la regla de exclusión probatoria, en un caso en el cual el imputado detenido, le confiesa y describe a su compañero de celda (en verdad, un agente encubierto) el homicidio que había cometido. Según la Corte, el fundamento de la exigencia de advertencia previa establecida en “*Miranda...*” radica en que el imputado se sentirá compelido a hablar, si se encuentra en una “pólice-dominated atmosphere”; ello no sucede cuando él, aun si se encuentra encarcelado, habla libremente con alguien a quien erróneamente, cree un compañero. La “atmósfera coercitiva” no se encuentra aquí presente.

Sin embargo, no es compatible esta postura con la estructura normativa, como señala la dogmática procesal penal alemana, el único proceso comunicativo entre un órgano procesal y un particular que la admite y regula, es el interrogatorio y éste es, por definición un proceso regido por la transparencia: “el derecho procesal penal clásico, no conoce casos de ‘interrogatorios encubiertos...’”, Sólo un proceso comunicativo que respete las reglas establecidas, puede ser considerado un interrogatorio admisible y sólo entonces es posible la valoración de la información de este modo obtenida. Una “conversación similar a un interrogatorio” llevada a cabo (sin advertencia previa) por el agente encubierto, sólo podría conducir entonces, a una prohibición de valoración probatoria.

- ❖ Existe consenso en cuanto a que el agente encubierto *no puede* cometer delitos durante la intervención. En el caso de que esto suceda (por ej., debido a la llamada “prueba de fidelidad”), se ha admitido la posibilidad de que la acción se vea justificada (estado de necesidad justificante), o eventualmente disculpada (estado de necesidad disculpante), aunque se advierte que la

aplicación de cualquiera de estas normas sería admisible sólo en casos excepcionales.

Resulta necesario formular algunas observaciones. En primer lugar, es importante advertir sobre el peligro que entrañaría admitir dentro de la ponderación de valores inherente ya al estado de necesidad justificante, ya al disculpante, otros valores distintos a los representados por los bienes jurídicos (individuales o colectivos) en juego, como sucedería si se propugnara un caso en que el agente encubierto sacrifica un bien jurídico “x” para evitar ser descubierto, colocando como factor en colisión no ya un peligro concreto para un bien jurídico vinculado al autor, a terceros o a la colectividad, sino a la mucho más abstracta “capacidad funcional de la administración de justicia penal”. Ello sería de dudosa compatibilidad con un derecho penal aún hoy orientado, fundamentalmente a la protección de bienes jurídicos. Por otro lado, el carácter de miembro de la policía del agente encubierto restringe sensiblemente las posibilidades de aplicación, sobre todo en el ámbito de la *omisión* del deber de actuar en defensa de bienes jurídicos; en el primer caso porque, según la tesis dominante, los integrantes de las fuerzas policiales deben “para la protección de bienes tomar riesgos para su vida e integridad, y no pueden apelar al estado de necesidad”. Si vulneran este deber en el caso de la existencia de un *deber institucional* colindante, conduce también a una restricción de las posibilidades de subsunción, por aplicación de la cláusula de *exigibilidad*.

Guariglia, hace las siguientes conclusiones, “procurando describir sintéticamente, el funcionamiento de las normas en la legislación procesal, la actividad del agente encubierto y, los presupuestos de su actuación. Se ha señalado además, la colisión entre importantes aspectos con los clásicos principios liberales del procedimiento penal. Esta colisión es en verdad inevitable. La introducción de métodos “encubiertos” o “secretos” para la averiguación de la verdad es un cuerpo extraño en aquellos catálogos normativos, presuponen la actuación “a cara descubierta” de los órganos encargados de la persecución penal, sobre todo tratándose de ataques a la esfera de derechos de los ciudadanos y que regulan minuciosamente las excepciones a dicha regla. Los casos en los cuales el derecho procesal penal

tradicional reconoce métodos “secretos” o “encubiertos” para la averiguación de la verdad como por ejemplo, la intervención de correspondencia, implican sólo ataques *puntuales* en la esfera privada de los ciudadanos, y no pretenden como sucede con el agente encubierto, una presencia *continua* aunque se encuentre limitada temporalmente de la persecución penal estatal en dicho ámbito.

La adopción de estos métodos significa un abandono tal vez en principio parcial, pero de enorme importancia de las viejas máximas ilustradas que presidían el funcionamiento de la administración de justicia penal, y su reemplazo por nuevos puntos de partida; de un derecho penal y procesal penal, fundado esencialmente en el respeto a los derechos de los ciudadanos y, de admitir al delincuente como parte en el contrato social, se gira hacia un sistema penal basado (y acaso legitimado) en la eficiencia de su función represiva. En el ámbito del derecho penal material, ello ha conducido a una significativa ampliación de los *delitos de peligro abstracto*, avanzando hacia los *actos preparatorios*, históricamente impunes para el derecho penal liberal: “el autor carece de esfera privada, de un ámbito de comportamiento aún no socialmente relevante, sino que es sólo una fuente de peligro, con otras palabras, enemigo del bien jurídico”. El ámbito de intervención es el mismo tráfico y comercio de estupefacientes, delitos contra la seguridad del Estado, tráfico de armas. El derecho procesal penal de cuño iluminista ha sido el método coherente de actuación del “derecho penal del ciudadano”; el “derecho procesal penal encubierto” no es otra cosa que el correlato formal del “derecho penal del enemigo”.

En el caso concreto de la admisibilidad del agente encubierto como nuevo protagonista del procedimiento penal, y como se puede advertir, el intérprete se encuentra frente a un problema de solución dilemática, si intenta armonizar la actividad del agente encubierto con los principios fundamentales de un procedimiento penal acorde con el Estado de derecho, el resultado es un agente encubierto enormemente limitado en su capacidad real de actuación, a punto tal que salvo en lo que al uso de la identidad falsa se refiere, no diferirá sustancialmente de un policía común; si por el contrario se inclina por potenciar la capacidad funcional del agente encubierto, el precio a pagar por ello es altísimo. La vigencia de principios

fundamentales del Estado de derecho, rectores de la persecución penal estatal, se diluye casi por completo, y las reglas del procedimiento penal ya no juegan prácticamente ningún papel como “formas protectoras”, cediendo el paso a la *desformalización* característica del procedimiento penal en estados policiales. La coexistencia pacífica de ambos sistemas (“tradicional” y “encubierto”), al menos con los modelos normativos hasta ahora intentados, no parece posible.

Se ha sostenido que el eventual *error* sobre el peligro en la demora, o sobre el hecho de que la decisión de la fiscalía no pudiera ser obtenida a tiempo, permite el aprovechamiento de los conocimientos adquiridos. Ello significa nuevamente, la inclusión de elementos ajenos al ámbito en el que operan las reglas de prueba. El eventual error, sólo puede tener algún significado en cuanto a la punibilidad del agente encubierto que creía obrar “regularmente”, si es que su acción se subsume en algún tipo penal; en nada puede modificar el hecho de que su actuación *fue realmente irregular* y, por lo tanto, inadmisibles desde el punto de vista procesal.

Ulteriores empleos del agente encubierto; lleva a concluir que en verdad, “las injerencias encubiertas en la inviolabilidad del domicilio, tienen en su totalidad un efecto de inseguridad mucho más fuerte que las injerencias abiertas, ya que el particular, cuando tienen lugar las injerencias encubiertas nunca llega a saber si su vivienda no ha sido ya desde hace tiempo, objeto de la investigación estatal”. No es admisible por ello, una argumentación a *maiore ad minus* para fundamentar la autorización del agente encubierto.

Este mismo argumento, inversamente formulado, se utiliza para negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria, extensiva a la declaración de *hombres-V* en el debate oral.³⁵

En Guatemala, que como ya se mencionó, a la fecha de realización del presente trabajo, se encuentra en el proceso de formación de ley el Decreto 21-2006, Ley contra la delincuencia organizada, el cual en su articulado, específicamente el su

³⁵ Guariglia... **Ob. Cit;**

Artículo 23 se refiere a las actividades que podrá realizar el agente encubierto, por lo que siendo aún un proyecto de ley, no entraremos a analizarlo, concretándonos únicamente a transcribirlo, y así dice: Artículo 23: Para el objeto de la presente ley, los agentes encubiertos estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del imputado o los lugares donde el grupo delictivo organizado, lleve a cabo sus operaciones o transacciones. igualmente, si el agente encubierto encuentra en los lugares donde se lleve a cabo la operación, información útil para los fines de la operación, lo hará saber al fiscal encargado de la investigación para que éste, disponga el desarrollo de una operación especial para la recopilación de la información y elementos materiales o evidencia física encontrados. Es bastante escueto el artículo, en cuanto a definir las actividades permitidas del agente encubierto, dejándolo aparentemente en libertad de actuar. Esto nos lleva al igual que, Guariglia al citar a Frister, a concluir que en verdad, “las injerencias encubiertas en la inviolabilidad del domicilio, en actividades comerciales y todas aquellas que le sean permitidas, tienen en su totalidad un efecto de inseguridad mucho más fuerte que las injerencias abiertas,³⁶

3.4.2 .Procedimiento para obtener el medio de prueba

En cuanto a la forma como debería solicitarse la admisión del testigo encubierto en la investigación de un delito, tomando en cuenta la forma de regulación en la legislación comparada, el trámite para obtener la autorización de su participación como agente encubierto debería ser el siguiente:

- cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, El juez controlador competente o el Ministerio Público dando cuenta inmediata al juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su

³⁶ **Ibid.**

necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Público, por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

- La resolución por la que se acuerde, deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta, con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.
- La información que vaya obteniendo el agente encubierto, deberá ser puesta a la mayor brevedad posible, en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará conforme al sistema de la sana critica razonada, por el órgano judicial competente.
- Los funcionarios de la Policía Nacional Civil que hubieran actuado, en una investigación con identidad falsa, de conformidad a lo previsto en el apartado, podrán mantener dicha identidad. Cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos, en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada. Ningún funcionario de la Policía Nacional Civil podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.
- Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que al respecto, establezca la ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

- El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal, por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituya una provocación al delito.
- Para poder proceder penalmente contra él mismo, por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el juez competente para conocer la causa deberá tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

En Guatemala conforme el Decreto 21-2006, que como ya se explico, se encuentra en el proceso de formación de ley “Ley contra la delincuencia organizada”, dicho proyecto contempla la forma de su tramitación, el cual al ser aprobado, este sería:

Artículo 24: cuando el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de un grupo delictivo organizado, ordenará a la autoridad policial respectiva que realice un análisis, con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes, los lugares donde y con quien realizan sus operaciones y; si fuere posible, los puntos débiles de la misma.

Posteriormente ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos infiltren la organización criminal, con el fin de obtener información útil, que sirva para lograr los objetivos establecidos en la presente ley.

Artículo 25: los agentes encubiertos que tuvieran conocimiento de la futura comisión de delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos, deberán poner en

conocimiento inmediato de las autoridades respectivas, a efecto de evitar la comisión de los mismos.

Artículo 26: a solicitud del fiscal del Ministerio Público encargado del caso y bajo su responsabilidad, el fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público podrá autorizar operaciones encubiertas, por un tiempo máximo de seis meses, renovable cuantas veces sea necesario sin que el plazo total de la operación exceda de un año.

Artículo 28: El fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público, deberá conocer y resolver en forma inmediata la solicitud planteada por el fiscal. La resolución deberá ser fundada y en caso de autorizarse deberá contener los siguientes requisitos:”.

Artículo 29: durante la operación encubierta, los fiscales deberán documentar la información que reciban de forma verbal por los agentes encubiertos. Esta podrá abstenerse mediante seguimientos, vigilancias, grabaciones de voces de personas investigadas, la utilización de micrófonos u otros mecanismos que permitan la finalidad, fotografías, grabaciones de imágenes, u otros métodos técnico científicos que permitan verificar la información proporcionada por los agentes encubiertos.

Artículo 32: a partir de la primera declaración, el imputado o su defensor podrá, revisar el expediente que deberá contener la documentación de la información recabada durante la operación encubierta, con el objeto de constatar si en el procedimiento y en los actos realizados no se vulneraron los derechos y garantías del imputado y, si se respeto el contenido de la presente ley.

Artículo 33: los agentes fiscales serán los responsables de la dirección, desarrollo y documentación de la operación encubierta. Si detectaren desviaciones o abusos en el desarrollo de la operación por parte de los agentes encubiertos, deberán suspender inmediatamente la operación e informar al fiscal general de la República y

jefe del Ministerio Público los motivos de la misma y, si fuere procedente, deberá formular acusación respectiva para el procesamiento del agente encubierto.

3.4.3 Protección al testigo encubierto

Protección de testigos

Los derechos del acusado, normalmente incluyen el de enfrentar o carearse con sus acusadores frente al tribunal. Esto significa que los testigos comparecen personalmente y están disponibles para un interrogatorio por ambas partes. Este puede ser un procedimiento totalmente público. En países con un historial de conflictos violentos o con serios problemas relacionados con el crimen organizado, algunos testigos pueden tener miedo de declarar. Pueden tener miedo de ser asesinados o de algún otro acto violento en su contra o de sus familias.

Los testigos en estas condiciones requieren protección. La capacidad de los distintos sistemas legales para brindarla, difiere considerablemente. En Canadá, por ejemplo, la identidad de los testigos puede ser protegida en algunos casos. En los Estados Unidos, el sistema de protección de testigos incluye su reubicación y cambios de identidad. Otros sistemas pueden ofrecerles a los testigos protección armada durante el juicio. En los países que cuentan con menos recursos o una débil administración de justicia, la protección de testigos puede ser difícil.

La declaración del agente encubierto debe mantener en secreto su identidad y declarará bajo su identidad ficticia. Lo importante es que su verdadera identidad en el caso necesario, sea identificable a través de la decisión que tomó previamente el juez, al permitir su intervención como agente encubierto.

El agente encubierto, debería declarar en una sala separada, solamente conectada por un sistema de audio con la sala de audiencias, que permitiera mantener en secreto su identidad. Otra forma de protección sería permitir la ausencia del imputado, a la audiencia en la que declara el agente encubierto. Pero

esto no lo permite el principio de inmediatez ni el derecho del imputado a una defensa material.

Por lo que si existiera el peligro de que el imputado descubra la identidad real del agente encubierto, entonces debe ser obligación de la fiscalía y de la policía darle la protección adecuada contra posibles actos de venganza contra él o su familia.

El anonimato o justicia sin rostro por parte de los testigos puede darse en una doble dirección. Primero, el que hizo la denuncia y segundo el o los agentes infiltrados que producen las pruebas. En el primer caso una garantía absoluta es reservada, en el segundo, una hipotética posibilidad de comparecencia es abierta. El anonimato es por tanto, parte integrante de un principio procesal en el caso que nos ocupa. Él es elevado a nivel de principio procesal.

El objetivo enunciado, es la seguridad del testigo. Lo cual es correcto en la medida en que puede existir una necesidad, ya que si el testigo se enfrenta a servicios de seguridad, bandas delictivas o para policiales o paramilitares o cuando se esté frente a procesos en que están en juego inmensos intereses económicos y financieros de grandes empresas. Y esto sin dejar de lado que también un grupo terrorista puede tener interés en la eliminación física de un tal testigo o fuente de información.

El principio de anonimato es, por otro lado, muy relativo para la seguridad de los testigos. Podríamos citar el caso colombiano en el cual, testigos secretos que han tomado parte en procesos contra bandas paramilitares o miembros de la fuerzas represivas y que han sido testigos directos de masacres y asesinatos, han sido a su turno asesinados.

En Guatemala conforme al proyecto de ley, Decreto 21-2006, Ley contra la delincuencia organizada, no contempla regulación alguna, sobre la protección que el estado debería otorgar al testigo encubierto.

3.4.4 Implementación del medio de prueba del testigo encubierto, en el proceso penal guatemalteco.

La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el *“modus operandi”* con que actúa. Ante este nuevo reto, los gobiernos han ido poniendo instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas, si bien existen todavía algunos de los que puede dotarse legítimamente un Estado, en su lucha contra esas formas de criminalidad que no han tenido acogida en nuestro sistema jurídico. Asimismo la persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico ilegal de drogas, común motivo de preocupación para todas las naciones, han sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales. En esta línea, destaca la aprobación en el marco de las Naciones Unidas de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, en donde se insta a las partes firmantes, a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo que de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sea necesaria para hacer frente con la mayor eficacia, a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una proyección internacional.

Todas estas modificaciones deben introducirse, respetando el fin del proceso penal, que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y el de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación, se encuentran en el sistema de derecho y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más adyectas que parezcan las formas de delincuencia que se trata de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías Constitucionales.

Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces, para luchar contra la criminalidad organizada, no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales y de la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías que exige, siempre que exista conflicto, que el mismo resulte a favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático.

En Guatemala, desde hace varios años, existe la preocupación por la búsqueda de la aplicación de la justicia, en todos los niveles sociales, como parte de esa lucha y el Estado en su deber, de brindar paz y seguridad a la población, viene utilizando los métodos necesarios para poder luchar contra la delincuencia y el crimen organizado. Recientemente ha sido, aprobado por el Congreso de la República, el Decreto 21-2006, Ley contra la delincuencia organizada, que como ya hemos venido explicando, a la fecha de realización de este trabajo, aún está en su proceso de formación de la ley, pese a ello, nos referimos a tal decreto, únicamente para hacer referencia de cómo ha quedado en la misma estipulado lo referente al testigo encubierto, ya que en caso de entrar en vigencia esta sería su regulación.

El tercer Considerando de la ley dice que: “la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, suscrita por Guatemala con fecha 12 de diciembre de 2000 y, aprobada mediante Decreto 36-2003, tiene como propósito, promover la cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional; comprometiéndose el Estado de Guatemala a adoptar las medidas legislativas correspondientes, a efecto de combatir y erradicar la delincuencia organizada, estableciéndose mecanismos especiales de investigación”.

En el Artículo 1 de dicho Decreto, estipula el objeto y naturaleza y dice así: “la presente ley tiene por objeto, establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales; el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como

todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar las delincuencia organizada, de conformidad y con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala y leyes ordinarias”.

Las operaciones encubiertas quedaron reguladas del Artículo 21 al Artículo 34. y en su Artículo 20, expresa sobre la autorización de métodos especiales de investigación, las que conforme a este artículo deberán estar bajo la responsabilidad solidaria con el agente fiscal encargado del caso, quien deberá requerir la autorización de la medida al fiscal general y será él, quien autorice la medida. El Artículo 21, nos da el concepto de operaciones encubiertas y dice: “se entenderá por operaciones encubiertas aquellas que realizan agentes encubiertos, con la finalidad de obtener información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos organizados y su desarticulación, mediante el diseño de estrategias eficaces, con estricto control del Ministerio Público”. Así mismo establece las operaciones que quedan prohibidas y excluidas de las operaciones encubiertas y son: la provocación de delitos, las operaciones que se hagan fuera de las acciones y planificaciones en la fase de investigación. El Artículo 22 nos da el concepto de agente encubierto y así dice: “son agentes encubiertos, los funcionarios policiales especiales que voluntariamente a solicitud del Ministerio Público se les designe una función, con la finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos armados delictivos organizados”. El Artículo 23 se refiere a las facultades de los agentes encubiertos, Artículo 26, se refiere a que es el Ministerio Público, por medio del fiscal general y jefe del Ministerio Público, quien bajo su responsabilidad puede autorizar las operaciones encubiertas por un tiempo máximo de seis meses prorrogables, pero dicha operación no puede exceder de un año. Artículo 27 establece los requisitos que debe llenar la solicitud para la operación encubierta. Artículo 28 se refiere a que es el fiscal general quien deberá, conocer y resolver la solicitud planteada por el fiscal, y nos da los requisitos de la resolución. El Artículo 30 expresa las condiciones que se deben observar para la exención de responsabilidad del agente

encubierto. El Artículo 31 contempla la sanción, que deberá aplicarse al testigo encubierto en caso de que cometa algún delito. El Artículo 32 dice: “a partir de la primera declaración, el imputado o su defensor podrá revisar el expediente, que deberá contener la documentación de la información recabada durante la operación encubierta, con el objeto de constatar si en el procedimiento y en los actos realizados no se vulneraron los derechos y garantías del imputado y, si se respeto el contenido de la presente ley”.

3.5 Diferencias entre la prueba testimonial y la del testigo encubierto

Existen algunas diferencias entre la prueba testimonial y la del testigo encubierto, sobre todo en la forma como se produce, o llega a ser del conocimiento del testigo, la información y entre ellas se pueden citar las siguientes:

Testigo

- Persona que tiene conocimiento por encontrarse presente, en el momento de la comisión de un hecho tipificado como delito;
- el testigo declara a cara descubierta, bajo juramento de decir verdad y con las penalidades del falso testimonio;
- la identidad la conocen las partes, desde el momento en que es propuesto;
- el testigo, no puede consultar notas ni documentos. La razón es que el testigo debe responder a las preguntas formuladas basándose únicamente en su memoria;
- Puede ser cualquier persona con capacidad.

Testigo o agente encubierto

- Persona que tiene conocimiento por encontrarse presente, pero su presencia no es casual, es debidamente planificada y autorizada;
- En el testimonio del agente encubierto, no se indica ni quien lo dio ni las circunstancias de tiempo y modo en que ocurrió el hecho investigado;
- Su identidad la conoce solamente el juez, o en su caso el fiscal general del Ministerio Público que autorizo;
- Solamente puede ser un miembro de la Policía.

3.6 Eficacia de la prueba del testigo encubierto

La existencia de este mecanismo procesal vuelve casi inexistente el derecho a la defensa en los que a las pruebas se refiere.

Un Estado podrá dictar cientos de leyes, pero mientras un gobierno no desnude las raíces mismas de la violencia estatal (amnistía general para los criminales, impunidad total para los servicios y agentes de seguridad, aplicación de medidas liberales que condenan a millones de personas al hambre, la desesperación, el analfabetismo y la miseria, punto final a la corrupción generalizada y al desmantelamiento del aparato del Estado), vano será todo intento de enfrentar el flagelo del narcotráfico.

No debe olvidarse que en un Estado democrático (aunque se de en un marco restringido), éste no puede dejar de ignorar ciertas reglas que garantizan un justo proceso, u otras garantías procesales y democráticas. Desde este punto de vista, no basta con que el Estado se abstenga de violar los derechos humanos. El Estado debe poner a disposición de todos los ciudadanos las herramientas procesales

adecuadas y los instrumentos jurídicos necesarios que garanticen libertades consagradas en el derecho interno e internacional. Según este último, "... los Estados partes en el Pacto de San José de Costa Rica, en esta Convención se comprometen, a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna..." (Art. 1,1, Pacto de San José de Costa Rica).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy explícita, en cuanto a los alcances de lo contenido en dicho artículo. Ella ha aclarado que la primera obligación asumida por los Estados partes... es de respetar los derechos y libertades reconocidos por la convención. El ejercicio de la autoridad pública tiene ciertas limitaciones, debido al hecho que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad de la persona. La obligación de respetar los derechos y garantías contenidos en la Convención, significa un deber de abstención, una obligación de no hacer para el Estado. Este no debe realizar ningún acto (comprendido un acto legislativo interno) que pueda violar las dichas garantías y derechos consagrados.

Por otro lado, no basta con que un Estado se abstenga de realizar tal o cual acción. El Estado tiene el deber de organizar el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras, por intermedio de las cuales se ejerce el poder público, de tal manera que el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos sean asegurados sobre el plano jurídico.

Wilde, al realizar una entrevista al abogado criminalista, Eduardo Alberto Paredes secretario de la Asociación de Ciencias Penales del Nordeste, Argentina, expone algunas de sus respuestas: "Estoy en absoluto desacuerdo con este tipo de figura jurídica que la legislación incorpora en la ley contra el narcotráfico. Además de ser inconstitucional, por origen e historia el testigo de identidad reservada, no puede ser admisible en un estado de derecho del siglo XXI", La génesis del testigo de identidad oculta, continúa diciendo Paredes, se remite a la Santa Inquisición Católica del siglo XII (Pontífice Inocencio III) (que mandaba a la hoguera a los sospechados

de brujería y de prácticas contrarias al catolicismo, muchas veces a través de la denuncia anónima), para después desaparecer de todas las legislaciones penales hace unos 200 años. Pero en la década de los 80, por influencia de la legislación de los Estados Unidos de América y el problema que tiene ese país para el control del narcotráfico, comienza un lento retroceso en todo su sistema penal.

Explica que por ser una nación dominante, los criterios de vida de los EE.UU. se trasladan a otros países de su área de influencia. Por esto, a partir de los años 90 en la Argentina comienza un proceso de criminalización tremendo, y en ese retroceso de las garantías ciudadanas aparece la figura del testigo de identidad reservada, como también la del arrepentido.

Remarca que el testigo oculto es inconstitucional porque viola el principio de defensa en juicio. El procesado no sabe de quien se defiende al ignorar quien testimonia en su contra y, menos puede evaluar el testimonio, lo que se llama técnicamente principio de contradicción. Continúa diciendo que si los estados no pueden controlar el crecimiento de la criminalidad, en el caso de que el mismo sea real, se debe a que no pueden hacerse cargo del conflicto social, un fenómeno que tiene que ver con estructuras económicas. Es decir que cuando no se puede asistir a la sociedad, se elige controlarla por la vía penal, se criminaliza la pobreza y las cárceles se llenan de pobres.

Insiste en que el testigo reservado, además de ser inconstitucional, llega en el marco de un proceso de retroceso de las garantías ciudadanas, que se advierte en la Argentina a partir de mediados de la década del 90, en que se incorporó en las leyes de antidrogas hace cinco años. La explicación es que la legislación específica sudamericana y universal está transnacionalizada, básicamente controlada por niveles de decisión por encima del país y sujeta a las necesidades de los EE.UU. Para Paredes, incorporar la figura del testigo reservado al Código Procesal Penal de Misiones "será un desacierto total,

En la realidad dice que la regulación legal del agente encubierto, no significará ningún avance, la gente seguirá con la misma inseguridad y el nivel delictivo no

bajará, servirá para hacer creer a la gente que políticamente se hace algo y para obtener algún rédito electoral.

Continúa diciendo Paredes. Las fuerzas de seguridad son represivas y siguen siendo represivas, el estado de derecho debe garantizar las garantías de cada ciudadano, no interesa el nivel de inseguridad, máxime en países como la Argentina, que tiene una historia oscura con las cuestiones penales. Además, no es posible controlar la pobreza por vía de la criminalización. Cuando una sociedad tiene mayores niveles de conflictividad, es porque tiene problemas estructurales muy serios, y cuando se pretenda resolver esa conflictividad por vía penal, lo único que se conseguirá es un estado totalitario y penal.

En la hipótesis de la legalización de la figura del testigo reservado, reconoció que sirve para los juicios orales "de hecho es posible, en países con un estado de guerra civil como Colombia, donde se utilizan los testigos encubiertos, se leen las declaraciones pero no hay modo de controlar ni contravenir lo que dicen. En estos países también actúan los jueces sin rostro, que no se dan a conocer.

Para Paredes, la situación es admisible en un estado de disgregación nacional o guerra civil, pero no en una república, "porque es inconstitucional y porque no tiene ningún efecto, es como aparentar hacer algo, utilizando el derecho penal en forma simbólica.

En lugares del país donde se avanzó con este tipo de legislación, tampoco sirvió para nada y condujo a un proceso de criminalización creciente sumamente peligroso, y lo único que reafirma que el Estado pretende controlar el conflicto social por vía de la criminalización".³⁷

Se comparte lo manifestado por el jurista citado, que en los juicios orales en países, con un estado de guerra civil, es posible que se utilicen los testigos encubiertos, por la forma como se produce la prueba dentro del juicio en el cual, se

³⁷ Wilde, Mario Miguel, **La figura del testigo de identidad reservada encuentra mucha resistencia en el foro de misiones**, de posadas (Misiones), República de Argentina.territiodigital.com,1999-2001 (15-3-2006)

leen las declaraciones pero no hay modo de controlar ni contravenir lo que dicen. Así como la existencia en estos países de los jueces sin rostro, que no se dan a conocer. Pero en países como Guatemala, que lucha día a día por ir avanzando en la aplicación y defensa de los derechos individuales de las personas, no puede ser posible este tipo de prácticas que lejos de ser protectoras y garantistas, son violatorias de derechos.

En Guatemala el proyecto de ley, Decreto 21-2006, Ley contra la delincuencia organizada en su Artículo 32 dice: a partir de la primera declaración, el imputado o su defensor podrá revisar el expediente que deberá contener la documentación de la información recabada durante la operación encubierta, con el objeto de constatar si en el procedimiento y en los actos realizados no se vulneraron los derechos y garantías del imputado y, si se respeto el contenido de la presente ley. Se puede observar que el legislador ha tratado de garantizar los derechos del imputado, en un solo artículo, lo cual no es suficiente y no deja de ser violatorio de los derechos que goza el imputado dentro del juicio, uno de ellos es el derecho de defensa, que le otorga al imputado el derecho de conocer contra quien dirige su defensa es decir de conocer realmente quien es la persona que está detrás de la imputación.

Tal como lo ha expresado Wilde en la entrevista hecha a Paredes, secretario de la Asociación de Ciencias Penales del Nordeste, Argentina, “que el testigo oculto es inconstitucional porque viola el principio de defensa en juicio el procesado no sabe de quien se defiende al ignorar quien testimonia en su contra y menos puede evaluar el testimonio, lo que se llama técnicamente principio de contradicción”,³⁸

Además el debido proceso que garantiza, que dentro del juicio oral y publico es decir en el debate, es donde se deberá producir la prueba, este artículo solamente le está dando el derecho de conocer al imputado la información recabada, pero no podrá conocer quien la recabó, ya que la secretividad de la identidad del testigo encubierto es indispensable, por otro lado, esta ley no nos habla de la forma cómo serán introducidas en el debate estas informaciones, es que se quedarán como

³⁸ **Ibid.**

simple información, esto dejaría sin ninguna oportunidad de valoración a la operación encubierta, o se tomará como prueba producida, lo que violaría el derecho del debido proceso a favor del imputado, pues uno de los requisitos del proceso es que la prueba deberá ser producida en el debate. Ya que el primer párrafo del Artículo 186 del Código Procesal Penal establece: todo elemento de prueba para ser valorado, debe haber sido obtenido por procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este código.

Hay que preguntarse: ¿Una futura ley del tipo que hemos anotado, sería compatible con la obligación de protección que tiene el Estado?

¿Sería compatible con la obligación de organizar el aparato estatal de manera eficaz y con la de garantizar el respeto pleno de los derechos humanos?

Es dudosa enteramente una tal compatibilidad, porque se estaría organizando el aparato estatal, con otros fines que no son los reconocidos en la convención citada. (Pacto de San José de Costa Rica).

Por lo que no es posible que pueda surgir este tipo de practicas, ya que contamos con una Constitución que garantiza los derechos de los individuos, que nuestro ordenamiento jurídico ha ido avanzando para poder ser mas justo y protector de los ciudadanos y que además se lucha por que cada día, se desarrollen los conceptos de paz, de igualdad y justicia; sería como lo manifiesta el Wilde citando a Paredes, “retroceder a los años de la inquisición, a los años de inseguridad estatal, que lejos de ayudar a combatir el flagelo de la delincuencia organizada, nos haría caer en otro motivo más de preocupación, ya que no tendríamos certeza de que nuestros derechos están siendo protegidos, al vemos amenazados por la infiltración de personas que trabajan para el estado, en nuestra vida privada”.³⁹

3.7 El agente encubierto en la legislación comparada

³⁹ Ibid.

Para la lucha antiterrorista en las legislaciones extranjeras, se ha creado la figura del llamado *agente encubierto*, ejemplo de ello es Argentina, que legaliza exclusivamente en la ley de drogas reformada por la ley 24.424 de 1995, que en su Artículo 31 bis lo incorpora exclusivamente para los delitos que prevé la ley de drogas o del Artículo 866 del Código Aduanero a efecto de impedir su consumación, lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener o asegurar los medios de prueba necesarios. Para ello autoriza al juez durante el curso de una investigación, para que por resolución fundada y siempre que la investigación no pudiese ser lograda de otro modo, designe a agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, para que éstos actuando en forma encubierta, se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas e incluso que participen en la realización de algunos de los hechos que prevé la ley de drogas.

A su vez, en el Artículo 31 ter de la ley de mención determina la impunidad del agente encubierto por las razones que allí explica.

La figura anterior presenta ventajas y desventajas, las que vemos claramente como antecedentes en los Estados Unidos de Norteamérica, cuya Carta Magna y Enmiendas, no prevé el uso de agentes secretos y por el contrario defiende principios y garantías que podrían verse vulnerados.

Así podemos ver que la 4ta. enmienda de la Constitución de los Estados Unidos reconoce al agente el derecho de estar seguro, entre otras cosas, contra búsquedas y secuestros irrazonables. El precepto prohíbe la actividad policial que viola las expectativas razonables de privacidad de una persona y dio lugar a importantes fallos de la Corte Suprema. Empezando por "López vs. United States" 373 U.S. 427,446 (1963), pág. 439, allí se resolvió que los agentes secretos, no amenazaban la privacidad lo suficientemente como para convertirse en una limitación de la Cuarta Enmienda. En ese caso se había investigado la posible evasión del pago de impuestos federales en la explotación de un cabaret por parte del imputado, a quien el agente investigador Davis le había gravado una conversación de la cual surgía que le había ofrecido una suma de dinero para sobornarlo. Esa maniobra fue la base de

la acusación; la defensa estuvo dirigida contra la grabación del diálogo, por cuanto había sido lograda mediante una violación a los derechos protegidos por la citada enmienda.

La Corte rechazó el planteamiento diciendo que, no existía tal afectación porque los aparatos mecánicos, fueron usados sólo para obtener evidencia confiable de una conversación en la cual, el agente del gobierno era sólo un participante y podía recordarla ante un tribunal.

En "Hoffa vs. United States" 383 U.S. 1.024 (1966); al apelar se señaló que la enmienda aplicable no protege la creencia del delincuente, respecto a que voluntariamente dice una persona no será revelado por ésta. El tribunal reconoció en el caso la doctrina del riesgo, porque ser escuchado por quien no corresponde o ser seducido por un informante es la clase de riesgo que necesariamente se asume con cualquier persona que se habla.

En el caso "Lewis vs. United States" 382 U.S. 1024 (1966) un agente federal de narcóticos telefoneó al acusado, para discutir la venta de marihuana, para lo que se identificó falsamente y realizó algunas operaciones con el apelante, por lo que este alegó que toda evidencia obtenida por el agente, debía ser suprimida porque el consentimiento fue inducido por fraude y falsa representación. El rechazo de la Corte se fundó en que el apelante invitó al agente encubierto a su hogar, con el específico propósito de realizar una venta de narcóticos y que no podía ampararse en la Cuarta enmienda, porque había convertido su hogar en un centro de comercio para la distribución de narcóticos.

Si bien es notoria la tolerancia hacia el uso de los agentes secretos por necesidad, es impreciso su control judicial sea en la decisión de emplearlos, sea sobre las actividades realizadas. La autorización judicial debe requerirse periódicamente, a fin de asegurar que la continuación de las tácticas esté justificada.

Respecto a la Quinta enmienda, nadie será privado de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso de ley. El primero de los casos mencionados fue

"Hampton vs. United States"; en él el imputado se quejó por haber sido conducido a una transacción en narcóticos, que comenzó y terminó con el gobierno. La Corte resolvió que el debido proceso no había sido violado, por el mero hecho de utilizar un acto encubierto, por el cual se le suministraba contrabando de heroína a un sospechoso, quien posteriormente lo vendió a otro agente especial. El voto de la mayoría, debido al Juez Powell, fue que el concepto de justicia fundamental inherente a la garantía del debido proceso, nunca impediría la condena de un delincuente predispuesto, a pesar del comportamiento de la policía a la luz de las circunstancias que lo rodearon.

Velasco al citar a Padovano, indica que "los factores que los jueces deben ponderar para decidir si el acto del agente de la autoridad, conculca el debido proceso, son los siguientes:

- si la iniciación del plan criminal, estuvo a cargo del gobierno o del acusado;
- el grado de dificultad en la investigación y la necesidad de participación del Estado, como una táctica para el cumplimiento de la ley;
- la significación del trabajo de los funcionarios del gobierno;
- si fueron estos quienes proveyeron los materiales esenciales o servicios y si los acusados podrían haber obtenido éstos en forma independiente;
- la naturaleza del rol del sospechoso en la transacción, incluyendo el grado de su participación".⁴⁰

Íntimamente ligada al instituto del agente encubierto en los Estados Unidos, se encuentra la defensa de *entrapment*, que está traducida como trampa o celada. La Corte Suprema americana ha resuelto que puede involucrarse cuando el informante o agente incita a una persona a cometer un delito.

⁴⁰ Velasco, Luís Enrique, **La legislación Argentina ante los delitos complejos**, revista prudentia juris, numero 57 de la facultad de derecho y ciencias políticas, Universidad católica de Santa María de los Buenos Aires, Argentina, www.aldial.com/home/prudentia57asp. (14-2-2006)

Habrá *entrapment* cuando la policía para perseguir a un criminal, induce a una persona a perpetrar un crimen, que ordinariamente no habría cometido. Si ello sucede, para los partidarios de la defensa, el acusado engañado a través de la trampa tiene derecho a una absolución.

Las Cortes americanas han desarrollado dos *tests* sobre el accionar policial. El objetivo se centra sobre la conducta policial, e investiga si tal comportamiento induciría a una persona que normalmente evitaría cometer un crimen, a ceder a la tentación de perpetrarlo. El subjetivo, surge cuando la policía influye en la mente inocente del acusado para que cometa un crimen, de modo que este surge de la conducta del funcionario y no de la libre voluntad del autor, que es realmente inocente y no puede ser condenado.

El tema llegó a la Corte Suprema. En el precedente *Sorrells*, del año 1932, el tribunal acogió la defensa del *entrapment*, defendiéndolo como la concepción y el planteamiento de un delito, por un funcionario que procura su comisión por alguien que no lo habría perpetrado sino fuera por el truco, persuasión o fraude del agente inductor, receptando así la postura subjetiva. Es que las técnicas de incentivar actos ilícitos no pueden alcanzar el grado en que ellas constituyan una trampa.

Sin embargo, en 1958 la Corte cambió de criterio al decidir el caso "*Sherman vs. United States*". El apelante había sido condenado por vender narcóticos. En el caso, había actuado un informante del gobierno, *Kalchinian*, quien se había encontrado con el imputado en el consultorio que este atendía para ser tratado por cura de narcóticos. En ese lugar, el agente le pidió que lo ayudara a obtener la mercancía para su uso personal, hecho que fue demostrado por otras evidencias. El fallo de la Corte meritó la predisposición del acusado para cometer el delito, de modo que la conducta de un agente del gobierno, puede ser permitida cuando induce a un crimen, si existe voluntad del autor para cometerlo.

En el caso "*Rusell vs. United States*", la Corte resolvió que la infiltración de agentes del gobierno era una aceptable técnica de investigación y que, cuando era necesario asegurar la confianza de sospechosos, los agentes podían hacer su

trabajo a fin de suplir los recaudos necesarios para completar la empresa criminal. Dijo, entonces, que la defensa del *entrapment* no tiene rango constitucional.

La última referencia de interés es la operación del FBI, conocida como Abscam-Abdul Enterprise, que había sido estructurada para probar la confianza que merecían los funcionarios de la alta jerarquía del gobierno. Para ello se les brindó la oportunidad para que tomaran parte en actos corruptos. Como resultado de la investigación, veinticinco individuos incluyendo un senador, seis representantes y otros funcionarios públicos y abogados, fueron acusados por llevar a cabo actos corruptos en varios estados New York, Philadelphia y Columbia.

Las legislaciones Europeas también prevén la figura del agente encubierto, pudiendo darse a título de ejemplo, la ley de criminalidad organizada de la República Federal de Alemania del 22/09/92 que lo impone y que es reglamentado por los Artículos 110 a) y 110 e) del Código de Procedimiento Penal.

En lo que se refiere a legislación Argentina, ya dijimos que esta figura sólo está prevista en la ley de drogas, pero como precedente para su utilización para otras figuras delictivas, cabe tener en cuenta el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina n 400. XXII fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo del 11/12/90. T 313; P. 1305 donde se sostiene que: el empleo de un agente encubierto, para la averiguación de los delitos, no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Además regula su actuación de la siguiente manera: “La conformidad con el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos, requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de derecho, lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente...”.

Hay que distinguir los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso, aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión, sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquellos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad, excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de

exclusión admitiría que fuera conocido por el extraño. Esto surge del voto del ministro Dr. Fayt al que adhirieron los magistrados Levene, Belluscio, Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moliné O'Connor.

El sistema fue utilizado en la causa AMIA aunque no como prueba exclusiva, pero sí como pauta de ella, para arribar a los procesamientos que fueron confirmados por la Cámara de Apelaciones, en lo Criminal y Correccional Federal, que acepta su viabilidad, a la luz del principio de la libertad de prueba, al señalar que la presencia de algún medio probatorio que no tenga regulación específica, no obsta a su admisión, si resulta pertinente para comprobar el objetivo de la prueba. Y sostiene que la actuación del agente, no ha excedido de una vinculación con la organización criminal, sin otra consecuencia que la de obtener algunos datos, erigiéndose en un testigo estratégicamente introducido en el medio en que se desenvolvían los procesados.

CAPÍTULO IV

4. Ventajas y desventajas que ofrece la prueba del testigo encubierto a la acusación hecha por el Ministerio Público en el proceso penal guatemalteco

4.1 Ventajas que produce la prueba del testigo encubierto en el proceso penal

Conforme a las opiniones recabadas, con personal que labora en el Ministerio Público específicamente fiscales, se a llegado a concluir que algunas de las ventajas que podría señalarse, que traería la prueba del testigo encubierto al proceso penal y conforme a las opiniones analizadas, diríamos que podrían ser las siguientes:

- ▲ En la etapa de investigación, se beneficiaría dándole al Ministerio Público la oportunidad de realizar una investigación sin ningún obstáculo;
- ▲ La investigación se realizaría en forma amplia;
- ▲ Una acusación hecha mediante la prueba del testigo encubierto estaría mejor sustentada;
- ▲ daría como resultado una efectiva acusación;
- ▲ Constituye una base sólida para dictar una sentencia conforme a derecho;
- ▲ Es un avance en la política criminal del Estado;
- ▲ produce prueba objetiva, legal pertinente y útil;

- ▲ la inseguridad que actualmente se vive por la delincuencia y el crimen organizado, impide que las personas colaboren con su testimonio, esto no sucedería con el testigo encubierto, ya que por encontrarse bajo protección su identidad e integridad física, el puede declarar con toda libertad;
- ▲ en cuanto a la fuente de información, no cabe ninguna duda sobre su veracidad, ya que el testigo encubierto muchas veces participa dentro de la organización, como miembro de los mismos delincuentes, lo que le da certeza a su información;
- ▲ Constituye un beneficio en cuanto a la incorporación certera del testimonio, consecuentemente mayores elementos para la averiguación de la verdad;
- ▲ Es una solución viable para la incorporación del testimonio al proceso;

4.2 Ventajas de una efectiva acusación

La argumentación en general, es utilizada para tocar temas controversiales; sin embargo, es utilizada en todos los ámbitos de nuestra vida, ya que el objetivo principal, es convencer al interlocutor o lector de nuestra posición en un aspecto determinado y conseguir que se adhiera a la misma, va encaminada a que la persona que recibe la información se adhiera a nuestra idea.

En materia jurídica consiste, en las razones en que basamos o fundamentamos nuestra posición o tesis frente al tema en discusión.

Existen varios tipos de argumentación, pero las más importantes y que nos interesan son la argumentación positiva: que consiste en presentar argumentos que

respalden nuestra postura positiva sobre un hecho; y argumentación pasiva llamada refutación y que consiste en que la presentación de esos argumentos, sirven para rechazar o negar la tesis o argumentos de la otra persona. La argumentación jurídica es utilizada por los abogados o fiscales para fundamentar o rechazar la tesis, en una causa llevada ante los tribunales, también es utilizada por los jueces o magistrados para fundamentar sus decisiones.

Por lo tanto la argumentación jurídica es la base para la imputación fiscal y que servirá para convencer al juzgador y motivar la resolución esperada. Otro aspecto importante es la carga de la prueba. En el proceso civil rige como norma general, el principio de carga de la prueba por el cual la persona que afirma un hecho debe probarlo. Sin embargo, esta regla no es válida para el proceso penal, por dos razones principales: En primer lugar hay que indicar que el imputado goza del derecho a la presunción de inocencia (Art. 14 de la Constitución y del Código Procesal Penal). Por ello las partes acusadoras han de desvirtuar la presunción, demostrando su teoría si quieren lograr la condena. Por su parte, la defensa no necesita desvirtuar las tesis acusadoras para lograr la absolución.

Si por ejemplo, el imputado alega legítima defensa, no le corresponde a su Abogado probar la existencia de la misma, sino que el fiscal tendrá que demostrar que su hipótesis es cierta y que no cabe la posibilidad de aplicar esta causa de justificación. En segundo lugar el Ministerio Público está obligado, a extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las de descargo (Art. 290 Código Procesal Penal). El Ministerio Público no actúa como un querellante y no tiene un interés directo en la condena; por lo tanto, si la defensa alega alguna circunstancia favorable, el fiscal deberá investigarla. Por todo ello, podemos afirmar que la carga de la prueba en el proceso penal no recae en quien alegue un hecho, sino en las partes acusadoras.

Ahora bien siempre basándonos en que los fines del proceso penal que son: el descubrimiento de la verdad real, la averiguación de un hecho tipificado como

delito o falta, las circunstancias en que pudo ser cometido, la posible participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia y su ejecución, así mismo el Artículo 1 de la ley Orgánica del Ministerio Público establece: “el Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública; además vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país”. En el ejercicio de esa función el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia, actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad. El Código Procesal Penal en su Artículo 108, establece sobre, la objetividad del Ministerio Público y por ello indica: “..... deberá formular los requerimientos y solicitudes conforme a ese criterio aún a favor del imputado”.

Podemos entonces preguntarnos ¿cómo debería ser una acusación efectiva?, ¿cuál sería el resultado que con ella se quiere alcanzar?, ¿qué se espera obtener de ella?

Respondiendo a la primera interrogante diríamos que, una acusación para ser efectiva debería contar con ciertos elementos de prueba que pudieran ser irrefutables, que sustenten sus argumentaciones y que pudieran convencer al tribunal, de tal manera que no pueda dejar duda sobre la culpabilidad del sindicado. Sobre todo, al realizar la acusación por parte del Ministerio Público, para poder obtener la efectividad de la misma dentro del proceso penal, debe tomar en cuenta las medidas que hemos analizado en el capítulo dos, sobre la efectividad de la acusación.

Pero si nuestra base fuera la segunda interrogante, diríamos que toda acusación debe contar con elementos de prueba necesarios y suficientes que sustenten sus argumentaciones, para poder conseguir del tribunal una sentencia condenatoria, que se ajuste a los requerimientos, que en ella indica el fiscal del Ministerio Público encargado de la investigación;

Refiriéndonos a la tercera interrogante, diríamos que toda acusación que realiza el Ministerio Público, para que se considere efectiva, tendría como resultado siempre una condena del sindicato o sindicatos.

Al realizar la acusación el Ministerio Público, es necesario que cuente con medios suficientes para argumentarla y fundamentarla, sin olvidar que la defensa dentro del debate, tratará de obtener medios probatorios que destruyan la efectividad de los medios de prueba del Ministerio Público, esto dará como resultado una sentencia absolutoria, la pregunta sería; ¿si los medios probatorios presentados con la acusación fueron destruidos por la defensa se diría que la acusación no fue efectiva? Podemos entonces responder que como antes afirmamos, si analizamos los fines del Proceso Penal, dentro del cual uno de ellos es la averiguación de la verdad real del proceso y la participación o no del sindicato en el hecho delictivo; y principalmente basándonos en que del Ministerio Público debe actuar con objetividad, consideramos que la ventaja que produce una acusación considerada efectiva, (acusación que debe basarse en medios probatorios obtenidos legalmente, producidos dentro del juicio garantizando los derechos individuales de las personas, protegidos por la Constitución Política de la República de Guatemala) es conseguir que el tribunal pueda dictar una sentencia justa y apegada a derecho. En la cual quede plenamente demostrada; ya, la plena participación en el hecho delictivo y por consiguiente su responsabilidad y culpabilidad del sindicato o bien la inocencia del mismo.

4.3 Ventajas de la prueba del testigo encubierto en la acusación del Ministerio Público

Para el Ministerio Público la implementación de la prueba del testigo encubierto, representa muchas ventajas por lo que podemos mencionar que entre otras pueden darse las siguientes:

- ▲ es un medio del cual el Ministerio Público puede auxiliarse para realizar investigaciones llamadas especiales o referentes al crimen organizado;
- ▲ La libertad con que el agente encubierto puede ingresar a las organizaciones de delincuentes, o bandas, y así obtener información provista de credibilidad;
- ▲ Al prestar la declaración en el debate, el testigo encubierto puede declarar sin ningún temor, ya que su identidad está siendo protegida, así puede con facilidad relatar los hechos claramente y hacer las identificaciones de los delincuentes. Lo que no ocurre con el simple testigo, quien por miedo muchas veces se rehúsa a declarar y si es obligado lo hace con miedo, omitiendo por ello hechos que puedan repercutir sobre su seguridad personal o sobre su familia;
- ▲ El agente encubierto no corre riesgo personal, ni sus familias, por lo tanto no existe la posibilidad de que no se presente a declarar;
- ▲ Proporciona mayor fundamento para la acusación y logra un resultado efectivo condenando a los delincuentes.

4.4 Desventajas de la prueba del testigo encubierto en la acusación del Ministerio Público

Quintanar Diez, expresa: “Como afirma Gascón, se asume que la iniciativa para proceder será primordialmente policial, como también el planteamiento de las diversas actuaciones que se lleven a cabo; no obstante, se establece un importante control del juez de Instrucción, también del Ministerio Público, no sólo por cuanto se

refiere a la autorización, sino igualmente durante el desarrollo de la infiltración, del que deberá dársele cuenta puntualmente a la mayor brevedad posible.⁴¹

En la aplicación de la figura del agente encubierto, el juez de instrucción, deberá atender siempre a los efectos de autorización de la mencionada figura, mediante resolución fundada a la necesidad de la misma a los fines de la investigación. Y ello conecta con la exigencia en relación con la exención de la responsabilidad criminal, del agente funcionario policial encubierto de proporcionalidad, con la finalidad del Instituto y de las actuaciones delictivas en las que pudiera incurrir sin que en ningún caso, puedan constituir provocación del delito.

La verdad es que aquí, ha quedado fuera de la regulación de una técnica de investigación de carácter eminentemente policial, prácticamente el grueso de la práctica operativa que en esta materia se emplea cotidianamente por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, disciplinándose un instrumento que aún potencialmente eficaz, resulta ser máximamente disfuncional para los agentes policiales contra la delincuencia organizada. Esto es, en palabras de quienes la utilizan, resulta inseguro, temerario en su uso, carente de respaldo legal, desechable, difícil de llevar a cabo, incluso perjudicial para el agente, etcétera, hasta el punto de que se ha llegado a decir que, para los miembros de la delincuencia organizada y sus eventuales reservas, resulta fácil probar irregularidades de procedimiento del agente encubierto, que pudiera acusarles en orden a invalidar diligencias de prueba e incluso imputar directamente al agente.

Otras de las críticas que se ha dirigido a la figura en estudio, la constituye el hecho de que se obligue al agente encubierto a comparecer en juicio, descubriendo su identidad de forma menos segura, que en el ordenamiento alemán en que, por ejemplo, comparece en juicio el superior jerárquico del agente como testigo de referencia, que cuenta lo que le ha informado su subordinado.

⁴¹ Quintanar Diez, Manuel. **El agente encubierto**, revista electrónica de derecho. Issn. n.1870-2155 numero 1, letrasjuridicas.cuc.vdg.nx/numeros/01/MQD05.pdf. (25-3-2006)

Las críticas que en el terreno aplicativo se han vertido en relación con esta figura son por cierto numerosas y cargadas, en gran medida de razón. En este sentido afirma la doctrina especializada, que lo que primero que llama la atención de la nueva herramienta de lucha contra la delincuencia organizada, es la judicialización absoluta de una técnica policial que hasta entonces, podía discurrir en la mayor parte de su empleo, el mandato de llevar a cabo su misión de averiguar los delitos que se cometieren en su territorio o demarcación; y practicar según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes.

Así se afirma que tal disposición legal camina en sentido contrario a la eficacia que requiere el trabajo policial, dejándose en manos del juez, la utilización de una herramienta policial que hasta ese momento operativo e incluso mucho tiempo después, no va a lesionar los derechos fundamentales de nadie, por la sencilla razón de que se está llevando a cabo generalmente una operación encubierta sin objetivo determinado ni imputación concreta. Lo cierto es que sobre esta materia, esta perspectiva crítica, debe incardinarse en una lógica policial orientada a la consideración de los problemas que desde el punto de vista de la eficiencia y de los riesgos para el agente funcionario policial, comporta su utilización.

El método de obtención de pruebas que implica esta técnica policial, en la medida en que supone la obtención de determinada información, relacionada con personas concretas y que puede ser utilizada en su contra como prueba de cargo en el proceso, basada en el engaño fundamental de los ciudadanos. Y aunque la admisibilidad de dichas informaciones y su relevancia procesal, venga admitida legalmente, en este estudio es necesario comprobar en que medida de colisión este el interés público, en la persecución del crimen versus derechos de las garantías procesales y derechos fundamentales pueden compatibilizarse de forma razonable.

Otra objeción crítica siempre de la citada perspectiva policial, la constituye la autorización de la actuación bajo identidad supuesta. Se afirma en este sentido, y ello es irrefutable, que después de tipificar como delito el uso público de nombre

supuesto, podrá ser autorizado temporalmente por la autoridad administrativa que pueda extender identidades supuestas.

Por lo demás el mandamiento de la identidad supuesta durante el proceso penal, partiendo de que ningún funcionario de la Policía puede ser obligado a actuar como agente infiltrado, resulta una necesidad, pues si el ordenamiento no garantiza adecuadamente la integridad física tanto del agente como la de su familia, mediante dicha medida, difícilmente pueden encontrarse funcionarios dispuestos a realizar dicho tipo de actividad. Amén de la costosa y sacrificada formación que exige la técnica de la infiltración y la dureza de las condiciones de su desarrollo.

"El tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, in, admite que si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga, o indigna de crédito y no podrá demostrarlo si no tiene información que le permitan fiscalizar el crédito que le merece el autor o ponerlo en duda. En la misma línea la sentencia de idéntico tribunal del 27 de septiembre de 1990, caso Windich, que afirma que al ignorar la identidad de los testigos, la defensa sufrió un handicap casi insuperable: no dispuso de los datos necesarios para controlar la credibilidad de los testigos o lanzar dudas sobre los mismos".⁴²

Pero volviendo a la crítica, siempre desde el lado del agente policial, el que se autorice la identidad supuesta de forma potestativa o facultativa (podrían mantener dicha identidad cuando testifiquen), no deja de ser uno de los rasgos negativos, en su caso que definan la figura en exceso abierta desde un plano normativo y, por tanto insegura desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Ello ha llevado a las siguientes consideraciones críticas por la parte de la doctrina especializada.

⁴² Velasco... **Ob. Cit;**

Desde una perspectiva estrictamente jurídico-procesal sin que ello suponga que las anteriores consideraciones no lo sean, pero si más atenta a la dimensión constitucional que comporta esta figura, debe ponerse de relieve que desde una posición metódica viene a ser en esencia, el fin único de la mentada categoría: esto es, la obtención de pruebas de cargo que en el proceso pueden resultar útiles para los efectos de determinación del delito que en el contexto de la delincuencia organizada se haya cometido y de sus criminalmente responsables.

Como esquematizan los estudiosos, este acceso de la información al proceso penal puede producirse a su vez, de dos formas directamente esto es, llevándole en cuanto tal al juicio oral, normalmente, a través de la declaración como testigo del policía infiltrado, bien porque las informaciones obtenidas por el policía una vez comunicadas al órgano jurisdiccional o a la propia policía, son la fuente que conduce a otras pruebas obtenidas no ya por el agente encubierto, sino normalmente por otros policías.

Sin ninguna duda, ello nos lleva a concluir que en gran medida la figura, al menos participa de una naturaleza jurídica incuestionable, esto es, que se trata de una diligencia de investigación sumarial juridificada. Sin perjuicio claro es que debajo de su cobertura se instalen comportamientos estrictamente preventivos desde un ángulo policial, aunque ellos supongan a su vez que en parte dicha figura pueda cobrar el antecedente de relieve sumarial, con relación a delito que se ha cometido, pero que resultan instrumentales respecto de otros que se previenen. Por ejemplo, en el delito de terrorismo que puede prevenirse, con la utilización del agente de la figura encubierta, resultan ser instrumentales otros delitos menores como el robo, utilización de matrícula falsa, etc. En estos casos, el agente encubierto participa de una doble naturaleza como técnica policial de prevención del delito y como diligencia policial de investigación judicial.

De lo anterior se puede decir que la implementación de la prueba del testigo encubierto, no tiene ninguna desventaja precisamente sobre la acusación que

realiza el Ministerio Público, sino la desventaja está sobre la defensa del imputado, ya que constituye un retroceso al sistema procesal acusatorio, que actualmente rige en Guatemala y por lo tanto violatorio a la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto de los derechos de defensa y debido proceso, ya que no permite al imputado poder interrogar por sí o por su defensor, a los testigos propuestos en su contra por lo que viola el principio del contradictorio.

CAPÍTULO V

5. El testigo encubierto en el debate

5.1 Incorporación de los medios de prueba al debate

Como quedo descrito en el apartado 3.4, Guariglia, lo define así:

Agente encubierto, es el miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información y su compatibilidad con los postulados básicos del derecho procesal penal.⁴³

Como ya hemos mencionado recientemente ha sido, aprobado por el Congreso de la República, el Decreto 21-2006, Ley contra la delincuencia organizada, que se encuentra en su proceso de formación de la ley. Dicho Decreto en su Artículo 22 nos da el concepto de agente encubierto y así dice: “son agentes encubiertos, los funcionarios policiales especiales que voluntariamente a solicitud del Ministerio Público se les designe una función, con la finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos armados delictivos organizados”.

Ahora nos corresponde tratar la forma como este tipo de prueba deberá ser incorporado en el proceso penal, específicamente en la etapa del debate.

Las atribuciones del ente acusador, en la instrucción previa al debate, es un tema controversial, particularmente en los casos en los que el Ministerio Público realiza actos que pueden tener un valor definitivo en el proceso, especialmente en el debate, donde asume el mismo papel que correspondería a la autoridad jurisdiccional encargada de la instrucción.

⁴³ Guariglia... **Ob. Cit.**

Realmente el Ministerio Público debe ejercer en el proceso penal las típicas funciones que corresponden a la acusación, ajustándose así al esquema del sistema acusatorio, ya que cuando asume poderes instructorios, se aleja de la dialéctica que requiere el proceso y se produce una peligrosa concentración de funciones, que pueden poner en grave peligro los derechos fundamentales de la persona y las garantías del debido proceso. La fase de instrucción como etapa previa al debate es realmente una actividad administrativa, pues su propósito esencial es poder determinar preliminarmente si procede o no la acusación definitiva.

En la etapa del juicio, todo acto que sea definitivo o irreproducible, si se quiere incorporar al debate, debe realizarse bajo el control y dirección de una autoridad jurisdiccional, ajustándose además a los principios que rigen el debate oral y público, requiriéndose la presencia del representante de la acusación, del acusado y de su defensor. Los actos que se realicen sin cumplir con los requisitos mencionados no tendrán ningún valor en el juicio. Se le da así absoluta preeminencia, a la regla de que los actos judiciales que tienen valor en el debate, son los que se han recibido con la participación de las partes en una audiencia oral y pública.

Se ha hablado de la importancia que para la prueba tiene el principio de la libertad probatoria, según el cual el juez admite como medios de prueba, todos los elementos lícitos de convicción, que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado.

De ello se desprende que todos los objetos, pueden ser llevados a prueba en el proceso y con cualquier medio probatorio, con tal que la ley no lo prohíba ni se opongan a él los principios de nuestro sistema jurídico o las leyes de la moral social.

Palacio citando a Eduardo M. Jauchen, dice: “como derivación del principio de la verdad real, se presenta el de la libertad probatoria, para procurar llegar a lo realmente acontecido, es indispensable que no surjan obstáculos formales como existen en el proceso civil, de allí que sea menester la libertad probatoria, entendiéndose por tal, la posibilidad genérica de que todo se puede probar por

cualquier medio. El enunciado esta referido tanto al objeto de la prueba como a los medios. Pero puede darse la excepción ya que quedan excluidos aquellos medios prohibidos por la ley, los que resulten incompatibles con el ordenamiento procesal y los que no estén reconocidos por la ciencia, los que violen limiten o restrinjan garantías individuales que tienden a proteger la intimidad, la vida privada, la salud, y la propiedad particular, sobre los cuales se fijan condiciones formales ineludibles, para que puedan alterarse estos valores en pro de la averiguación del delito y a las formas procesales previstas para introducir el elemento probatorio al proceso. Por lo que es menester el respeto a las garantías Constitucionales y formas impuestas para cada medio probatorio, ya que de lo contrario el material colectado en violación de las normas será invalorable".⁴⁴

El mismo principio de libertad de la prueba tiene sus limitaciones, unas que afectan al objeto se les conocen como absolutas y otras a los medios y que se les llama relativas. Y pueden entenderse de dos modos: como prohibición expresa, que se da cuando la ley dispone que determinada circunstancia no se investigue, en el proceso o que no se pruebe con medios distintos de los indicados expresamente en la ley; y las relativas que afectan a los medios de prueba y que para determinar algún hecho no son admisibles todos los medios de prueba, sino solo algunos determinados.

Las garantías constitucionales imponen límites al principio de libertad de la prueba, pues si bien todo objeto de prueba puede ser probado por cualquier medio, de las garantías individuales se derivan las limitaciones, para la adquisición del conocimiento del hecho que motivó el proceso. En consecuencia conforme al principio de legalidad de la actividad procesal y de la prueba en especial, todo elemento de convicción que se incorpora al proceso, debe respetar las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción. Esto es lo que se denomina regla de exclusión probatoria, según la cual, debe ser excluido para su valoración, cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al

⁴⁴ Palacio, Luís Enrique, **La prueba en materia penal**, 2000, Argentina, www.uom.es/info/hcontem/leoc/papers.htm. (14-5-2006)

proceso con violación a una garantía constitucional, o de las formas procesales dispuestas para su producción, así resultan ilegítimas y, en consecuencia invalorables, las pruebas materiales o de personas que se obtengan de esa forma, por ejemplo un allanamiento ilegal, una interferencia de las comunicaciones de forma clandestina etcétera. Los fundamentos de esta doctrina se basan principalmente, en la irrefutable razón ética, derivada de la imposibilidad de que el Estado aproveche para el juzgamiento, elementos de convicción que fueron obtenidos en forma ilegítima y dejando de observar normas por él mismo impuestas. El estado de derecho impone necesariamente el reconocimiento de los derechos esenciales del individuo y el respeto de la dignidad humana, cuya tutela es axiológicamente más importante para la sociedad, que el castigo al autor del delito. Para la investigación y castigo del delito, no es posible hacerlo mediante la comisión de otro.

En consecuencia la regla de exclusión, es la invalorabilidad del elemento de prueba obtenido ilegalmente, de modo que el órgano jurisdiccional no podrá basar sus decisiones en prueba viciada.

En resumen puede decirse que debido a que el proceso penal, tiende a la averiguación de la verdad histórica, se hace necesario eludir cualquier obstáculo que se presente o imposibilite conocerla. En este caso cualquier medio de prueba puede ser utilizado aunque no esté previsto o enunciado en forma taxativa, debiéndose aplicar las normas que analógicamente, resultan más compatibles con la índole y naturaleza del mismo, siempre y cuando no se violen las garantías individuales establecidas.

Para la incorporación de los medios de prueba, que se presentan durante el juicio oral, el fiscal puede presentar sus pruebas en el orden que considere mejor a la estrategia elegida. No tiene que presentarlas en el orden ofrecido en la acusación y los jueces no pueden obligarlo a ello.

En el sistema procesal penal guatemalteco, podemos acotar las disposiciones siguientes:

El Artículo 366 del Código Procesal Penal, “al presidente del tribunal le corresponde dirigir el debate, ordenar las lecturas pertinentes, hacer las advertencias que correspondan, exigir las protestas solemnes, moderar la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad o no resulten admisibles, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la libertad de defensa.

El día y hora fijados para la audiencia, el tribunal se construirá en el lugar señalado para la misma. El presidente verificará la presencia del Ministerio Público, del acusado y su defensor, de las demás partes que hubieren sido admitidas, y de los testigos, peritos o intérpretes que deban tomar parte en el debate”.

Según los Artículos 81 y 82 del mismo Código estipula que “antes de comenzar las preguntas, se comunicará al sindicado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias del 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.

Inmediatamente después, se dará oportunidad para que declare sobre el hecho que se le atribuye y para que indique que medios de prueba cuya práctica considere oportuna, así mismo podrá dictar su propia declaración”.

Los Artículos 181, 182 y 183 del Código Procesal Penal manifiestan que, “salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos estipulados por el Código Procesal Penal.

Durante el juicio, los tribunales solo podrán preceder de oficio a la incorporación de la prueba no ofrecida por las partes, en las oportunidades y bajo las condiciones que fija la ley”.

Art. 182 Código Procesal Penal: “Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido....”

Art.183 Código Procesal Penal: “Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles, y los archivos privados”.

Después de la declaración del acusado el presidente procederá a recibir la prueba en el siguiente orden:

Peritos,

Testigos,

Documentos,

Otros medios de prueba,

Nuestro ordenamiento jurídico hace referencia a la prueba de oficio, y a la prueba anticipada, o anticipo de prueba como le denomina nuestro Código Procesal Penal, pero, existen algunos casos en los que por circunstancias extraordinarias, no se ofrecen todas las pruebas con la acusación. La regla es que la prueba ofrecida con la acusación, se produzca en juicio. La excepción es que se la ofrezca en la misma audiencia. A esto se denomina prueba nueva. El Artículo 381 del Código Procesal Penal. establece lo referente a nuevas pruebas.

El procedimiento para considerar y resolver la incorporación de prueba nueva, es decir, para admitirla, es el siguiente:

- *Se debate si la prueba es extraordinaria;*
- *Si tiene relación con el objeto principal o accesorio del juicio. Si se cumplen estas dos condiciones previas;*
- *Se le otorga la palabra a la otra parte para que sea oída;*
- *Se admite la prueba nueva.*

En el juicio oral puede objetarse una prueba presentada por la otra parte, si uno considera que es ilícita, o no reúne las condiciones legales. Esta objeción hay que hacerla antes de producir la prueba. Antes de presentar la prueba todavía no hay ninguna razón para su objeción. El momento de la objeción es el de la presentación.

El Código Procesal Penal no se refiere a la ilicitud de la prueba, los Artículos 181 al 186 que se refieren a la prueba, solamente se refiere a la prueba inadmisibile.

5.1.1 La prueba incorporada irregularmente al proceso:

La incorporación de la prueba al proceso deberá hacerse respetando las formalidades exigidas por la ley. El Código Procesal Penal detalla, en su articulado una serie de requisitos formales, necesarios para incorporar la prueba al proceso. Estas formalidades son indispensables para asegurar la veracidad de la prueba obtenida y el derecho de defensa. Por ejemplo, el Artículo 246 establece: “un procedimiento en el reconocimiento de personas que deberá respetarse para que la prueba sea legal, o los Artículos 317 y 318 que exigen la presencia de la defensa en las pruebas anticipadas”.

“La inobservancia de las formalidades exigidas por la ley impedirá la valoración de las pruebas obtenidas” (Art. 281). Por ello, el Ministerio Público tendrá que ser muy cuidados durante la etapa de investigación en realizar las diligencias probatorias respetando las formalidades exigidas por la ley. De lo contrario, se podrán perder

medios probatorios de suma importancia, sin perjuicio de las responsabilidades en las que pueda incurrir el funcionario por su actuar doloso o negligente.

5.1.2 Momento procesal para ofrecer, aportar y producir la prueba:

Desde el momento que se tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, que puede dar lugar al procesamiento del sindicado, se comienza a producir las pruebas, que utilizarán para decidir la situación jurídica del sindicado.

Así el Artículo 181 del Código Procesal Penal establece que: “salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por si la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este Código. Durante el juicio, los tribunales solo podrán proceder de oficio a la incorporación de la prueba no ofrecida por las partes en las oportunidades y bajo las condiciones que fija la ley”.

“Durante la etapa del juicio el momento oportuno para ofrecer y aportar la prueba se produce cuando, vencido el plazo de seis días o resueltas las excusas, recusaciones e impedimentos, las partes ofrecen en este plazo la lista de testigos, peritos, intérpretes, documentos y demás medios de prueba” (Artículo 347 del Código Procesal Penal).

El juicio es por excelencia el acto en el cual se producen los medios de prueba, se hacen las alegaciones finales, así como las réplicas, se delibera en privado, entendiéndose la frase “se delibera en privado” como aquel acto celebrado por el tribunal, sin interferencia de las partes ni de ninguna otra persona o autoridad, para que el tribunal esté alejado de toda contaminación, que pueda enturbiar su pensamiento, pues es aquí cuando los jueces deben estar en calma, en paz y entregados absolutamente a la deliberación del asunto que están tratando, a efecto que su fallo sea justo y alejado de toda pasión personal negativa o positiva, con todo lo cual el producto que es el fallo, nacerá fundamentado únicamente en la pruebas producidas en el debate, basado en la Constitución y en la ley, ya que la sentencia

correspondiente conforme a la ley, se dicta en nombre del pueblo de la república de Guatemala.

“Un medio de prueba para que sea admitido indica el Artículo 183 del Código Procesal Penal, debe referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes”.

Son inadmisibles en especial los elementos de prueba, obtenidos por medios prohibidos, tales como torturas, la indebida intromisión e la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.

Durante el juicio el tribunal:

Primero deberá limitarse a recibir solo las pruebas oportunamente ofrecidas por el Ministerio Público y las partes,

Si nadie ofrece prueba, de oficio dispondrá la recepción de las que sean pertinentes y útiles producidas en la instrucción, y las que se hubieren omitido en esa etapa y fueren indispensables.

Cuando del debate surja la necesidad de realizar una inspección ocular el tribunal estará autorizado para disponerla.

La recepción de los medios de prueba durante el juicio no se podrá llevar a cabo sin la presencia del Ministerio Público, el imputado y su defensor.

5.1.3 Admisibilidad de los medios de prueba:

Después de ofrecido un medio de prueba, el tribunal procede al examen de las pruebas ofrecidas por las partes y si las admite dispondrá las medidas necesarias

para su recepción en el debate. También puede el tribunal rechazar los medios de prueba que resulte ilegítima, manifiestamente inútil o abundante.

Para que un medio de prueba sea admisible debe referirse directamente al objeto de la averiguación y debe ser útil para el descubrimiento de la verdad.

Son inadmisibles en especial los elementos de prueba, obtenidos por medios prohibidos, tales como torturas, la indebida intromisión e la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.

Son Impertinentes cuando no tiene relación o vinculación con el hecho que se investiga, por no poder inferirse en ella relación directa o indirecta, con el mismo o con un hecho incidental, que sirva de base para resolver o decidir el hecho principal; toda vez que la pertinencia de la prueba deviene de que la misma tenga referencia y vinculación ya sea directa o indirectamente, con el hecho que constituye objeto del proceso y que sirva para comprobar la verdad histórica y no de que las partes hayan controvertido o admitido el hecho.

La prueba es abundante cuando es excesiva para verificar un hecho,

5.1.3.1 Inutilidad del medio de prueba:

Esta está relacionada con la relevancia que el elemento tenga, con relación al objeto que debe probarse, esto es, su importancia, idoneidad, eficacia, para verificar el mismo. La prueba además de ser pertinente, debe ser útil, por lo que entonces será inútil aquel medio que carezca de toda importancia en cuanto a la relevancia, para verificar el hecho investigado,

5.1.3.2 Idoneidad del medio de prueba:

Esta consiste en que debe dirigirse a establecer con los medios apropiados los hechos sujetos a juicio.

Los Artículos 181 y 183 del Código Procesal Penal señalan las características que debe tener la prueba admisible:

- ✘ **Objetiva:** La prueba no debe ser fruto del conocimiento privado del juez ni del fiscal, sino que debe provenir al proceso desde el mundo externo, siendo de esta manera controlada por las partes. Por ejemplo; si el juez conoce de un hecho relevante relacionado con el proceso a través de un amigo, no podrá valorarlo si no es debidamente introducido al proceso. El Código Procesal Penal, en su Artículo 181 limita la incorporación de la prueba de oficio, a las oportunidades y bajo las condiciones previstas por la ley.
- ✘ **Legal:** La prueba debe ser obtenida a través de medios permitidos e incorporados de conformidad a lo dispuesto en la ley.
- ✘ **Útil:** La prueba útil, será aquella que sea idónea para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar.
- ✘ **Pertinente:** El dato probatorio deberá guardar relación, directa o indirecta, con el objeto de la averiguación. La prueba podrá versar sobre la existencia del hecho, la participación del imputado, la existencia de agravantes o atenuantes, la personalidad del imputado, el daño causado, etc.
- ✘ **No abundante:** Una prueba será abundante, cuando su objeto

haya quedado suficientemente comprobado a través de otros medios de prueba.

5.1.3.3 La prueba ilegal

Tradicionalmente se ha señalado que el fin del proceso penal es la búsqueda de la verdad histórica. Sin embargo, en un estado democrático éste fin no es absoluto, está limitado. La barrera a esta búsqueda de la verdad, está en el respeto a los derechos y garantías que otorga la Constitución y las leyes procesales. Por ejemplo, si la única manera de conocer la verdad es torturar a una persona, el Estado renuncia a conocer la verdad. No es un principio de un derecho penal democrático que la verdad deba ser investigada a cualquier precio.

En el proceso penal, la búsqueda de la verdad se realiza a través de las pruebas. La prueba practicada en juicio es la que "dice" al tribunal como ocurrieron los hechos. Sin embargo, "la prueba ilegal no podrá ser valorada. La ilegalidad de la prueba se puede originar por dos motivos. Por obtención a través de un medio probatorio prohibido o por incorporación irregular al proceso" (Art. 186 del Código Procesal Penal).

5.1.3.3.1 La subsanación de la prueba ilegal:

La subsanación es un mecanismo a través del cual se corrige la actividad procesal defectuosa, incluyendo la actividad probatoria.

Lo que en realidad se hace es recuperar información que inicialmente fue obtenida de un modo viciado. Siempre que sea posible los defectos se tendrán que subsanar, aún de oficio. No obstante, tal y como señala el Artículo 284 del Código Procesal Penal en su parte final, "la subsanación no puede ser excusa para

retrotraer el proceso a etapas ya precluidas, salvo que el Código lo señale expresamente (por ejemplo, en uno de los efectos de la apelación especial, indicado en el último párrafo del Artículo 421 que establece: "...Si se trata de motivos de forma, anulará la sentencia y el acto procesal impugnado y enviará el expediente al tribunal respectivo para que lo corrija...").

No siempre la prueba incorporada irregularmente al proceso o la prueba obtenida a través de un medio prohibido podrá ser subsanada. Por ejemplo, un reconocimiento de personas en el que sólo se ponga al imputado a la vista del testigo. En ese caso, la prueba ya está viciada y es imposible repetirla o corregirla, ya que el testigo ha visto al imputado y está condicionado.

Los Artículos 283 y 284 del Código Procesal Penal indican que "la subsanación podrá realizarse a través de la renovación del acto, la rectificación del error o cumpliendo el acto omitido".

En los casos de pruebas obtenidas a través de medios prohibidos, la subsanación solo podrá darse a través de la renovación del acto, si éste fuere posible. Por ejemplo, si un testigo declaró bajo tortura, se podrá repetir el interrogatorio respetando las garantías constitucionales y asegurando que la declaración será libre. Esta última declaración será la única que pueda valorarse. En estos casos no podrá subsanarse a través de la rectificación del error o cumpliendo el acto omitido. Por ejemplo, un allanamiento en dependencia cerrada sin orden judicial y sin darse ninguna de las excepciones del Artículo 190 Código Procesal Penal, no podrá ser subsanado obteniendo posteriormente la autorización.

En cuanto a la subsanación de pruebas incorporadas incorrectamente al procedimiento, no hay una regla general, sino que en cada caso habrá que analizar si la renovación o rectificación, no van a desvirtuar la prueba o van a afectar el derecho de defensa. El juez tendrá que ser muy cuidadoso para evitar que la subsanación se convierta en un "maquillaje estético" de la prueba viciada. Dentro de

las formalidades que exige la ley, no todas tienen el mismo valor. Será más fácil subsanar un acta en la que haya un error en la fecha, que una prueba anticipada que se haya practicado sin haberse citado a la defensa.

5.1.3.3.2 La impugnación de la prueba ilegal:

Para impugnar actividades procesales defectuosas, muchos Códigos recurren a incidentes de nulidad y otras formas semejantes.

Sin embargo, aunque aparentemente se protejan mejor los fines del proceso de esa manera, en la práctica son usados como tácticas dilatorias. Por ello el Código Procesal Penal, optó por regular con precisión la invalidez de la información en su Artículo 281. De este modo, la invalidez de la información se asocia a la decisión en concreto en donde iba a ser utilizada, lográndose el mismo control y favoreciendo la celeridad procesal.

Las partes deberán protestar ante el juez, el defecto mientras se cumple el acto o justo después de realizado, tal como lo regula el Art. 282 Código Procesal Penal “salvo que no hubiese sido posible advertir oportunamente el defecto, en cuyo caso se reclamará inmediatamente después de conocerlo”. Sin embargo, cuando el defecto vulnere el derecho de defensa u otras garantías constitucionales, no será necesaria protesta previa e incluso el juez o tribunal podrá advertir el defecto de oficio. La impugnación podrá presentarse verbalmente si el conocimiento se tiene en audiencia o por escrito. En cualquier caso, el fiscal debe requerir al juez que motive la negativa a su petición. Debemos advertir que el Código Procesal Penal en su Artículo 14 recoge como regla general la interpretación extensiva del ejercicio de las facultades de defensa por parte del imputado. En resumen, la defensa va a tener bastante libertad para impugnar pruebas ilegales. Todo ello unido a la obligación que tiene el fiscal de velar por el estricto cumplimiento de las leyes (Art. 1 Ley Orgánica del Ministerio Público) hace que el Ministerio Público deba ser extremadamente cauteloso en respetar las exigencias legales y constitucionales al reunir las pruebas y deberá rechazar cualquier prueba ilegal.

5.1.3.4 La prueba obtenida a través de medio prohibido:

Cualquier prueba obtenida a través de un medio que vulnere garantías individuales constitucionalmente reconocidas, deberá ser considerada ilegal. Dentro de los medios probatorios prohibidos tenemos que distinguir dos niveles:

- ✚ Medios probatorios con prohibición absoluta: Son aquellos medios probatorios, que en ningún caso serán admisibles. Básicamente se refieren a aquellos medios que afecten a la integridad física y psíquica de la persona. Por ejemplo, nunca se podrá admitir una prueba obtenida bajo torturas o malos tratos.
- ✚ Medios probatorios que requieren de autorización judicial: Existen algunos medios de prueba que por afectar derechos básicos de las personas, sólo serán admisibles con orden de juez competente. Por ejemplo, los Artículos 23 y 24 de la Constitución establecen la inviolabilidad de la vivienda, correspondencias, comunicaciones y libros, pero autoriza como excepción la afectación de este derecho con autorización judicial debidamente razonada.
- ✚ La prueba prohibida no podrá ser admitida ni valorada en el proceso: La prohibición de valoración no se limita al momento de dictar sentencia, sino también en las decisiones que se tomen a lo largo del proceso, como por ejemplo el auto de prisión preventiva.

La prohibición de valoración de la prueba prohibida abarca tanto la obtenida directamente a través de violación constitucional como la prueba obtenida a consecuencia de dicha violación. Por ejemplo, no podrá valorarse la prueba de testimonio obtenida en tortura, pero tampoco podremos valorar el descubrimiento de objetos encontrados, gracias a la confesión arrancada de aquella manera. Este planteamiento es conocido como la *doctrina de los frutos del árbol envenenado*, que

establece que toda prueba obtenida a partir de un medio de prueba prohibido es prohibida. Una excepción a este principio, se debe dar cuando la prueba obtenida favorece al reo. Por ejemplo, una escucha telefónica ilegal que demuestra que el reo es inocente.

La prohibición de valoración de la prueba prohibida y sus efectos, es la única manera de hacer operativas en el proceso penal las garantías constitucionales. No tiene sentido prohibir una acción, pero si admitir sus efectos.

El fiscal al realizar su investigación, al formular sus hipótesis y al plantear la acusación, tendrá que valorar la legalidad de la prueba practicada. Si éste análisis da como resultado que existen pruebas ilegales, deberán ser desechadas y no podrán ser utilizadas en sus fundamentaciones.

5.2 Valoración de la prueba en el debate

En el mundo existen diversos sistemas de valoración probatoria, que impiden que el proceso se convierta en un juego de azar para quien lo sufre. Dichos métodos han evolucionado a lo largo del tiempo y su conocimiento es trascendental, para el establecimiento de una certeza jurídica a la hora de juzgar.

En efecto estamos hablando del sistema legal, del sistema de la libre valoración judicial o libre convicción y del sistema de la sana crítica.

La valoración es el momento culminante del desarrollo procesal, en el cual el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico, razonando sobre el valor acreditante que los elementos probatorios tengan, este examen si bien lo realiza el tribunal, al momento de decidir, siempre esta precedido de la actividad critica que las partes hacen de las pruebas, traducidas en los alegatos sobre el mérito de las mismas.

Valorar la prueba: es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba. Tiende a determinar cual es su real utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico.

5.2.1 Sistemas para valorar la prueba

“Legal: es la ley procesal la que fija de modo general la eficacia conviccional de cada medio de prueba, estableciendo bajo que condiciones el juez debe darse por convencido, o señalando los casos en que no puede darse por convencido.

Libre convicción: el juez es libre de convencerse según su íntimo parecer, valorando la prueba según su leal saber y entender. Esta tiene ventaja sobre la prueba legal, ya que no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas. Pero como desventaja tiene que no exige la motivación del fallo, generando el peligro a la arbitrariedad e injusticia.

Sana crítica: al igual que la anterior establece la plena libertad de convencimiento del juez, pero exige que las conclusiones a las que se llegue, sean fruto racional de las pruebas. Este se caracteriza por que el juzgador debe lograr sus conclusiones sobre los hechos, valorando la prueba en total libertad, pero respetando los principios del razonamiento humano, como son los principios de la lógica, la psicología, la experiencia y además obliga al juez a proporcionar la razón de su convicción, demostrando el nexos racional entre lo afirmado o negado y los elementos de prueba que utilizó para alcanzarlos”.⁴⁵

⁴⁵ Pérez Ruiz, Yolanda. **Valoración de la prueba**. pág.438

5.2.1.1 Principio de la libre apreciación de la prueba

“ De acuerdo con este principio tal como su nombre lo indica, el juzgador valora libremente la prueba y decide al respecto, de acuerdo a su conocimiento, estando orientado hacia la convicción subjetiva; para llegar a la verdad, que es el interés de la justicia penal, se requiere que el juez se convenza de la realidad de los hechos; para llegar a la convicción debe examinar cuidadosamente el material probatorio y apreciarlo bajo la concesión de suficiente libertad de razonamiento, con reglas de entendimiento humano para una valoración racional de los medios de investigación probatorio que se ponen a su disposición. A esto se le denomina reglas de la sana crítica”.⁴⁶

El Artículo 385 del Código Procesal Penal indica: “para la deliberación y votación, el tribunal apreciara la prueba según las reglas de la sana critica razonada, y resolverá por mayoría de votos....”.

Se puede resumir indicando que la prueba en el proceso penal, es la que impacta en la conciencia del juez y lo conduce al conocimiento de la verdad, acerca de la existencia del hecho y sus formas de realización. Verdad a la que llega el juez mediante la reconstrucción histórica y material del hecho y que en su apoyo vendrá el método de la libertad de la prueba que le permitirá conocer la verdad.

5.3 Incorporación de la prueba del testigo encubierto en el debate

Para la incorporación de la prueba del testigo encubierto en el debate, como ya se dijo; deberá procurarse realizar de la forma mas adecuada, tratando de no incurrir en violaciones a garantías y derechos individuales, protegidos por la Constitución Política de la República de Guatemala, y por supuesto no incurriendo en ilegalidades que puedan ser objeto para declarar la nulidad de la misma.

⁴⁶ López Arellano, Vladimiro Israel, **El Principio de libertad de prueba y sus repercusiones en la aportación y valoración de los medios de investigación y de prueba en el proceso penal**, pag 35

En ese sentido hemos obtenido opiniones entre los profesionales específicamente fiscales del Ministerio Público y algunos están de acuerdo de utilizar el procedimiento común, para la incorporación de cualquier otro medio probatorio; siempre y cuando no se olvide, la protección que el testigo encubierto necesita, de esa manera al presentar su declaración deberán utilizarse mecanismos como aparatos para distorsionar la voz, disfraz para ocultar el rostro y figura del testigo encubierto etcétera; mientras que otros opinan que podría ser incorporada, por su lectura, mediante el procedimiento de la prueba anticipada conforme lo regula el Artículo 317 del Código Procesal Penal.

5.4 valoración de la prueba del testigo encubierto en el debate

En cuanto a la valoración de la prueba del testigo encubierto, existen diversas opiniones las cuales exponemos a continuación:

- ▶ El juez no tendría ningún problema al valorar la prueba y su valor sería el de la prueba común.
- ▶ El juez tendría dificultad para valorar la prueba del testigo encubierto, ya que debe sujetarse a los principios de la sana crítica razonada; es decir que si bien el tribunal tiene libertad, para concederle el valor probatorio que desee a la prueba incorporada, dicha libertad encuentra como limitante, el respeto de los principios o reglas del correcto pensamiento humano que son las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia. Dentro de la cual se exige que la motivación debe ser concordante, es decir derivar de prueba realmente producida en el debate.
- ▶ El juez tendría dificultad al valorar la prueba del testigo encubierto, ya que además de sujetarse a los principios de la sana crítica razonada, la prueba debe producirse en el debate y llenar los requisitos de legalidad, o sea que

debe ser incorporada al proceso con las formalidades de ley, entre los cuales recae en el respeto al derecho de defensa del imputado, por el cual le corresponde la capacidad de interrogar por si o por su defensor a los testigos, caso contrario se estaría violando a su respecto los principios de contradicción, inmediación y el debido proceso.

CONCLUSIONES

1. Al concluir se puede observar que conforme los avances científicos, día a día se van implementado medidas más efectivas que pretenden lograr el control de la delincuencia en Guatemala. El ordenamiento jurídico extranjero ha representado un ejemplo a seguir, para poder descubrir la forma más efectiva para ese fin. Lo cierto es que el tema del testigo encubierto, si bien ha sido manejado a nivel mundial y algunas legislaciones modernas lo han adoptado, como el mejor camino para desbaratar el crimen organizado, también ha sido blanco de muchas críticas.
2. El avance de las organizaciones delictivas, ponen en peligro ya no sólo la seguridad de la población, sino que afecta directamente la economía, cosa que trasciende lo nacional. La aplicación de las normas adecuadas, para contrarrestarlas, es una preocupación de cada Estado. Por ello se busca la aplicación de normas, por ejemplo, para la lucha contra el tráfico de drogas que puedan ser aplicadas a todos los delitos, hoy llamados complejos.
3. La prueba del testigo encubierto ha sido implementada en distintos países, pero conforme el estudio realizado se ha podido comprobar, que no todos los tratadistas la consideran como una medida aceptada dentro de un ordenamiento jurídico democrático y garantista de los derechos individuales de las personas.
4. Al igual que como muchos de los tratadistas consultados, se concluye que la implementación como medio de prueba del testigo encubierto en el proceso penal, implica una peligrosa posibilidad de violación de garantías constitucionales y de eventual persecución política.

5. La inconveniencia a la que estaría sujeta la implementación de la prueba del testigo encubierto dentro del proceso penal guatemalteco, sería que el juez tendría dificultad al valorar la prueba del testigo encubierto, ya que además de sujetarse a los principios de la sana crítica razonada, la prueba debe producirse en el debate y llenar los requisitos de legalidad, o sea que debe ser incorporada al proceso con las formalidades de ley, entre las cuales recae en el respeto al derecho de defensa del imputado, por el cual le corresponde la capacidad de interrogar por sí o por su defensor a los testigos, caso contrario se estaría violando a su respecto los principios de contradicción, inmediación y el debido proceso.
6. Se comparte la opinión de Eduardo Alberto Paredes, al decir que el testigo encubierto es inconstitucional porque viola el principio de defensa en juicio, ya que el procesado no sabe de quien se defiende al ignorar quien testimonia en su contra y menos puede evaluar el testimonio, lo que se llama técnicamente principio de contradicción.
7. Se considera que en Guatemala no es posible que pueda surgir este tipo de prácticas, como es la del testigo encubierto, ya que contamos con una Constitución que garantiza los derechos de los individuos, que nuestro ordenamiento jurídico ha ido avanzando para poder ser más justo y protector de los derechos de los ciudadanos y que además se lucha por que cada día, se desarrollen los conceptos de paz, de igualdad y justicia.
8. Para la acusación realizada por el Ministerio Público, la práctica del testigo encubierto no representa desventaja, por el contrario para ella representa muchas ventajas; la desventaja es sin lugar a duda, para la defensa del imputado, pues constituye un retroceso al sistema procesal acusatorio, que actualmente rige en Guatemala y por lo tanto es violatorio a la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto de los derechos de defensa y debido proceso, ya que no permite al imputado poder interrogar por sí o por su

defensor, a los testigos propuestos en su contra, por lo que viola el principio del Contradictorio.

RECOMENDACIONES

1. El Considerando del Código Procesal Penal Decreto 51-92 reza: “Es deber del Estado garantizar la pronta y efectiva justicia penal para asegurar la paz, la tranquilidad y seguridad ciudadana...” con base a ello se considera necesario que es tarea de todo guatemalteco y sobre todo del Estado que se trate con responsabilidad y profundamente el tema de la delincuencia organizada, tratando de aplicar medidas útiles para poder combatir el crimen organizado en Guatemala, buscando todas aquellos medios, que lejos de representar un retroceso en nuestro Estado de derecho, representen mayor garantía a las personas, protegiendo y asegurando las garantías y derechos individuales, según la Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Debido a que la práctica del testigo encubierto, es útil para la investigación, que realiza el Ministerio Público, se hace necesario más que solamente emitir una ley que lo regule, que se realice un estudio profundo, por parte de las autoridades involucradas, antes de su aplicación, al proceso penal guatemalteco, tratando de que la misma no se convierta en un medio de violación de derechos e inconstitucionalidad, que nos lleve a un retroceso en nuestro sistema democrático.
3. La autorización para utilizar la práctica del testigo encubierto, debe ser regulada de tal forma, que su aplicación se lleve a cabo, únicamente en delitos de mucha gravedad y peligro para el Estado de Guatemala; y su regulación deberá contemplar todo lo relativo, a la forma de garantizar los derechos de los ciudadanos dentro del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: 1993.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 12 ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1979.
- CASTELLANOS, Carlos. **Derecho procesal guatemalteco**. curso de procedimientos penales, Guatemala: Centro América: Tipografía Nacional mayo 1938.
- CARACCA PÉREZ, Alex. **Garantía constitucional de la defensa procesal**. Barcelona: Ed. jurídicas oeinik, 1998.
- CREUS, Carlos. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea 1996.
- DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio. <**Apuntes sobre contraposición entre la protección de víctimas y derecho de defensa**,> Santiago, Chile: 08 de octubre de 2001. www.oas.org/juridico/mlasp/cd/sp-cd-mla-gen-gi-doc. (2-3-2006).
- EDWARDS, Carlos Enrique. <**El agente encubierto y la entrega vigilada**,> Argentina, v. Argentina: 1996. www.elpaís.es/agenteencubierto/entrega/vigilada/elprepiesp/ (2-3-2006).
- FRANCESCHETTI, Gustavo Daniel. <**El colaborador**,> *cátedra de derecho penal y procesal penal*, facultad de derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Argentina: www.eniacsoluciones.com.ar/terragni.index.htm. (5-5-2006).
- GUARIGLIA, Fabricio. <**El agente encubierto**,> *¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?*, Revista de la asociación ciencias penales, Costa Rica: 1996, diciembre, Año 8 número 12 www.poder-judicial.go.cr/salvatierra/REVISTA%2012guarg.12.htm. (25-3-2006).
- HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. Guatemala: Ed. José Pineda Ibarra, 1978.
- LÓPEZ ARELLANO, Vladimiro Israel. **El principio de libertad de prueba y repercusiones en la aportación y valoración de los medios de investigación y de prueba en el proceso penal**. tesis Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala.
- OMEBA, GARA. <**Enciclopedia jurídica bibliográfica**>. t. XIII. llostrecap.or/modules/mislibros/viewcat.php?cid=108. (14-5-2006).

- PALACIO, Luís Enrique. <**Prueba en el proceso penal,**> 2000, Argentina, Argentina. www.uom.es/info/hcotemp/leoc./papers.htm.(14-5-2006).
- PÉREZ RUIZ, Yolanda. **Valoración de la prueba.** Fundación Myrna Mack 345.06 438p, Guatemala.
- QUINTANAR DIEZ , Manuel. <**El agente encubierto,**> Letras jurídicas revista electrónica de derecho, ISSN, 1870-2155 número 1, letrasjuridicas.cuc.udg.nx./numeros/01/MQD05.pdf. (25-3-2006).
- RIVERA, DE MARTÍNEZ Ygri. <**Proyecto de fortalecimiento del estado de en Honduras,**> *diagnostico sobre el tratamiento de la prueba en el proceso penal*, Universidad Internacional de la Florida, Centro para la administración de justicia, octubre, 2005. Under Contract Number 522-C-00-04-00465-00 Web: <http://caj.fiu.edu>, Pdf.usaid.gov/pdf-doc/PNADF381.pdf. (25-3-2006).
- RUIZ DÍAZ, Hugo. <**Reflexiones sobre el proyecto de ley antiterrorista,**> *la cuestión del anonimato del testigo encubierto*, ko`aga roñe'ta, 1997, se. www.unifr.ch/derechopenal/artp.htm. (14-2-2006).
- <**Rol del fiscal en juicio oral,**> *curso interactivo para fiscales adjuntos y asistentes*, <http://www.fiscalíagov.bo/icmp/curso-inductivo/10.htm>, (14-2-2006).
- SUE Nelson, <**Acusación y procedimiento judicial,**> IFES, UN-DESA, IIDEA ACE Ace.Website versión 1.0, Copyright 1998-2003, 2002/02/23 [Htp://www.aceproject.ag/.main/español/pi/piz.htm](http://www.aceproject.ag/.main/español/pi/piz.htm), (5-6-2006).
- UNIVERSIDAD DE PHOENIX ON LINE. <**Historia y antecedentes del proceso penal,**> www.cursos1000.com/cursos-University-ofphoenix-on-line-c13+OiomOpogo.html. (12 -3- 2006).
- USAID, GUATEMALA: **Organización de la etapa preparatoria.** Ministerio Público, secretaría de política criminal UNICAP, Programa Estado de derecho de USAID, marzo 2005.
- VELASCO, Luís Enrique. **Revista prudentia juris**, número 57, Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad católica de Argentina, Santa María de los Buenos Aires, Argentina: www.eldial.com/home/prudentia/pru 57 Prudentia 57 asp. (14-2-2006).
- WILDE, Miguel Mario. <**La figura del testigo de identidad reservada encuentra mucha resistencia en el foro de misiones,**> de posadas (Misiones) República de Argentina: territiodigital.com,1999-2001 (15-3-2006).

Legislación:

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

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

Ley Orgánica del Ministerio Público Congreso de la República, Decreto 40-94, 1994.

Proyecto de Ley Contra la delincuencia organizada, Congreso de la República, Decreto 21-2006, 2006.