

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



**REPERCUSIONES DE LA REALIZACIÓN  
DE LA PRUEBA ANTICIPADA DE OFICIO  
POR PARTE DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA  
Y DEL JUEZ CONTRALOR EN EL PROCESO  
PENAL**

**HENRY GIOVANNI DUBON RUANO**

GUATEMALA, MARZO DE 2007

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

**REPERCUSIONES DE LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA  
ANTICIPADA DE OFICIO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE  
SENTENCIA Y DEL JUEZ CONTRALOR EN EL PROCESO PENAL**

TESIS

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

Por

**HENRY GIOVANNI DUBON RUANO**

Previo a conferirse el grado académico de

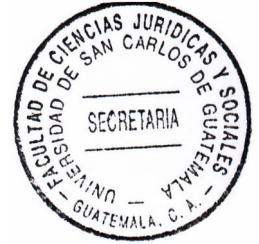
**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los Títulos Profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, marzo de 2007.

**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:**

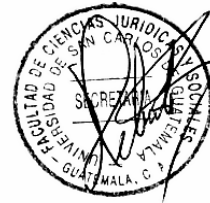
PRESIDENTE: Lic. David Sentes Luna  
VOCAL: Lic. Héctor David España Pinetta  
SECRETARIO: Lic. César Augusto Morales Morales

**Segunda Fase:**

PRESIDENTA: Licda. Eneida Victoria Reyes  
VOCAL: Lic. Fredy Lopez Contreras  
SECRETARIO: Lic. Carlos De León Velasco

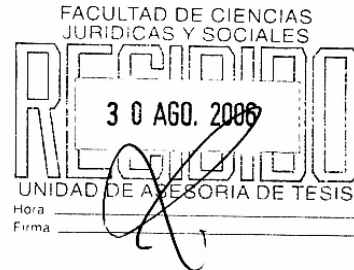
**RAZÓN:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis" (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

Holver Abilio Xitumul De León  
Abogado y Notario  
Colegiado No. 4403  
Tel. 2251-8647



Guatemala, 11 de Agosto del 2006

Licenciado  
Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
Decano de la Facultad de  
Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad.



Estimado señor Decano:

Me complace dirigirme a usted, para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la providencia del Decanato de fecha siete de julio del año dos mil cinco, asesore al Bachiller Henry Giovanni Dubon Ruano para la realización de su tesis titulada "REPERCUSIONES DE LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA DE OFICIO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA Y DEL JUEZ CONTRALOR EN EL PROCESO PENAL".

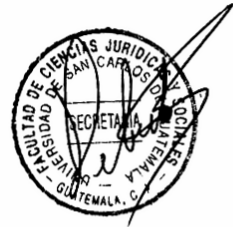
Durante el desarrollo de su trabajo de tesis formulé observaciones y sugerencias al Bachiller Dubon Ruano las cuales fueron atendidas oportuna y satisfactoriamente por el autor.

En virtud de lo anterior, considero que la investigación realizada por el autor cumple los requisitos establecidos por esa casa de estudios para la realización de este tipo de trabajo y en cumplimiento con la labor que me fue encomendada como Asesor, emito DICTAMEN FAVORABLE, al trabajo realizado.

Cordialmente,

8va. Av. 13-76 Zona 1  
4to. Nivel Of. 2  
Guatemala.

*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, uno de septiembre de dos mil seis.

Atentamente, pase al (la) **LICENCIADO (A) WILFRIDO PORRAS ESCOBAR**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (la) estudiante **HENRY GIOVANNI DUBON RUANO**, Intitulado: **“REPERCUSIONES DE LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA DE OFICIO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA Y DEL JUEZ CONTRALOR EN EL PROCESO PENAL”**.

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 título 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. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

cc. Unidad de Tesis  
MTCL/silh



**Wilfrido Porras Escobar**  
**Abogado y Notario**  
**Colegiado No. 4340**  
**8ª. Av. 13-76 Zona 1 4to. Nivel Of. 2**  
**Tel. 22487070**



Guatemala, 19 de septiembre de 2,006

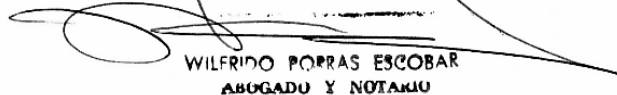
Licenciado.  
Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
Decano de la Facultad de  
Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad.

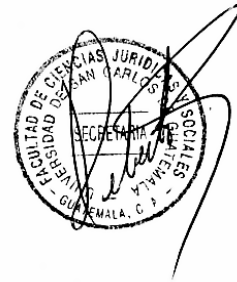
Señor Decano:

De la manera más atenta me permito comunicarle que en cumplimiento de la Providencia del Decanato de fecha uno de septiembre de dos mil seis, he cumplido con la función de Revisor de Tesis del Bachiller Henry Giovanni Dubon Ruano, intitulado **"REPERCUSIONES DE LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA DE OFICIO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA Y DEL JUEZ CONTRALOR EN EL PROCESO PENAL"**, en virtud de haberse satisfecho las observaciones del suscrito revisor considero que cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el reglamento de esta facultad.

Basado en lo que para el efecto regula el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, concluyo que es procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el trabajo sea aceptado para su impresión y discusión en el correspondiente examen público.

Sin otro particular me suscribo atentamente,

  
WILFRIDO PORRAS ESCOBAR  
ABOGADO Y NOTARIO

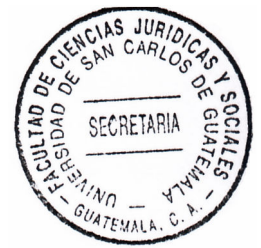


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de enero del año dos mil siete-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante HENRY GIOVANNI DUBON RUANO, Intitulado “REPERCUSIONES DE LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA DE OFICIO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA Y DEL JUEZ CONTRALOR EN EL PROCESO PENAL” 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





## **ACTO QUE DEDICO**

**A DIOS:** Por darme la vida y permitirme alcanzar este triunfo.

**A MIS PADRES:** Por su apoyo y ejemplo en los actos de mi vida.

**A MI ESPOSA:** Por su apoyo incondicional en mi superación.

**A MIS HIJOS:** Henry Giovanni, Shirly Yasmín, Ricardo Antonio.  
Por ser la luz de mi inspiración en mi camino por la vida.

**A MIS HERMANOS:** Como ejemplo para su formación y constante superación.

**A MIS FAMILIARES:** A mis suegros, cuñadas, concuños, tios, sobrinos, con cariño y agradecimiento.

**CON CARIÑO ESPECIAL:** A los Lics. Ricardo Ortiz Molina, Antonio Letona, Armando De León, y Holver Xitumul, por ser la fuente de aprendizaje y apoyo en mi carrera.

**A MIS AMIGOS:** Por compartir nuestras experiencias y esfuerzos, especialmente a Norman David Solórzano López (Q.E.P.D.) por su amistad y cariño.

**A LA GLORIOSA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,  
EN ESPECIAL A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y  
SOCIALES.**





## ÍNDICE

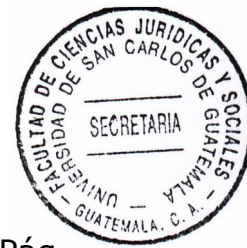
	Pág.
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Teoría general de la prueba .....	1
1.1 Concepto.....	1
1.2 Antecedentes.....	2
1.3 Características.....	4
1.4 Naturaleza jurídica.....	5
1.5 Clases.....	6
1.5.1 Anticipo de prueba.....	6
1.5.2 Prueba.....	7
1.6 Momentos procesales para su ofrecimiento y diligenciamiento.....	8
1.7 Análisis del anticipo de prueba en el proceso penal y sus repercusiones en cuanto a su mal uso.....	14
1.7.1 Consideraciones generales.....	14
1.7.2 Anticipo de prueba en la legislación y en la doctrina.....	15
1.8 Análisis de la ley.....	17

### CAPÍTULO II

2. Mal uso del anticipo de prueba por las partes procesales.....	21
2.1 Casos en que ha procedido el anticipo de prueba.....	21
2.2 Casos en que no ha procedido en anticipo de prueba.....	26



### **CAPÍTULO III**

Pág.

3.	Oportunidad procesal para el diligenciamiento de la prueba anticipada en el proceso penal.....	33
3.1	Análisis del Artículo 317 del Código Procesal Penal.....	33
3.2	Análisis del Artículo 348 del Código Procesal Penal.....	35
3.3	Oportunidad procesal de los sujetos para solicitar el anticipo de prueba.....	36

### **CAPÍTULO IV**

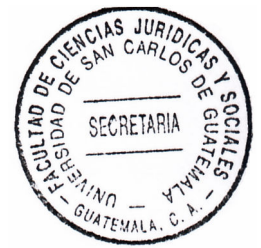
4.	Alternativas a la reforma del Código Procesal Penal.....	39
4.1	Concretización e inclusión de los casos de procedencia Del anticipo de prueba en la norma procesal Guatemalteca.....	39
4.2	Prohibición e inclusión de la prueba anticipada de oficio en la norma procesal penal guatemalteca.....	44

### **CAPÍTULO V**

5.	Presentación de los resultados del trabajo de campo.....	45
5.1	Cuestionario.....	45
5.2	Análisis de la legislación comparada.....	56
5.2.1	Derecho penal español.....	56
5.2.2	La prueba en el proceso penal acusatorio de Ecuador.....	59
5.2.3	La prueba en el proceso penal colombiano.....	60
5.3	Bases para una propuesta de reforma.....	76



	Pág
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



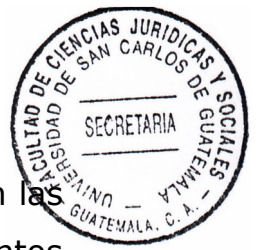
## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se elabora no solo con el propósito de dar cumplimiento a uno de los requisitos que se exigen en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, previo a optar al grado académico de Licenciatura, sino también por el hecho de la experiencia personal y estudiantil respecto a la intervención que tienen los sujetos procesales en el derecho penal, especialmente la actitud de los jueces penales frente a los medios de investigación y medios de prueba, y como se encuentra regulado lo relativo a la prueba anticipada en el proceso penal, siendo y como quedó demostrado, que el juez frente a estas normas respecto a la prueba anticipada, no se convierte en un árbitro, sino que forma parte directa de la acusación, siendo entonces que aún existen resabios del sistema inquisitivo anterior, y que por lo tanto es inconstitucional y debe derogarse, tal y como se evidenció en las conclusiones y recomendaciones emitidas al final del desarrollo de este trabajo.

Por lo anterior, el trabajo ha sido dividido en capítulos. En el primer capítulo se hace un análisis doctrinario de la prueba, concepto, antecedentes, características, naturaleza jurídica, clases, los momentos procesales para su ofrecimiento y diligenciamiento, análisis del anticipo de prueba en el proceso penal y sus repercusiones en cuanto a su mal uso, como se interpreta la prueba anticipada en la doctrina y la legislación.

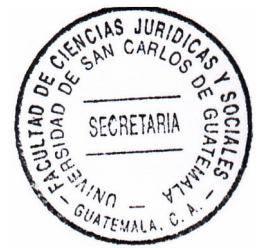
En el capítulo segundo, se hace un análisis de conformidad con el Código Procesal Penal del mal uso del anticipo de prueba por parte de los sujetos procesales, especialmente el juez. En el capítulo tercero, se establece la oportunidad procesal para el diligenciamiento de la prueba

(ii)



anticipada en el proceso penal, en el siguiente capítulo se establecen las alternativas de la reforma al Código Procesal Penal y los fundamentos para ello y en el siguiente capítulo se presentan los resultados de la investigación.

Por último, se establecen las conclusiones y las recomendaciones en el presente trabajo de investigación de tesis.



## CAPÍTULO I

### 1. Teoría general de la prueba

#### 1.1 Concepto

Simplemente el concepto de prueba se puede establecer que es la actividad que se refiere a la obligación que tiene una persona de probar sus aseveraciones, o pretensiones ante un órgano jurisdiccional toda vez, que probar simplemente sin entrar al mundo de lo jurídico, es comprobar lo que se asevera, y se encuentra en similares condiciones el hecho de probar por parte de quienes intervienen en un proceso penal.

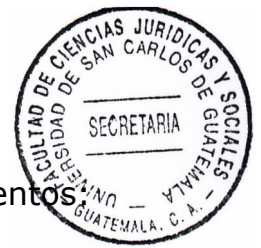
El autor Mario Aguirre Godoy<sup>1</sup> indica que en su acepción común la prueba es la acción y el efecto de probar, probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

Humberto Briceño Sierra indica que la prueba anticipada como su nombre lo indica constituye una anticipación a la producción y diligenciamiento de la prueba, que debe efectuarse antes del período respectivo de la aportación y diligenciamiento de los medios de prueba ofrecidos en su oportunidad por las partes.

La prueba "es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías.

---

<sup>1</sup>Aguirre Godoy, Mario. **La carga de la prueba**. Pág. 78



De tal concepto podemos extraer los siguientes elementos

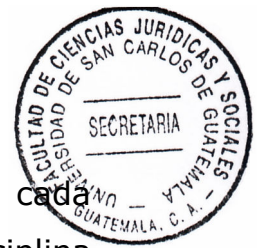
- La prueba no consiste en averiguar sino en verificar. La prueba en el nuevo proceso penal únicamente tiene lugar en la etapa del juicio oral. Es aquí donde el tribunal verifica las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa.
- Como veremos, toda la actividad que precede al juicio oral y que se lleva a cabo durante la etapa de investigación no constituye propiamente actividad probatoria destinada a verificar hechos sino actividad de instrucción destinada a averiguarlos, lo que nos exigirá reconocer las diferencias existentes entre los actos desarrollados en cada una de dichas etapas. <sup>2</sup>

## 1.2 Antecedentes

Se puede decir que el hecho de probar y el mecanismo para hacerlo existe desde la misma existencia de las normas jurídicas penales, que se conforman a través del derecho penal. “Como bien sabemos, el derecho penal es aquél que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder del Estado (ius puniendi) que determinan los tipos penales y las sanciones que les corresponden al autor, sean penas o medidas de seguridad, buscando el restablecimiento del orden jurídico, la defensa de la sociedad y la resocialización del delincuente. De otro lado, el derecho procesal es el conjunto de normas que regulan la aplicación de las leyes de fondo o derecho sustancial; por lo que, en el derecho procesal penal también existe un conjunto de normas que regulan el proceso desde el inicio hasta el fin. Tiene la función de investigar, identificar, y sancionar (si fuese necesario) las conductas que

---

<sup>2</sup> Tambini del Valle, Moisés. **La prueba en el derecho procesal penal**. Pág. 256



constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares de cada caso concreto. El derecho procesal penal es pues aquélla disciplina jurídica encargada de proveer de conocimientos teóricos, prácticos y técnicos necesarios para comprender y aplicar las normas jurídicas-procesal-penales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un proceso penal. En síntesis, es el conjunto de normas jurídicas que regulan el desarrollo del proceso penal. <sup>3</sup>

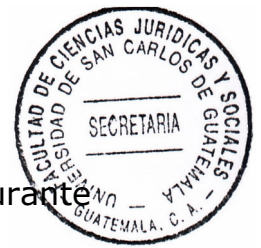
La prueba se produce entonces en el propio mecanismo de defensa y acusación derivado de la relación jurídica que existe entre el Estado como acusador privilegiado y el ciudadano común, cuando esta siendo sujeto a una investigación y un proceso penal. El ámbito de actividad en que la prueba se desarrolla entonces, es a través del derecho procesal penal. "El derecho procesal penal tiene por objeto esclarecer el hecho denunciado, previa actuación de pruebas. El objeto es obtener, mediante la intervención de un juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado, quien la ejerce a través de la acción del Ministerio Público. El proceso se puede terminar antes de la sentencia, por eso se debe hablar de resolución y no de sentencia. Se busca determinar si se cometió o no el delito, se busca una certeza positiva o negativa. Si se comprueba la existencia de delito, aparecerán las consecuencias jurídicas: la sanción para el infractor.

El fin del derecho procesal penal está orientado a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, siempre que la acción penal no haya prescrito así como, a esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación,

---

<sup>3</sup> Ibid. Pág. 256





archivando el proceso cuando no se pruebe su responsabilidad durante la investigación. ”<sup>4</sup>

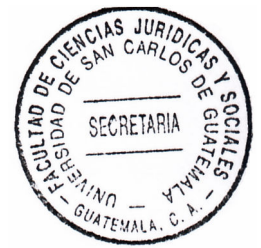
### 1.3 Características

Existen una serie de clasificaciones de las características en la doctrina respecto a la prueba propiamente dicha, sin embargo, a juicio de quien escribe, se ha determinado de importancia y que reúne todas las demás, a las siguientes:

- La prueba tiene que ser histórica. Esto quiere decir, que la prueba brinda a los sujetos procesales, el conocimiento de algo que sucedió, algo pasado, y que necesariamente tuvo que modificar el bien jurídico tutelado al sujeto pasivo, y que trasciende en efectos jurídicos al sujeto activo.
- La prueba tiene que ser sustancial, puesto que el objeto de la prueba es el arribo de la certeza por parte del juez respecto a la existencia o inexistencia de un hecho.
- La prueba también tiene que ser racional. Esto quiere decir, que en la relación de causalidad (causa-efecto) sólo puede determinarse en base al razonamiento.
- La prueba es subjetiva, cuando es el resultado de un trabajo crítico y reflexivo del investigador.

---

<sup>4</sup> Exposición de motivos del Código Procesal Penal Guatemalteco.

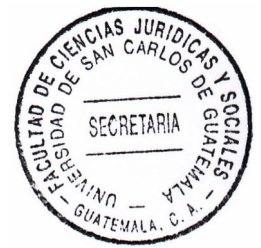


## 1.4 Naturaleza jurídica

Se ha dicho en la doctrina que la teoría de la prueba se encuentra íntimamente relacionada con la teoría del conocimiento, porque con ella se formará convicción en el Juez.

De conformidad con lo anterior, la prueba consiste en una actividad procesal dirigida a alcanzar la certeza judicial de ciertos elementos para decidir un litigio sometido a proceso. "La prueba no es el hecho mismo que se investiga. Una cosa es la prueba y otra el hecho conocido. La prueba es la reactualización, es la representación de un hecho. A medida que el Juez va observando el estado de las cosas o la conducta de las personas (reuniendo elementos probatorios) irá formando su criterio hasta quedar convencido de la existencia del delito y la responsabilidad del autor. La conciencia del Juez pasa así por etapas sucesivas, es así que, la certidumbre judicial se alcanza en base a los grados del conocimiento, siendo estos:

- Desde el punto de vista objetivo:
  - Posibilidad: es la incapacidad de afirmar o negar algo. (duda).
  - Probabilidad: es lo fluctuante entre lo posible y lo evidente. Interpreta el problema en sentido positivo o negativo pero sin dejar de lado las contraposiciones.(suposición)
  - Evidencia: es el conocimiento indudable acerca de la existencia o inexistencia de algo. (certeza)
  
- Desde el punto de vista subjetivo:
  - Duda: implicancia de la posibilidad.



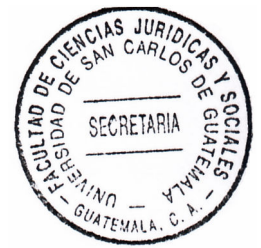
- Suposición: implicancia de la probabilidad.
- Certeza: implicancia de la evidencia.
- Certeza y Verdad: la certeza es un estado relativo, la verdad es un estado absoluto. El proceso penal es obra de hombres que tienen facultades relativas y limitadas, son falibles, por eso no pueden pretender llegar a la verdad, pero tienen la obligación de llegar a la certeza, que a menudo coincide con la verdad pero no siempre.

## **1.5 Clases**

### **1.5.1 Anticipo de prueba**

La prueba puede dividirse en dos aspectos, la que se realiza en el momento procesal en que la ley lo contempla y otra que se realiza fuera de ese momento procesal, y en este último caso, se denomina prueba anticipada, o anticipo de prueba. Para que pueda establecerse las características de anticipo de prueba tienen que suscitarse una serie de requisitos, como los siguientes:

- Que exista peligro en la demora, es decir, que sea un órgano de prueba, que por la naturaleza o por encontrarse en situaciones externas imperantes, no permita que se pueda producir en el momento procesal oportuno, sino que deba diligenciarse y posteriormente incorporarse, teniendo los efectos mismos como si se hubiera realizado en el momento que correspondía según la ley.
- Que puede practicarse de oficio o a solicitud de cualquiera de los sujetos procesales y el juez debe considerar los requisitos señalados anteriormente.



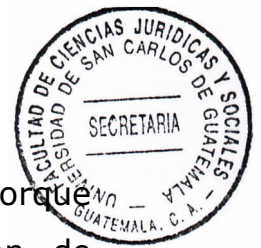
### 1.5.2 Prueba

La prueba, como se indicó anteriormente, se refiere a la acción y efecto de probar algo, de demostrar que sus pretensiones o aseveraciones son ciertas para ello, existen distintos medios de prueba con los cuales puede probarse. En el proceso penal guatemalteco, dadas sus características, existe libertad de prueba, es así como en el Artículo 182 del Código Procesal Penal se establece la libertad de prueba y dice la norma textualmente que "Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas".

Entonces, el objeto de la prueba está dirigido a crear certeza en el Juez. Los hechos que deben probarse son las realidades o actos, y los medios probatorios son los signos sensibles (percibibles) de los que se hace uso con el fin de demostrar la existencia de los hechos.

"El objeto de la prueba es la cosa, hecho, acontecimiento o circunstancia que debe ser demostrado en el proceso, a fin de que sean conocidos por el Juez y crearle certeza. En el proceso penal el objeto de la prueba se manifiesta en:

- Los Elementos de Hecho: comprenden los hechos en sentido restringido respecto a los acontecimientos, cosas, lugares, personas físicas y documentos. Son objeto de prueba.
- Las Máximas o Principios de la Experiencia: son nociones o conocimientos suministrados por diversos factores (costumbre, comercio, industria, oficio, etc.) y que tiene valor propio al ser



utilizados en el proceso. Pueden ser objeto de prueba porque contribuyen al mejor conocimiento, explicación y valoración de ciertos hechos.

- Las Normas Jurídicas: son disposiciones de carácter general y obligatorio que buscan regular la conducta humana. Y no son objeto de prueba, dado que sólo pueden serlo las cuestiones de hecho que surgen en el proceso. Sin embargo, existen algunas excepciones como la probanza de la vigencia del derecho extranjero o del derecho consuetudinario.

El objeto de la prueba debe reunir dos condiciones:

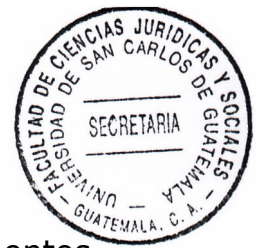
- Pertinencia: es decir, que la prueba debe estar relacionada con las proposiciones o hechos que se buscan demostrar dentro del proceso.
- Utilidad: es decir, que la prueba incluida al proceso sea positiva e idónea. O sea, que demuestre la realización de un hecho y permita generar convicción en el Juez. <sup>5</sup>

### **1.6 Momentos procesales para su ofrecimiento y diligenciamiento**

Los momentos procesales de la prueba son las fases en que las partes deben cumplir para su diligenciamiento y es aquí en donde también entra a operar lo que se refiere al anticipo de la prueba y sus características.

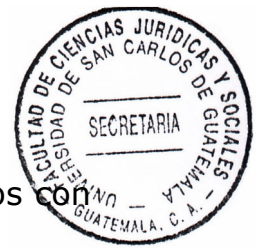
---

<sup>5</sup> Tambini del Valle, Moisés. **La prueba en el derecho procesal penal**. Consulta Internet: [http://www.ofdnews.com/comentarios/844\\_01\\_01C/](http://www.ofdnews.com/comentarios/844_01_01C/)



Sin embargo, antes de establecer cuales son los momentos procesales de la prueba, tal y como se encuentra el proceso penal guatemalteco, debe existir una diferenciación entre los elementos de investigación o los medios de investigación que se realizan fuera del debate, y la prueba propiamente dicha que es la que se realiza en el debate.

Resulta de interés estudiar los nexos entre los actos de investigación y los actos de prueba. "El elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. Por medio de prueba entenderemos, en cambio, el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Otro aspecto a destacar está relacionado con la existencia, a través del concepto de medios de prueba, de un procedimiento para la incorporación de los elementos de prueba al proceso que debe respetar un cúmulo de garantías y que tienen que ver con su licitud. Los medios de prueba son, de esta manera, un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está regido por ciertas garantías y que tiene su razón de ser en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juzgador para adquirir conocimiento de los hechos. Este control es necesario en dos vertientes: por un lado, para asegurar que el convencimiento del juzgador se base en medios racionalmente aptos para proporcionar el conocimiento de los hechos y no en meras sospechas o intuiciones ni en sistemas de averiguación de corte irracional o comúnmente tenidos como de escasa o nula fiabilidad; por otro, para asegurar que los elementos que el juzgador ha tenido en

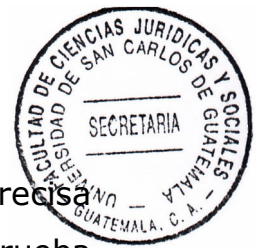


cuenta en la formación de su convencimiento hayan sido producidos con respeto de las garantías constitucionales y legales.

Ahora bien, los actos de investigación son todos aquellos actos realizados durante la etapa de investigación por el ministerio público la policía o el juez de garantía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en forma mediata para verificar las proposiciones de los litigantes durante el juicio y en forma inmediata para justificar, con grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el juez de garantía durante las etapas preliminares del procedimiento. Y, los actos de prueba son todos aquellos actos realizados por las partes ante el tribunal del juicio oral con el objeto de incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar sus proposiciones de hecho. Cuando se trata del acto de prueba de la parte acusadora, la finalidad es persuadir al tribunal, con grado de certeza, acerca de todos y cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre uno o más de los extremos de la imputación delictiva.

Entre los actos de investigación y los actos de prueba pueden observarse las siguientes diferencias:

- Oportunidad: los actos de investigación sólo pueden ser realizados durante la etapa de investigación, en tanto los actos de prueba –por regla general- sólo pueden ser realizados durante el juicio oral. El principio viene expresado así en el nuevo código procesal, que regula la oportunidad para la recepción de la prueba, señalando que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones



expresamente previstas por la ley. En el mismo sentido, se precisa que “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”. El citado cuerpo legal ha reservado de manera cuidadosa la denominación de pruebas y medios de prueba para referirse a los actos de rendición de la prueba que se ejecutan durante la fase de debate contradictorio. El nuevo código adjetivo no sólo impone a la Sala el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, sino que agrega que, por regla general, durante el juicio no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por el Ministerio Público.

“No obstante, afirmar que la prueba, propiamente dicha, sólo tiene lugar en el juicio oral, no implica desconocer que existe una actividad preprocesal que comienza en el momento mismo en que se inicia la investigación, y que consiste en las actuaciones que la ley autoriza a la policía, al Ministerio Público y al juez de garantía para la obtención de los elementos de prueba que han posteriormente de incorporarse al proceso como medios de prueba. Estos son los llamados actos de investigación que, como tales, sólo pueden desarrollarse durante la etapa de investigación y tienen una eficacia limitada a las finalidades de dicha etapa.

Por el contrario, los actos de prueba tienen por objeto incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar las proposiciones de hecho de las partes y por lo tanto sólo pueden ser realizados durante el juicio oral. Esto es así porque es esta etapa la única que ofrece las garantías de publicidad, oralidad, inmediación, continuidad y concentración, que rodean precisamente a la producción de la prueba. Excepcionalmente, sin embargo, la ley procesal penal acepta que se produzca prueba en forma anticipada durante la etapa de





investigación o durante la etapa intermedia, pero rodeando el acto de las mismas garantías, cuando un testigo o perito se encontrare en la imposibilidad de concurrir a declarar al juicio oral.

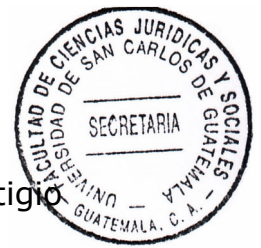
➤ Momentos de la Prueba: en la prueba se distinguen varios momentos:

- La Proposición: es la declaración de voluntad hecha por una persona a fin de introducir en un proceso un determinado medio de prueba.
- La Recepción: es el momento en que el Juez toma conocimiento de la existencia de la prueba, debiendo decidir su admisión o rechazo.
- La Ejecución: es el acto en el que el Juez ordena la actuación de las pruebas ofrecidas.
- Apreciación o Valoración: es el proceso psicológico mediante el cual el Juzgador verifica el valor de la prueba luego de haberla actuado.

➤ Comprensión: para comprender el significado de la prueba debemos atender los siguientes aspectos:

- La Actividad Probatoria: al respecto podemos decir que cuando el representante del Ministerio Público, la parte civil, el defensor de oficio y el imputado solicitan (por ejemplo) una declaración testimonial o presentan en el proceso un instrumento público, están realizando una actividad probatoria. La cual incluso puede provenir del propio Juez.

Es así que la prueba puede ser concebida como el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca



de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido al proceso.

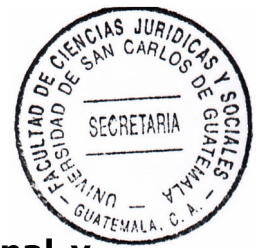
- El Significado Común de la Prueba: en su sentido jurídico, probar consiste en la demostración legal de un hecho y, a su vez, la prueba debe estar relacionada con los fines del proceso.
- El Propósito de la Prueba: en base a la doctrina llegamos a la conclusión de que la prueba no pretende arribar a la verdad sino sólo crear certeza (convencimiento) en el Juez. El fin de la prueba es, pues, dejarle al Juez el convencimiento o la certeza de los hechos, que, a su vez, es la creencia de conocer la verdad o de que el conocimiento se ajusta a la realidad, lo que le permitirá adoptar su decisión. La justicia humana no puede aspirar a más, la infalibilidad es una utopía.
- Los Medios de Prueba: son los instrumentos que se pueden utilizar para demostrar un hecho en el proceso.

En base a lo expuesto, concluimos que en el proceso se aportan elementos de prueba para crear certeza en el Juzgador respecto a la existencia del hecho punible, así como, la responsabilidad de sus autores.

La Teoría de la Prueba trata de abarcar todos los problemas relacionados con la evidencia jurídica, con la formación de la conciencia en el Juez, teniendo por eso estrecha relación con la Teoría del Conocimiento, que nos habla de la consecución de la verdad filosófica.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Ibid.



## **1.7 Análisis del anticipo de prueba en el proceso penal y sus repercusiones en cuanto a su mal uso**

### **1.7.1 Consideraciones generales**

De conformidad con lo anotado anteriormente, se puede establecer que dentro de toda la actividad probatoria, fácilmente pueden distinguirse dos momentos procesales para el diligenciamiento de los medios de prueba permitidos por la ley en el proceso penal, y es cuando se desarrolla el debate y fuera de él en calidad de prueba anticipada.

El presente trabajo tiene por objeto determinar en que consiste el anticipo de prueba en el proceso penal guatemalteco y como se utiliza por los sujetos procesales, incluyendo el juez, derivado de que la misma ley le faculta para que cuando lo considere conveniente, de oficio, pueda practicarse, no solamente en la fase de investigación, sino también en la fase del debate, como se verá más adelante.

De tal suerte, que debe acatarse lo que el Artículo 186 del Código Procesal Penal establece en cuanto a su valoración y que textualmente dice: "Todo elemento de prueba para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este código".

La prueba anticipada en la actualidad ha sido viciada si se considera que no se le ha dado el uso que merece tomando en consideración su



naturaleza jurídica, y ello ha permitido que los sujetos procesales, especialmente el Ministerio Público, abuse de ella, solicitándola en casos que no ameritan y que no cumplen efectivamente los requisitos indispensables para ello, y tomando en consideración además la forma en que se encuentra regulada, permite que se utilicen mecanismos discrecionales por parte de los jueces en el doble sentido, por un lado, para denegarla y por el otro para autorizarla.

### 1.7.2 Anticipo de prueba en la legislación y la doctrina

A la prueba anticipada también se le ha denominada anticipo de prueba, y que de alguna manera tiene una estrecha relación con lo que en la doctrina se le conoce como prueba preconstituida.

“Una de las clasificaciones que la doctrina ha realizado de las pruebas judiciales las divide en *preconstituidas* y *causales*, entendiendo por las primeras la que es configurada, preparada o constituida con anterioridad y por fuera del proceso, en tanto que las segundas son las que se forman o producen en el proceso.

Cabanellas<sup>7</sup> define la *prueba anticipada* como “La que se obtiene o practica previamente a la traba de la litis ... En otra perspectiva, cabe entender por *prueba anticipada* toda constancia de un acto jurídico para adecuado contenido y debida eficacia; en cuyo aspecto lo son por excelencia los documentos, singularmente los de índole pública, por la fe que les acompaña.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. *Ibid.* Pong. 498

<sup>8</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo VI, 24<sup>a</sup>. Edición, editorial Heliasta; Buenos Aires, Argentina, 1996, página 498.



Y a la prueba preconstituida se refiere en los siguientes términos: “Escrito o documento que antes de toda contradicción litigiosa, pero previéndola posible, se redacta, otorga o suscribe para establecer, con claridad y precisión, la existencia y alcance de un acto o contrato. Se denomina *preconstituida* por constituirse o crearse antes del conflicto jurisdiccional, como probanza preparatoria de los hechos o derechos...”<sup>9</sup>

Es por ello, que a la prueba preconstituida tiene más relación directa con el proceso civil, como sucede con los requerimientos judiciales para recibir interrogatorios de parte con el fin de preconstituir la prueba de la existencia de un contrato, para el reconocimiento de documentos, etc., e incluso cuando los fines son extrajudiciales, como las declaraciones juradas para probar la supervivencia o existencia de una persona para efectos del registro civil, pago de pensiones, etc.

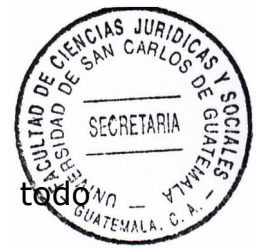
Entonces, se entiende la prueba preconstituida más apropiadamente al proceso civil y excluida del proceso penal, y la tendencia en la doctrina es lo que en la práctica se suscita en el caso de la prueba anticipada.

“La prueba anticipada, ya existe, está ahí, lo único que hay que hacer es ir por ella, y pueden ser obtenidas por algunas autoridades (en la mayoría de los casos de organismos de investigación o de seguridad del Estado) antes de que exista un proceso penal”<sup>10</sup> incluso, aunque exista, no se ha desarrollado como tal en el momento procesal oportuno que para el caso de Guatemala, es a través del juicio oral y público y no en otra fase, y que por diversidad de circunstancias, amerita que se

---

<sup>9</sup> Ob. Cit. Pág.503.

<sup>10</sup> Ibid. Pág. 501

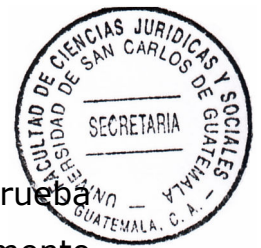


diligencie o se practique en determinado momento, porque en todo caso, se perderá.

Con base en una prueba *anticipada* que es propia o de la esencia de una actividad particular autorizada, la entidad oficial empieza a *preconstituir* pruebas de lo que puede ser un hecho punible, mismas que serán la base de una imputación y eventual condena penal.

### **1.8 Análisis de la ley**

En el proceso penal, existe una fase de instrucción o de procedimiento preparatorio, que no es más que el objeto de la investigación. Al respecto, el Artículo 309 del Código Procesal Penal indica: "Objeto de la investigación. En la investigación de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Asimismo, deberá establecer quiénes son los partícipes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad. Verificará también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil. El Ministerio Público actuará en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo, así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones".



En esta fase de investigación, pueden surgir elementos de prueba que le servirán al fiscal para presentarlos al debate en su momento procesal oportuno, tomando en consideración que siendo uno de los principios fundamentales del sistema acusatorio, la prueba se produce en el juicio y es allí en donde la reciben los jueces y le pueden otorgar el valor que corresponda para determinar en todo caso, la responsabilidad penal del imputado.

En esta fase también el Ministerio Público tiene la posibilidad de no acusar, sino de presentar una serie de requerimientos como:

- Desestimación
- Falta de Mérito
- Sobreseimiento
- Clausura Provisional
- Aplicación del Criterio de Oportunidad
- Otros

En efecto, tal como lo indica el Artículo 315 del Código Procesal Penal, cualquiera de las partes tienen la facultad de que cuando intervienen en el procedimiento, puedan proponer medios de investigación en cualquier momento del procedimiento, tomando en consideración de que sean pertinentes y útiles. El Artículo 315 del Código Procesal Penal indica al respecto: "Proposición de diligencias. El imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, sus defensores y los mandatarios podrán proponer medios de investigación en cualquier momento del procedimiento preparatorio. El Ministerio Público los llevará a cabo si los considera pertinentes y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan. En caso de negativa el

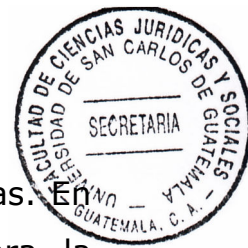


interesado podrá acudir al juez de paz o de primera instancia respectivo para que valore la necesidad de la práctica del medio de investigación propuesto”.

Lo anterior también hace confundir a los sujetos procesales, especialmente los no versados en derecho, respecto a que son medios de investigación y que son medios de prueba, puesto que jurídicamente y para efectos de interpretación del Código Procesal Penal existe una diferencia sustancial, como lo es el hecho de que prueba propiamente se le denomina a aquella que se recibe en el juicio oral o debate público, mientras que las otras “pruebas” no son consideradas como tales, sino que elementos de investigación, sin embargo, para cualquier persona común, son medios de prueba.

El Artículo 317 del Código Procesal Penal regula específicamente la prueba anticipada y dice textualmente: “Actos jurisdiccionales. Anticipo de prueba. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que lo realice. El juez practicará el acto, si lo considera admisibles formalmente, citando a todas las partes, los defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate. El imputado que estuviere detenido será representado por su defensor, salvo que pidiere intervenir personalmente. Si, por naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de las partes a manera de evitar





este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellas. En ningún caso, el juez permitirá que se utilice este medio para la formación de un expediente de instrucción sumaria que desnaturalice el proceso acusatorio”.

Además, existe en la fase del debate oral o público con intervención directa del tribunal de sentencia, el anticipo de prueba que se regula en el Artículo 348 que textualmente dice: “Anticipo de prueba. El tribunal podrá ordenar, de oficio o a pedido de parte una investigación suplementaria dentro de los ocho días señalados en el artículo anterior, a fin de recibir declaración de los órganos de prueba, que por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrán concurrir al debate, adelantar las operaciones periciales necesarias para informar en él, o llevar a cabo los actos probatorios que fueran difícil cumplir en la audiencia o que no admitieren dilación. A tal efecto, el tribunal designará quien presidirá la instrucción ordenada”.



## CAPÍTULO II

### 2. Mal uso del anticipo de prueba por las partes procesales

#### 2.1 Casos en que ha procedido el anticipo de prueba

Primeramente antes de establecer los casos de conformidad con la ley en que ha procedido el anticipo de prueba, resulta importante destacar cual es la participación o intervención que tienen los sujetos procesales.

Los actos de investigación son, en primer término, los actos realizados por el Ministerio Público y la Policía. La ley señala que los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismo o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos. Los actos de prueba sólo pueden ser realizados por las partes. "En el contexto de un sistema adversarial en que al tribunal de la decisión le corresponde un rol pasivo, son las partes las que, en el desarrollo del debate contradictorio, deben probar las afirmaciones de hecho que fundamentan sus pretensiones de condena o absolución."<sup>11</sup>

Respecto a la carga de la prueba, en el proceso penal (cuando se trata del ejercicio de la acción pública) la imputación de su titular, el Ministerio Público, que generalmente no representa la fuente primigenia de la acusación, pues, casi siempre, formula la imputación sobre una noticia del delito que ha recibido. Es el Ministerio Público quien tiene el deber de probar las imputaciones que promueve, pero no se le puede considerar como el único administrador de la prueba. El juez penal debe llegar a la certeza libremente, no basta pues con las pruebas

---

<sup>11</sup> Exposición de motivos del Código Procesal Penal.



suministradas por el acusador, debe además indagar de oficio, tanto en el período de instrucción como en el juicio oral.

La legislación en materia procesal penal muestra que la actividad probatoria es de tres tipos:

- Cuando está confiada a una sola persona (Sistema Inquisitivo),
- Cuando está confiada a órganos distintos y separados (Sistema Acusatorio), y,
- Cuando ambos Sistemas se combinan (Sistema Mixto).

Es así como en el caso de Guatemala, el anticipo de prueba se realiza de oficio por los juzgadores o bien a solicitud de cualquiera de las partes. Sin embargo, la práctica ha evidenciado que es frecuentemente solicitado por el Ministerio Público y no por el defensor o cualquier otro sujeto procesal.

“Reiteradamente se ha afirmado que la labor del defensor consiste en una razonada labor de convencimiento al Juez sobre las condiciones que más favorecen a su defendido. También se ha señalado que la intervención del defensor en el proceso obedece a la necesidad de asegurar de manera efectiva la tutela del interés del acusado, pero que a pesar de ese sentido particular de su intervención, ésta tiene un innegable sentido público, el de administrar justicia. No puede pensarse en un sistema de administración de justicia penal que se considere funcionando adecuadamente si no cuenta con la plena garantía de defensa.”<sup>12</sup>

Es tan importante el derecho de defensa en el proceso penal guatemalteco que se ha dicho y con razón de que el procesado no tiene

---

<sup>12</sup> Ibid.



necesidad de probar su inocencia, porque mantiene un estatus de inocente hasta que no se demuestre lo contrario, talvez, sería una de las razones por las que en el caso de la solicitud de prueba anticipada solo se observa por parte del Ministerio Público.

Por regla general, la prueba debe producirse en el juicio y ante tribunales penales, pero a su vez reconoce la existencia de las "pruebas testimoniales urgentes" que las recibe el juez penal; siendo el mismo cuerpo legal que manifiesta respecto al testimonio urgente que, para su recepción el juez tendrá que aplicar las disposiciones del testimonio propio. Pero además la ley adjetiva penal contempla también la realización de actos probatorios urgentes, que de igual forma lo debe realizar el juez penal pero requerido por los fiscales.

"Algunos doctrinarios como el Doctor José García Falcón"<sup>13</sup> manifiestan que "...el único acto urgente es el anticipo jurisdiccional de prueba solo referente a la prueba testimonial y nada más..." Entonces, estaríamos ante el dilema del sentido que le quiso dar la ley a la frase "actos probatorios urgentes", pero como en materia penal no es aplicable la interpretación extensiva, se tendría que acoger al tenor de la ley y consecuentemente llegar a la misma conclusión que García Falconí, pues la ley es sumamente clara y dice que la prueba se la produce en el juicio, siendo la única excepción las pruebas testimoniales urgentes", o bien cualquier otro medio de prueba admitido en calidad de anticipo de prueba, con el único fin de que en el debate se incorpore como tal, sin embargo, es aquí en donde debe analizarse la defensa del procesado, tomando en consideración lo que sucede con el petitorio de la prueba

---

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional Penal de Ecuador. Consulta Internet: [www.goesjurídica.com.html](http://www.goesjurídica.com.html). Fecha de consulta: 24-7-06



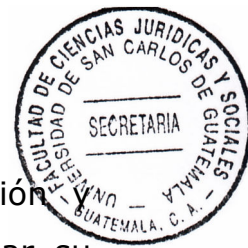
anticipada y la intervención que tienen los sujetos procesales al respecto, y de la posibilidad en el juicio oral del contradictorio.

“El anticipo jurisdiccional de prueba que tiene un carácter siempre excepcional porque lo propio y natural es que las probanzas se practiquen directamente en el juicio oral, se introduce en el sistema procesal como una modalidad para asegurar elementos probatorios que por algunas circunstancias especiales, no pueden repetirse, realizarse o ser recibidos durante el juicio, pero que sin embargo tienen el mismo valor de prueba que las presentadas en esa etapa. Generalmente estos anticipos de prueba se dan porque el testigo tenga que ausentarse del país y no sepa por cuanto tiempo o sea de forma indefinida, o porque exista el riesgo latente de que muera antes de que se realice la audiencia de juicio o caiga en incapacidad física o mental que impida receptor su testimonio con la misma nitidez que se requiere.

Por la trascendencia del acto y para no contrariar los principios mismos del juicio oral, sobre todo lo que se refiere a la contradicción, debe procurarse la participación de todas las partes en dicho acto para que éstas puedan presenciar, analizar, cuestionar o impugnar todo aquello que estimen pertinente; ya que en caso de que no se les convoque estaríamos produciendo una prueba nula<sup>14</sup>. Como se observa en la legislación ecuatoriana, se hace necesario que el acto del anticipo de prueba revista todas las formalidades del caso, en donde las partes tengan la oportunidad de objetar, impugnar, etc., y a juicio de quien escribe, eso solo puede darse en la fase del juicio, sin embargo, no cabe duda que el anticipo de prueba es necesario en la legislación procesal penal guatemalteca. “Aún la doctrina, esta prueba será válida en el juicio siempre y cuando la persona que declaró no pueda asistir a

---

<sup>14</sup> **Ibid.**



tal audiencia porque falleció en fecha posterior a la declaración anterior a la audiencia de juicio, porque es imposible determinar su actual residencia o porque cayó en un estado de incapacidad física o mental que no le permite declarar nuevamente. Si no concurre alguna de éstas circunstancias, el testigo deberá dar su declaración en el juicio y ante el tribunal, quedando sin valor alguno el anticipo de prueba recibido; mientras que si es aceptado, el momento de la audiencia deberá darse lectura para ser incorporado como prueba misma.”<sup>15</sup>

El anticipo de prueba es solicitado por cualquiera de las partes procesales, pero para que proceda deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que sea pertinente y útil.
- Puede realizarse en reconocimientos, reconstrucciones, pericias o inspecciones.
- Estos órganos de prueba deben estar caracterizados por ser actos definitivos que no pueden ser reproducidos en el debate oral o juicio penal.
- También pueden decretarse cuando deba declarar un órgano de prueba como en el caso de los testigos o peritos, quienes por alguna razón o bien un obstáculo difícil de superar, se presume por parte de quien lo solicita, de que no podrá practicarse como se debiera en el juicio oral.

---

<sup>15</sup> Ibid.



- Debe haber una resolución razonada previa respecto a la admisibilidad o no de la petición de que se practique en prueba anticipada cualquier diligencia que se producirá o reproducirá en el debate oral.
- De preferencia es indispensable que asistan todos los sujetos procesales a la práctica de dicha diligencia.
- En general, cuando exista peligro inminente de pérdida de elemento probatorio, ya sea que se haya ya individualizado al imputado o no, solo que en el segundo caso, el juez deberá solicitar el nombramiento de un abogado defensor que lo represente.

## **2.2 Casos en los que no ha procedido el anticipo de prueba**

En este caso, es conveniente determinar en primera instancia de que no procede el anticipo de prueba que solicitaren cualquiera de las partes, a partir del momento en que así lo decreta el juez, cumpliendo claramente con lo que establece el Artículo 317 del Código Procesal Penal.

Se ha desviado la verdadera naturaleza del anticipo de prueba, tal como se regula en el Artículo 317 del Código Procesal Penal, puesto que en esencia, lo que se pretende por parte del juez, quien al final de cuentas, es quien autoriza, es que se trate de un medio de prueba que se ha dado durante la fase de investigación y que es necesario someterla a recepción y diligenciamiento, para su valoración por los jueces, en la fase correspondiente, que es el juicio oral, pero que por circunstancias ajenas al sujeto procesal que la solicita, no podría, o se



tenga el temor de que no se podrá reproducir en el debate y ello implica que como por ejemplo, en el caso de un testigo de avanzada edad que este en su lecho de muerte, que haya pronóstico emitido por un perito, se hace necesario que para determinada parte se practique en prueba anticipada determinado medio de prueba, sin embargo, en la actualidad, se ha considerado también el hecho de que cuando un testigo o un perito tenga temor de perder la vida por amenazas, por el imputado o cualquier otro sujeto procesal, y solicita que en prueba anticipada se practique su declaración, puesto que intenta salir del país, ello, ya sería otra cosa, puesto que no se ha concretizado en la ley, cuales serían los casos en que procede y cuales no, y al no especificarse, ello permite que los jueces discrecionalmente y de allí, que puede producirse actos de corrupción, decrete o no decrete como prueba anticipada determinado acto o diligencia que se solicite su práctica.

Así también es evidente de que en este caso, también representa una lesión al principio acusatorio, puesto que en el segundo supuesto planteado en el párrafo anterior, es evidente de que en base a ello, la defensa, por ejemplo, no tendría la oportunidad del contradictorio, al someter al testigo a juicio oral y en él, interrogar, tener la oportunidad de interrogar, ya que lo que es más común, es que se reciba la declaración del testigo, y no en la presencia de quienes efectivamente dictaran la sentencia condenatoria o absolutoria como sucede en el caso de los jueces de sentencia, sino que muchas veces, se esta frente al anticipo de prueba con intervención del juez de primera instancia en su calidad de contralor.

Una de las razones por las cuales el anticipo de prueba no puede ser decretado de oficio, es por el hecho de que el juez debe limitarse a





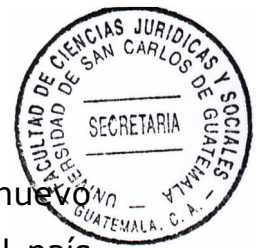
ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar, no a instruir, y eso solamente se produce en el juicio oral de acuerdo con la Constitución.

Durante el procedimiento preparatorio o el sumario, no se ha ejercitado el requerimiento del fiscal hacía el juez contralor de la investigación por lo que la relación procesal no está todavía constituida, y esto claramente se evidencia en muchos casos, cuando no se ha individualizado al procesado, sino que son diligencias previas que realiza el Ministerio Público a petición del juez contralor.

Por otro lado, existen actuaciones que realiza el fiscal del Ministerio Público en donde claramente también existe una violación a normas constitucionales y que lesionan el derecho de defensa, que si bien es cierto, no es motivo de este estudio, tienen repercusiones en el proceso penal, puesto que muchas de las actuaciones que realiza el Ministerio Público para recabar los elementos de convicción, los hace sin intervención o autorización del juez y mucho menos sin la intervención del imputado o su defensor, y que valdría la pena determinar si el hecho de que de a conocer al juez de todas sus diligencias y éste a su vez, de intervención al imputado y a su defensor, podrían representar una mejor manera de conducir la investigación que conlleve a una certeza al fiscal y en todo caso a los juzgadores de lo que ha sucedido en la verdad histórica del hecho que se investiga, y en todo caso, el fiscal tendría elementos de juicio suficientes para que esa formalización del requerimiento se encuentre ajustada objetivamente a las constancias procesales y le facilite en todo caso, la tarea a los jueces, que es bien sabido que muchas veces, colaboran con el fiscal y condenan aunque hubieren deficiencias en la investigación o bien favorecen al procesado y absuelven por esas mismas razones, lo cual no es posible, ni un extremo ni otro, pero todo ello se debe a las deficiencias en las investigaciones que realiza el Ministerio Público.



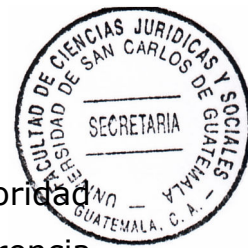
Respecto a ello, conviene establecer lo sucedido con la legislación comparada, y en el caso de España, "entendido en sentido riguroso, el principio acusatorio sólo debe significar estas tres cosas: Todo proceso penal requiere de una acusación formulada por persona distinta al órgano judicial que ha de sentenciar, la imposibilidad de alterar el objeto del proceso condenado por hechos distintos a los acusados o a persona distinta a la acusada, y, finalmente, el juzgador no puede ver alterada su imparcialidad por aportaciones de hechos o de prueba al proceso. Que la investigación del proceso penal no encuentre amparo directamente en el principio acusatorio a nuestro juicio, no quiere decir en absoluto que no estemos de acuerdo con la "luz y taquígrafos" en esta fase, auténtica conquista del proceso penal propia de un Estado de Derecho frente al injusto proceso inquisitivo, pero centrada en sus justos límites. Se trata, simplemente, de cosas distintas, por lo que nos parece que juez instructor y proceso penal acusatorio son perfectamente compatibles. Por ello, hablar del proceso angloamericano como proceso acusatorio, entendiendo el término "acusatorio" a la europea, y en concreto, en el sentido español acabado de indicar, presenta serias dudas de aceptación, aunque esta terminología de contraposición (frente a proceso inquisitivo) sea generalmente aceptada y comprendida. Por otro lado y como derivación de lo acabado de indicar, pero éste es un tema importante que excede los límites de este trabajo, no tenemos nada claro que la aspiración ideal del proceso penal español sea tomar como modelo el proceso penal norteamericano, no únicamente por razones históricas y culturales, sino porque encontramos dudosamente satisfactorias para nuestro país algunas de las soluciones a las que allí se han llegado, por ejemplo, los extensos poderes de la Policía, la consideración como prueba de la confesión del acusado, la amplitud de la "plea bargaining", la configuración del Jurado puro, particularmente su sistema de selección, la organización del



derecho de impugnación, etc. De hecho, si sirve como ejemplo, el nuevo proceso penal italiano ha seguido estas pautas, y la doctrina del país trasalpino no está nada satisfecha con ello. Lo cual debería hacernos meditar mucho. El argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es, en nuestra opinión, que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. En esencia el argumento se concreta de la siguiente manera: El Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de los recursos. Seguir manteniendo el sistema clásico es en definitiva una contradicción, porque el Juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial. En definitiva, es el modelo clásico el que ya no sirve, llegando a proponerse, más allá incluso, que el Fiscal no sólo sea la autoridad encargada de la investigación, sino el director, el dueño absoluto de ésta.

La fundamentación de esta afirmación es ideológicamente clara, y se basa en los siguientes puntos:

- El fin del proceso penal no es sólo hallar la verdad material, sino también proceder de acuerdo con los principios que caracterizan a un proceso penal como el adecuado a un Estado de Derecho. Obligado a



ello no está sólo el Juez, sino también cualquier otra autoridad pública que intervenga en el proceso penal, lo cual hace referencia especialmente al ministerio fiscal.

- No sería inconstitucional en español que instruyera el fiscal, porque la Constitución española de 1978, al definir la función jurisdiccional, según terminología clásica española, como "juzgar y hace ejecutar lo juzgado", atribuyéndola en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, lo que está pidiendo en realidad al legislador ordinario es que, en sentido estricto, la decisión de condenar o absolver a un acusado, con todos los actos que la fundamentan (prueba), la tome un juez, pero no impide que para llegar a la decisión de si se puede abrir el juicio oral contra una persona se acuda a personas y normas no sometidas al derecho jurisdiccional, lo que por cierto siempre ha ocurrido en la práctica aunque bajo el manto judicial. Mantener lo contrario podría llevarnos, por citar sólo un ejemplo claro, al absurdo de hacer inconstitucional a la propia policía judicial (prevista constitucionalmente), que se regula y utiliza para su funcionamiento orgánico y técnico, de repercusión directa sobre el proceso penal, normas de carácter administrativo y no procesal.
- Teóricamente no habría tampoco ningún problema en admitir que instruyera el ministerio fiscal, pues dicho llanamente se trataría de una solución tan buena como podría ser la contraria y cualquier otra, aunque tendría que llegar siempre un momento en que la presencia de un Juez fuera inexcusable.

Es en este sentido poco fundada la crítica de quienes toman o desechan los modelos que proporciona el derecho comparado para hacer propias las opiniones según sus intereses. El derecho comparado nos debe servir para "comparar", es decir, informarnos bien sobre cómo se



solucionan los mismos problemas que nosotros tenemos en otros países y nada más.

Finalmente, mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté recaída en manos de los Jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela aparentemente más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy que a los fiscales, es menester la revisión de las normas respecto a las facultades que tienen los jueces de conformidad con la ley y los extremos en esas facultades que fácilmente pueden caer en discrecionalidades, impunidades, corrupción fundamentalmente.



## **CAPÍTULO III**

### **3. Oportunidad procesal para el diligenciamiento de la prueba anticipada en el proceso penal**

#### **3.1 Análisis del Artículo 317 del Código Procesal Penal**

Antes de describir el Artículo 317 del Código Procesal Penal guatemalteco y hacer un análisis del mismo, es importante establecer que este se refiere al anticipo de prueba fuera de la fase del juicio oral y público, y que claramente se evidencia que al practicarse no puede darse el contradictorio necesario para formar en el juez de sentencia un juicio con respecto a dicho órgano de prueba que servirá ya sea para absolver o condenar en determinado momento, porque también es de importancia resaltar que en muchos casos, no se ha individualizado al imputado, y que si bien es cierto, ahora ya se practica con la presencia de un abogado defensor, no es suficiente.

A juicio de quien escribe, entonces es de considerar que no se suscita adecuadamente o técnicamente el contradictorio. La contradicción se manifiesta en la posibilidad de una contra-examinación o contra-interrogatorio a la evidencia y a los testigos respectivamente, que es un derecho que tiene la otra parte para debatir la prueba que se presenta e incorpora, en el momento procesal como lo es la fase del juicio. Sobre la evidencia puede atacarse a la forma como fue recogida y analizada por ejemplo, mientras que en lo que respecta a testigos y peritos, la contra parte puede comenzar con lo que algunos llaman la confrontación, es decir la posibilidad de atacar no lo manifestado por el testigo o perito sino su credibilidad, ello involucra su experiencia, sus antecedentes ético profesionales, su desempeño en el pasado y en la actualidad, con el fin de demostrar que se trata de un testigo que no



merece credibilidad alguna y por tanto se lo anula o al menos se crea la duda, por ello es de suma importancia que cuando se trate de prueba anticipada respecto a testigos, para la intermediación y efectos subsiguientes de la declaración, se haga ante los jueces de sentencia, que son quienes, al final de cuentas los que dictarán su fallo, ya sea absolutorio o condenatorio.

No es posible que en el debate se pueda cuestionar al testigo sobre su idoneidad, credibilidad y luego sobre los hechos. En cuanto al contra interrogatorio sobre los hechos, generalmente las repreguntas formuladas exigen respuestas sumamente concretas, de sí o no, para no darle mayor opción al testigo de que se ponga a explicar las cosas.

El Artículo 317 del Código Procesal Penal regula específicamente la prueba anticipada y dice textualmente: Actos jurisdiccionales. Anticipo de prueba. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que lo realice. El Juez practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todas las partes, los defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate. El imputado que estuviere detenido será representado por su defensor, salvo que pidiera intervenir personalmente. Si, por naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de



prueba, el juez practicará la citación de las partes a manera de evitar este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellas. En ningún caso, el juez permitirá que se utilice este medio para la formación de un expediente de instrucción sumaria que desnaturalice el proceso acusatorio”.

## **1.2 Análisis del Artículo 348 del Código Procesal Penal**

En igual circunstancia de la analizada anteriormente se encuentra el contenido e interpretación del Artículo 348 del Código Procesal Penal, y en este caso, también tiene repercusiones negativas, al otorgarle la norma la facultad al tribunal de que pueda incluso de oficio, decretar la prueba anticipada. Es ilógico para quien escribe, que habiendo recibido únicamente la acusación y el auto de apertura a juicio por parte del juez contralor de la investigación, y se de audiencia a las partes para que ofrezcan prueba, se encuentre en capacidad el tribunal de sentencia de ordenar de oficio pruebas o bien anticipos de prueba, sin embargo, el legislador lo ha dejado plasmado y por lo tanto, por estar vigente puede ser que se suscite en alguna oportunidad el anticipo de prueba de oficio.

La norma señalada textualmente dice: Anticipo de prueba. El Tribunal podrá ordenar, de oficio o a pedido de parte una investigación suplementaria dentro de los ocho días señalados en el artículo anterior, a fin de recibir declaración de los órganos de prueba, que por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrán concurrir al debate, adelantar las operaciones periciales necesarias para informar en él, o llevar a cabo los actos probatorios que fueran difícil cumplir en la audiencia o que no admitieren dilación. A tal efecto, el tribunal designará quien presidirá la instrucción ordenada.



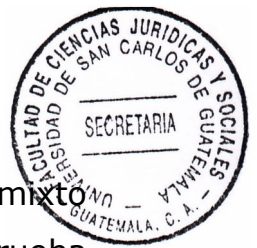


De conformidad con lo anterior, entonces, existen serios cuestionamientos respecto a la posibilidad de que los jueces de sentencia, de oficio decreten una prueba anticipada, por el poco conocimiento que tienen del proceso.

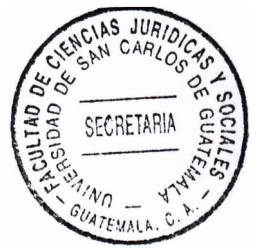
### **1.3 Oportunidad procesal de los sujetos para solicitar el anticipo de prueba**

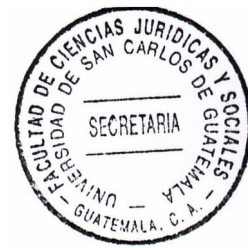
Tal y como se ha venido analizando, en el caso de la interpretación y efectos que se produce conforme el Artículo 317 del Código Procesal Penal, estas pueden suscitarse de la siguiente manera:

- Cuando el Ministerio Público necesite la práctica de alguna diligencia sobre la cual se ha investigado y crea que existen personas o cosas que podrían ser de utilidad en la fundamentación de la acusación, siendo que no existe individualización del sujeto activo, requiere al juez de paz o juez de primera instancia la juridicidad de esos actos y que posteriormente no sean impugnados.
- En casos de urgencia, en la misma circunstancia que la señalada en la literal anterior, en cuyo caso, el juez competente, tiene que solicitar la presencia de un abogado defensor, aunque no se haya individualizado al sujeto activo de dicho delito.
- Cuando el Ministerio Público necesite la practica de alguna prueba que pretende se desarrolle en el debate, pero por circunstancias ajenas a su voluntad no puede realizarse en dicha fase, acude al juez contralor o competente para que realice dicha prueba en calidad de anticipo de prueba, para cuyo efecto, debe citar a todas las partes que podrán tener derecho a asistir. A este respecto, a juicio de



quien escribe, se esta desnaturalizando el sistema acusatorio mixto del cual ostenta el Código Procesal Penal, toda vez que la prueba claramente debe producirse en el debate, por las razones fundamentales de que los jueces de sentencia quienes la decepcionarán y valorarán en su oportunidad, son los que al final de cuentas se encontraran en capacidad de dictar su fallo condenatorio o bien absolutorio.





## CAPÍTULO IV

### 4. Alternativas a la reforma del Código Procesal Penal

#### 4.1 Concretización e inclusión de los casos de la procedencia del anticipo de prueba en la norma procesal guatemalteca

De conformidad con lo anotado anteriormente, se puede establecer que existe un mal uso de la prueba anticipada en el proceso penal guatemalteco, por falta de concretización de los casos en que procede de conformidad con el Artículo 317 del Código Procesal Penal ya analizado, al igual que la prueba anticipada como facultad del tribunal de sentencia que se regula en el Artículo 348 del mismo Código Procesal Penal.

Por el hecho de no concretizarse los casos de procedencia en el anticipo de prueba, existe abuso por parte de los sujetos procesales, cuando lo solicitan al juez, e incluso surgen otras circunstancias que merecen análisis, tal como sucede en el caso de la intervención del juez contralor o el juez de paz, quienes en el momento del debate no estarán presentes, así como se ve muy limitada la participación o la intervención del defensor o el imputado para hacer uso del contradictorio en dicha diligencia, lo cual ya no puede hacerse para atrás cuando se está frente a los jueces de sentencia quienes dictarán su fallo, y que éstos no hayan podido apreciar tales circunstancias del anticipo de prueba, ocasiona perjuicio en la defensa del imputado, por cuanto definitivamente le dan valor probatorio.



La valoración de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental, de gran importancia en todo proceso y, más aún en el proceso penal, puesto que de ella depende que el tribunal llegue o no a una certeza; es decir va a determinar el carácter absolutorio o condenatorio de la sentencia para el acusado. Esta valoración de la prueba, como dice Ricardo Vaca Andrade "tiene por objeto establecer la utilidad jurídica y legal de las diversas pruebas que se han incorporado al proceso penal...En nuestra ley procesal, se produce en momentos precisos, como en la etapa intermedia, antes de que se dicte el auto; o después de la audiencia de juzgamiento; en el Juicio, como paso previo al momento de dictarse sentencia".

José García Falconí en lo que se refiere a la valoración de la prueba dice que "Es una operación intelectual, destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de la prueba recibidos...es en este momento en donde el juez, no sólo pone al servicio de la justicia, su intelecto, su sabiduría y experiencia; sino sobre todo su honestidad".

El mismo autor, citando a Devis Echandìa, la califica de momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, consistente en aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido. Mediante la misma, dice, se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso, mediante los oportunos medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción de juzgador.

Operación mental que comprende una premisa menor que es el medio de prueba (ejemplo: testimonio), una premisa mayor que es una máxima de la experiencia y la conclusión que es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretende comprobar.



Consecuentemente, tenemos que como lo dice García Falconi, la prueba –de cargo y descargo– no habla por sí sola, está llena de detalles, de inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos caracteres para valorarlas y para fundamentar la sentencia a dictarse, y que por ello la prueba debe ser necesaria, legal, oportuna, libre, controvertida y practicada en la etapa del juicio.

Para solventar esto, la valoración de la prueba determina el resultado de la práctica de los medios de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión que la prueba practicada por las partes logró sobre el juzgador, en este caso sobre el tribunal, sabiendo que dicho grado puede ser positivo, en cuyo caso se habrá conseguido el fin que se buscaba al presentar la prueba (la convicción judicial), o negativo, cuando no se alcanza dicho fin. Eh ahí nuevamente, el motivo por el que resulta tan importante presentar y practicar la prueba en forma correcta, ya que como vimos anteriormente, por más que la prueba haya sido decisoria, si no se ajusta a los parámetros legales, no producirá el resultado deseado.

Además no debemos olvidar que lo ideal es que esta actividad intelectual que realiza el órgano jurisdiccional, deba coincidir con el fin mismo de la prueba propuesta y admitida, ya que en ocasiones sucede que se presenta una prueba con determinado objetivo y se la percibe en otro sentido, es decir no cumple eficazmente su cometido, y, es ahí donde radica principalmente la labor de los abogados en el juicio oral, al examinarla, confrontarla y hasta valorarla por su cuenta el momento de los debates, con la intención de que la prueba practicada tome su verdadero rumbo y guíe al tribunal hacia la convicción.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la apreciación probatoria realmente no se da al final de la audiencia sino que se inicia, desde el



momento mismo en que el tribunal entra en contacto con el medio de prueba, en virtud del principio de inmediación, salvo obviamente los anticipos de prueba. Desde este instante el juzgador irá formando su juicio acerca de la credibilidad y la eficacia de cada medio de prueba, para al final confrontar todas las pruebas receptadas, depurarlas y tomar una decisión, esto es valorarlas en conjunto para sentenciar en base a la convicción lograda luego de dicha valoración.

Tradicionalmente en cuanto a la valoración de la prueba, la doctrina ha distinguido principalmente el sistema arbitrario, el sistema de la prueba legal o tasada, denominado también, de tarifa legal, el sistema de la íntima convicción o de la libre convicción y el sistema de la sana crítica racional.

El sistema arbitrario se daba cuando el juez consideraba probada la existencia del hecho punible y la culpabilidad de la persona, en base a signos o señales de la naturaleza o de la divinidad, mitos o creencias, son las llamadas pruebas de Díos; aquí es una valoración basada en concepciones tradicionales de aquellos tiempos históricos, donde el juzgador es a su vez investigador, característica propia del sistema inquisitivo.

El sistema de la prueba legal o tasada, es aquella donde la ley procesal establece cuándo el juez debe o no darse por convencido del cometimiento de una infracción y de la responsabilidad de un individuo; aquí involucra el cumplimiento o no de ciertas condiciones y es la ley la que señala el carácter y valor jurídico de las pruebas, además de la forma, número y tipo de hechos que se prueban.

El sistema de la libre valoración de la prueba o íntima convicción en cambio, es aquel donde la ley no establece ninguna regla para la



apreciación de las pruebas, el juez o tribunal es libre de convencerse según su íntimo parecer de la existencia o inexistencia de los hechos, así como de la responsabilidad del acusado, según como le hubiesen impactado las pruebas presentadas.

Por último, el sistema de la sana crítica racional (que para legislaciones como la venezolana, es un método no un sistema, para ellos el sistema es el de la libre convicción con la aplicación de este método), señala que el juez deberá valorar, las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el criterio racional; es decir, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la psicología, de la sociología y de la experiencia. Aquí, el juez o tribunal se convence de los hechos y de la responsabilidad en base a las pruebas presentadas que son valoradas con libertad pero enmarcadas a dichas reglas. Como lo sostiene el autor Vaca Andrade, "...que las conclusiones a las que se llegue sean el fruto racional de las pruebas en las que se las apoye".

Este sistema es el adoptado por nuestra actual legislación, y tiene su razón de ser en el hecho de que el tribunal tiene que fundamentar debidamente su decisión, explicando suficientemente, de conformidad a la garantía constitucional que ordena la motivación en toda resolución de poder público que afecte a las personas, y no simplemente fallar de tal o cual forma porque así lo cree o porque esa es su apreciación; la resolución tiene que fundarse en las pruebas válidas, presentadas e incorporadas al proceso en forma legal y oportuna. Este sistema a mi criterio, le da mayor seguridad jurídica a nuestro ordenamiento legal porque implica una reflexión más profunda por parte del órgano jurisdiccional, hay un razonamiento lógico que le lleva al juzgador a





tomar tal resolución y a explicar las razones por las que se pronunció de esa forma.<sup>16</sup>

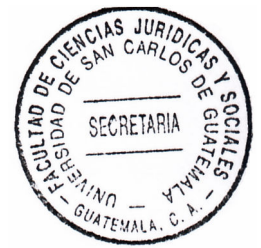
## **1.2 Prohibición e inclusión de la prueba anticipada de oficio en la norma procesal penal guatemalteca**

Es evidente que el hecho de que se aplique o se le otorgue facultades legales a los jueces de sentencia para que puedan decretar como prueba anticipada lo que consideren conveniente, falta totalmente a los principios inspiradores del sistema acusatorio del cual pretende fundamentarse el proceso penal guatemalteco, que si bien es cierto, tiene naturaleza mixta, la tendencia es esa, llegar a ser completamente acusatorio, puesto que se ha evidenciado que este es el que reúne de alguna manera los requisitos de un sistema de garantías que deben resguardarse por parte del Estado a favor de cualquier ciudadano que se encuentre sometido a un procedimiento penal y que no se vuelvan a cometer las violaciones a los derechos humanos durante épocas de dictaduras, en donde no existía un estado de derecho y el Estado prácticamente hacía lo que quería.

Así también existe parcialidad es decir, pierde el carácter imparcial que debe tener el juez o los jueces, de conformidad con el Artículo 7 del Código Procesal Penal, siendo entonces inadecuado lo regulado en el Artículo 348 del Código Procesal Penal, puesto que el tribunal en uso de esa facultad se convierte en parcial, es decir, hace prueba a favor de una de las partes.

---

<sup>16</sup> Ibid.



## **CAPÍTULO V**

### **5. Presentación de los resultados del trabajo de campo**

#### **5.1 Cuestionario**

El trabajo de campo consistió en la realización de un cuestionario que contenía diez preguntas, dirigidas a auxiliares fiscales, fiscales, abogados defensores particulares y públicos y dos jueces de sentencia, respecto al tema objeto de la presente investigación, por lo que a continuación se presentan los resultados de la siguiente manera:



### CUADRO No. 1

PREGUNTA: ¿ CONSIDERA QUE EN EL PROCESO PENAL SEGÚN SU EXPERIENCIA, ES COMÚN LA SOLICITUD DE LA PRÁCTICA DE PRUEBA ANTICIPADA?

Respuesta	Cantidad
Si	10
No	10
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, julio 2006.

Con relación a las respuestas del cuadro anterior, se puede inferir que la mitad de los entrevistados indicaron que es común la petición de anticipo de prueba, pero el otro cincuenta por ciento del total de los entrevistados manifestaron que no, ello permite establecer en el caso de quien escribe, de que a pesar de que es una institución que se encuentra en la ley, su utilización se puede derivar de una serie de circunstancias que tienen relación con la actividad investigativa que realiza el Ministerio Público, por cuanto en el caso del defensor y el imputado, comúnmente no realizan ninguna investigación y se convierten en sujetos pasivos de la relación jurídico penal.



## CUADRO No. 2

PREGUNTA: ¿ CREE USTED QUE EL JUEZ O JUECES DE SENTENCIA, SEGÚN SU EXPERIENCIA, ES COMÚN QUE ACCEDAN A LA SOLICITUD DE CUALQUIERA DE LAS PARTES A LA PRÁCTICA DE PRUEBA ANTICIPADA?

Respuesta	Cantidad
Si	05
No	05
No sabe	10
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Julio 2006.

En cuanto al cuadro anterior, se puede establecer que los jueces regularmente acceden a las peticiones de las partes, y fundamentalmente a la del Ministerio Público para la practica de distintas diligencias, incluso las que el Ministerio Público ha denominado de urgencia, aunque la mitad de los entrevistados indicaron que no sabían, es de hacer notar que si se encuentra en la ley, es porque es permitido y por lo tanto, el juez únicamente tiene que autorizar tal y como sucede en la actualidad.



### CUADRO No. 3

PREGUNTA: ¿ CONSIDERA QUE SEGÚN SU EXPERIENCIA, LA SOLICITUD DE LA PRÁCTICA DE PRUEBA ANTICIPADA ES COMÚNMENTE SOLICITADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No sabe	05
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Julio 2006.

El cuadro anterior hace suponer lo que se ha venido desarrollando en el análisis en el presente trabajo, con respecto a que las peticiones de prueba anticipada son comúnmente solicitadas por el Ministerio Público, y es que dadas las circunstancias de investigación que realiza el Ministerio Público se puede inferir que se pudieran suscitar casos en que el desarrollo de una prueba en calidad de anticipo se derive de las mismas investigaciones y que por la naturaleza del órgano de prueba, como por ejemplo, una persona que este en su lecho de muerte y tenga que declarar posteriormente, circunstancia que permite inferir que no lo podrá hacer siendo indispensable esa declaración para fundamentar su acusación, el juez tiene que decretar la autorización para que se reciba la prueba en calidad de anticipo.

**CUADRO No. 4**

PREGUNTA: ¿ DE CONFORMIDAD CON LA LECTURA DEL ARTÍCULO 317 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, CONSIDERA QUE EXISTE UNA FALTA DE CONCRETIZACIÓN DE LOS CASOS EN QUE DEBE PROCEDER LA PRUEBA ANTICIPADA?

Respuesta	Cantidad
Si	10
No sabe	05
No	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, julio 2006.

En cuanto a las respuestas del cuadro anterior, se puede determinar que el artículo señalado no concretiza los supuestos o los casos por medio de los cuales el juez puede decretar el anticipo de prueba que le están solicitando, y eso lógicamente puede hacer caer en actos de corrupción, tráfico de influencias, etc., por la discrecionalidad que se deriva de esta norma.



### CUADRO No. 5

PREGUNTA: ¿SEGÚN SU EXPERIENCIA, CONSIDERA QUE EL HECHO DE QUE NO SE CONCRETICE LOS CASOS EN QUE PROCEDE, EXISTIRÍA ABUSO EN LAS SOLICITUDES Y DISCRECIONALIDADES JUDICIALES QUE PODRÍAN SER PERJUDICIALES A LA TRANSPARENCIA EN LA ACTUACIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Julio 2006.

Las respuestas del presente cuadro, se concatenan de alguna manera con las respuestas del cuadro anterior, puesto que al ser tan amplia la norma permite la discrecionalidad, y consecuentemente el tráfico de influencias, presiones externas en los jueces.



### CUADRO No. 6

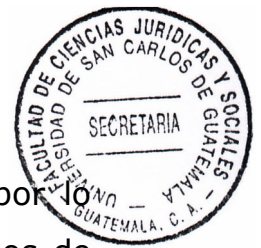
PREGUNTA: ¿ CONSIDERA QUE DESPUÉS DE LA LECTURA DEL ARTÍCULO 348 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EL LEGISLADOR NO TOMÓ EN CUENTA EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD QUE DEBE IMPERAR EN LOS JUECES DE SENTENCIA, EN DONDE EFECTIVAMENTE SE PRODUCE Y VALORA LA PRUEBA DEL PROCESO PENAL?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Julio 2006.

Respecto a la interpretación que se hace en el cuadro anterior, se establece que el Artículo 348 del Código Procesal Penal, lesiona el principio de imparcialidad en el caso de los jueces de sentencia, porque el legislador le facultó al juez para que cuando lo considere conveniente practique en prueba anticipada los distintos medios de investigación, sin considerar que el juez es un arbitro y que no puede hacer prueba a favor de ninguna de las partes, además de que le llega al juez contralor únicamente a conocimiento de los jueces de tribunales de sentencia, la





acusación del Ministerio Público y el auto de apertura a juicio, por lo tanto no esta en capacidad de que después de ofrecidos los medios de prueba de las partes, decida ofrecer también prueba de oficio, o incluso, diligenciar en prueba anticipada determinado órgano.

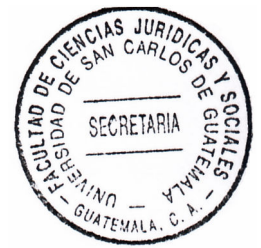
### **CUADRO No. 7**

PREGUNTA: ¿ CREE USTED QUE AL ESTABLECERSE ESTAS NORMAS (ARTÍCULOS 317 Y 348 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL) PODRÍA EXISTIR UN ABUSO DE ESE DERECHO DE LOS SUJETOS PROCESALES?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, julio 2006.

Por un lado, se puede establecer que existe abuso de derecho en el caso de los sujetos procesales, derivado de la ambigüedad del Artículo 317 del Código Procesal Penal, y del Artículo 348 del mismo cuerpo legal en el caso también de los jueces.



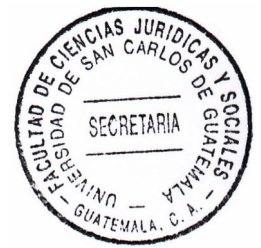
### CUADRO No. 8

PREGUNTA: ¿ CREE USTED QUE DEBE ESTUDIARSE EL ESPÍRITU DEL ANTICIPO DE PRUEBA, Y ESTABLECER ESTRICTAMENTE LOS CASOS EN QUE PROCEDA, POR LO TANTO DEBE ADECUARSE JURÍDICAMENTE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 317 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	00
No contesto	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, julio 2006.

Respecto al cuadro anterior, las respuestas en un mayor porcentaje fueron contestadas afirmativamente, y ello obedece a que la ambigüedad de las normas hace que quienes las aplican o solicitan que se apliquen abusan de ellas, hacen malas interpretaciones, lesionan con ello derechos fundamentales, circunstancia que es atribuible en todo caso a los legisladores, puesto que resulta evidente que después de un tiempo de estar funcionando una norma que ofrece conflicto en su aplicación, deben reestudiarse dichas circunstancias y adecuarse a la realidad concreta, lo cual no ha sucedido.



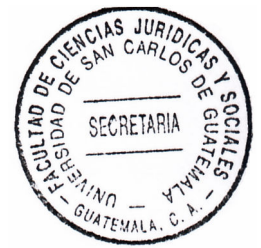
### CUADRO No. 9

PREGUNTA: ¿ CONSIDERA QUE DENTRO DE UN SISTEMA ACUSATORIO MIXTO COMO EL DE GUATEMALA, NO DEBE CONTEMPLARSE FACULTADES EXTREMAS A LOS JUECES QUE PERMITA INFERIR QUE PODRÍA HACER PRUEBA A FAVOR DE CUALQUIERA DE LAS PARTES, CON LA PRUEBA ANTICIPADA DE OFICIO?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Julio 2006.

En cuanto a las respuestas anteriores, es evidente de que la mayoría de los entrevistados afirmaron que frente al sistema procesal actual, normas como las contenidas en el Artículo 348 del Código Procesal Penal por ejemplo, lesionan derechos fundamentales, toda vez que otorgan facultades extremas a los jueces en su aplicación, por lo que resulta necesario su estudio y evaluación por las autoridades correspondientes, con el fin de que sirvan las normas para resolver conflictos y no para crear aún más.



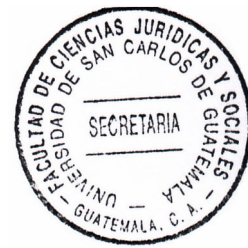
### CUADRO No. 10

PREGUNTA: ¿ DEBE DEROGARSE EL ARTÍCULO 348 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL RESPECTO A LA FACULTAD QUE LOS JUECES DE OFICIO DILIGENCIEN PRUEBA ANTICIPADA?

Respuesta	Cantidad
Si	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, julio 2006.

Al establecer los resultados del trabajo de campo, las respuestas a la pregunta anterior y el análisis que se ha hecho hasta el momento de la prueba anticipada, momentos o bien oportunidad para que se diligencie, y lo que sucede con la norma contenida en el Artículo 348 del Código Procesal Penal, resulta conveniente que esta se derogue en cuanto a que ya no se decrete de oficio la prueba anticipada, es decir, que en la calidad que tienen los jueces de ser árbitros, no pueden diligenciar a título de jueces pruebas en otro tiempo que no sea el señalado, que de hecho si lo pueden hacer si alguna de las partes lo solicita y si llena claro esta, los requisitos que exige la ley, pero que de oficio se haga, resultaría inadecuado, ya que en todo caso, se estaría pensando que se refiere a hacer prueba a favor casi regularmente del Ministerio Público.



## 5.2 Análisis de la legislación comparada

### 5.2.1 Derecho penal español

“Es en el juicio oral en donde hay que practicar las pruebas, porque sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia; así lo exige tanto el carácter público del proceso (Art. 24.2 CE), como el derecho de defensa (Art. 24.2 CE). Lo anterior no quiere decir que necesariamente sea la versión dada en el juicio por el testigo la que vaya a fundamentar la sentencia. El Art. 714 LECrim. permite confrontar en presencia del Tribunal las declaraciones de los testigos, mediante su lectura, a fin de aclarar la contradicción existente entre tales declaraciones y las efectuadas en el acto del juicio oral. Por tanto, es perfectamente posible que el Tribunal dé mayor credibilidad a las declaraciones prestadas ante el Juez instructor que a las prestadas en el juicio oral, en todo o en parte, siempre que se haya procedido efectivamente a aquella lectura y se haya garantizado el derecho de la defensa a someterla a contradicción. Y aunque este artículo se refiere expresamente a los testigos, también se aplica en la práctica en la hipótesis de contradicción del acusado; de todos modos, en este último caso hay que tener en cuenta que el acusado no tiene por qué aclarar nada, desde el momento en que no está obligado a declarar, pudiendo permanecer callado.”<sup>17</sup>

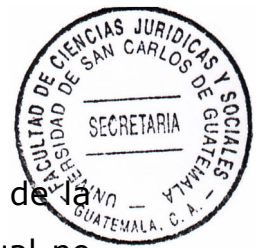
“Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo es posible valorar, previa lectura en el juicio oral, conforme a dicho artículo, las declaraciones de un testigo en el sumario o el procedimiento abreviado,

<sup>17</sup>Manuel Jaen Vallejo. *Los principios de la prueba en el proceso penal español* Pág. 245



si éste ha muerto, si ha desaparecido o si se encuentra fuera de la jurisdicción del tribunal y éste no puede lograr su presencia. Por su parte el tribunal constitucional ha hecho hincapié también en la imposibilidad o especial dificultad de reproducción en el juicio oral de la declaración prestada con anterioridad por el testigo, para que pueda alcanzar valor probatorio a pesar de esta última circunstancia, debiéndose garantizar el principio de contradicción .

Sobre la prueba anticipada y sus requisitos ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente el tribunal constitucional, en una sentencia de amparo, el recurrente en amparo había sido condenado por el juzgado de lo penal como autor de un delito de robo con intimidación. La condena fue confirmada en apelación por la audiencia provincial. Los únicos elementos de prueba del intento de apropiación del dinero habían consistido en la lectura en el juicio oral de las declaraciones del denunciante y en la del policía local que declaró en el juicio, que respecto de dicho intento de apropiación sólo relató lo que sobre el particular le había dicho el propio denunciante, tratándose, pues, de un simple testigo de referencia o indirecto. En lo que se refiere a las declaraciones del denunciante, no prestadas en el juicio oral, señala la sentencia del tribunal constitucional que "nuestra jurisprudencia viene afirmando que únicamente pueden considerarse como pruebas las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad; si bien de tal exigencia general se exceptúan los supuestos de la prueba preconstituida y anticipada (...), siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: Art. 730 LECrim.), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se debe proveer de abogado



al imputado) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el Art. 730). En el caso actual no existía dificultad alguna para que el denunciante de los hechos y perjudicado por ellos, propuesto como testigo por el ministerio fiscal, pudiera haber comparecido al juicio, para declarar en él bajo el principio de contradicción, sometiéndose al posible interrogatorio del acusado, como exige el Art. 24.2 CE, interpretado de conformidad con el Art. 6.3 del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Art. 14.3 e) del pacto internacional de derechos civiles y políticos, que operan como obligado criterio para la interpretación del Art. 24.2 CE, según lo dispuesto en su Art. 10.2. Dicho denunciante estaba perfectamente localizado, y por ello pudo, y debió, ser citado al juicio, lo que no se hizo, sin causa que lo justifique; por lo que su declaración testifical en el juicio no podía ser sustituida por la lectura en él de sus declaraciones sumariales, no siendo aplicable en tal situación el Art. 730 LECrim. En todo caso, en los supuestos de prueba anticipada, legal y constitucionalmente admisible, deben observarse las garantías propias de la prueba del juicio oral y en concreto la de la contradicción, ... Y en la declaración prestada por el denunciante ante el juez de instrucción en las diligencias previas, que antecedieron a la apertura del juicio oral (en la que se limitó a ratificar la declaración prestada ante la policía), no estuvo presente el imputado, demandante hoy, con lo que no se cumplió el principio de contradicción, pues no tuvo oportunidad de interrogar al testigo. No se cumplen así las exigencias de la prueba anticipada. La conclusión inevitable es la imposibilidad constitucional de aceptar como prueba de cargo la lectura en el juicio de las declaraciones del denunciante".<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Ibid.



### 5.2.2 La prueba en el proceso penal acusatorio de Ecuador

Es importante resaltar que en el derecho ecuatoriano se ha considerado a la prueba anticipada como una excepción válida al principio de inmediación.

“La regulación legal de la prueba anticipada también se ajusta al principio de contradicción por cuanto el Artículo 284.4 del nuevo C.P.P. dispone que la misma se debe practicar en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en juicio”. De igual forma, de conformidad con el segundo párrafo de la misma norma, contra la decisión de practicar una prueba anticipada “proceden los recursos ordinarios”, y si ésta es negada, la parte interesada podrá acudir de inmediato, y por una sola vez, ante otro juez de control de garantías con el propósito de que éste reconsidere la medida, no siendo su decisión objeto de recurso. Además, en atención al tercer párrafo del Artículo 284 del C.P.P., de ser posible, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral. En el caso de la prueba anticipada regulada en el nuevo C.P.P. se tiene que el Artículo 284.2 dispone que aquella podrá ser solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el Artículo 112 de la misma normatividad, es decir, en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial. De tal suerte que, en materia de solicitud de práctica de pruebas anticipadas, las normas acusadas constituyen una excepción válida al principio de inmediación, ya que aseguran la vigencia del principio de igualdad de armas.





## **REGLA DE EXCLUSION DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS CON VIOLACION DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES**-Aplicación en sistema penal acusatorio.

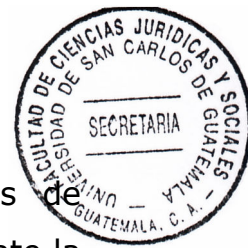
El Artículo 23 de la Ley 906 de 2004, trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la cláusula general de exclusión, al disponer que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia. De entrada advierte la corte, que esta norma general no se opone al Artículo 29 superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el Artículo 29 Superior.”<sup>19</sup>

### **5.2.3 La prueba en el proceso penal colombiano**

“Si se repara que es regla que todo aquello que no ha sido incorporado de algún modo al debate no puede servir de ulterior sustento al pronunciamiento jurisdiccional conclusivo, fácil es deducir la importancia que adquiere el tema de la incorporación de prueba al debate.

---

<sup>19</sup> Sistema Penal Acusatorio colombiano. Consulta Internet <http://secretariasenado.gov.html>. Día: 23-7-06.



Esa actividad puede presentar múltiples aristas o análisis de interés. Por citar alguna: si se puede incorporar por lectura al debate la declaración de un testigo anónimo o de identidad reservada (según la ley de estupefacientes), o de un testigo encubierto o un agente secreto (siempre según esa ley), conforme quiera llamarse a la figura o si, contrariamente, se lo debe traer a declarar al juicio y cómo ha de concretarse en tal caso su declaración; otro ejemplo podría constituirlo el debate acerca de la posibilidad o no de incorporar a la audiencia de juicio, prueba derivada de tareas de inteligencia de la autoridad preventora o, dicho de otro modo, prueba derivada de la información brindada por informantes anónimos de la policía (véase La Ley fallo 99.894). Y existen muchos más (por ventura ¿puede reabrirse el debate para verificar prueba en perjuicio del imputado por los jueces de juicio, so pretexto de la verdad real?).

Hoy, sin embargo, ha parecido oportuno centrar la atención sobre un punto particular del tema, vista la exigua extensión temporal de intervenciones; así, puntualmente a la discusión que puede suscitarse en rededor de la introducción al debate de declaraciones testimoniales que, bien producidas durante la instrucción ante el juez o, aún, durante la prevención ante la autoridad preventora, hubieran luego resultado imposible producir nuevamente durante el debate, por haber el testigo fallecido, estar ausente del país, ignorarse su residencia o hallarse inhabilitado por cualquier causa para declarar, esto es por alguna de las hipótesis referidas en el inciso tercero del Artículo 391 de la ley procesal. Este dispositivo, sanciona con nulidad la sustitución de toda declaración testimonial por la que se hubiere producido previamente durante la instrucción, salvo en determinadas hipótesis que son, entre otras, las antes mencionadas y en tanto se hayan respetado las formalidades de la instrucción en la recepción de tales exposiciones.



El tema no es menor, vista la asiduidad con que esas hipótesis de abstinerencia testifical vienen a darse y porque la cuestión ha venido a ponerse en el tapete a raíz de un fallo de la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, conocido en la jerga del fuero como la causa "Abasto".

En "Abasto" (así se identificara al fallo en adelante) se declaró la nulidad de la incorporación por lectura al debate de varias declaraciones testimoniales vertidas durante la instrucción por las víctimas damnificadas por los delitos de violación y de amenazas por los que venía condenado Abasto, y la nulidad de la sentencia condenatoria consecuente. Esa incorporación se había debido a que ambas víctimas, luego de haber declarado una de ellas tres veces durante la instrucción y la otra cuatro, habían abandonado el país, desconociéndose su paradero.

A la hora de decidir, los jueces de "Abasto" hicieron primario hincapié en que en el caso para diferenciarlos de otros, anteriores y posteriores en los que sí valoraron prueba así introducida por lectura la prueba resultaba dirimente, dando a entender que tanto la declaración de nulidad de la incorporación por lectura como de la sentencia derivaba de que se trataba de una prueba definitiva, esto es de una de aquéllas que, suprimidas mental e hipotéticamente, habría conducido su ausencia a una resolución final distinta. Obviamente, de no haberlo sido (no haber sido dirimente la prueba, me refiero), la solución no habría sido la dada en "Abasto", según se infiere de la lectura del fallo.

El tema guarda estrechísima vinculación con las garantías constitucionales previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que recogidos en el Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional,



estatuyen el derecho de toda persona imputada de un delito, en plena igualdad, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal (Artículo 8, párrafo segundo, inc. f) y a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (Artículo 14, párrafo tercero, inc. e), derechos que han llevado a que varios tribunales nacionales de juicio de nuestro país, yendo aún más allá de "Abasto", hayan directamente vedado la incorporación por lectura en los casos antes citados, basándose en la violación que así ocurriría del principio de contradicción y del de inmediación, al margen del carácter dirimente de la prueba.

Sobre esas bases, se examinará aquí si le es lícito al tribunal de juicio incorporar por lectura al debate las declaraciones de quienes, habiendo comparecido durante la instrucción o la prevención, no hubieran concurrido a la audiencia por alguna de las siguientes razones: haber fallecido, ignorarse su lugar de residencia, estar ausente del país o por cualquier causa hallarse inhabilitado para declarar.

La incorporación por lectura al debate en las condiciones del Artículo 391, inc. 3 del Código Procesal Penal de la Nación. Se habrá de anticipar ya el distanciamiento de la doctrina sentada en "Abasto" y por aquellos otros tribunales de juicio y sostendremos aquí que cumplidas durante la instrucción las formalidades debidas, las declaraciones imposibles luego de producir durante el debate pueden incorporarse; que en el acto de la incorporación no puede ni debe meritarse el carácter dirimente de la prueba al decidírsela; y que la sentencia que recoja esa prueba resultará válida en cuanto a ese aspecto la introducción por lectura, sin perjuicio de la eficacia probatoria que los jueces asignen a la prueba así introducida, por virtud de la ausencia de esa contradicción y, fundamentalmente, de inmediación (en el caso del



único testigo cuyo testimonio se enfrenta al del imputado que niega). A la hora de fundarse "Abasto" el tribunal de casación echó manos a ciertos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hubieron de resolverse a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, continente de una disposición similar a uno de los referidos textos constitucionales y cuya doctrina, por tanto, vista esa similitud, resultó consultada. En referencia al Artículo 6, apartado 3, inc. f, del Convenio Europeo, que reconoce el derecho a interrogar o de hacer interrogar a los testigos de la acusación, norma esta similar a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo hizo ajustándose a aquélla doctrina de la Corte que dice que "procede acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar la inteligencia de las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Fallos 322-1564) y, fundándose, según se dijo en el fallo, en la marcada analogía de esos precedentes con el de "Abasto".

Si se analiza esa analogía, y es necesario hacerlo porque pareciera ser, a estar al fallo, que el tribunal europeo habría decidido de igual modo a "Abasto" casos parecidos a él, sin embargo, esa analogía no es en realidad tal y que, por tanto, a lo menos en esos fallos, el tribunal europeo no estableció ni dijo lo que en definitiva se estableció o dijo en "Abasto".

En efecto, en "Unterpertinger c. Austria", que es uno de los precedentes citados por la casación, la lectura del fallo nos ha ilustrado de que se trató del caso de un marido acusado de haber golpeado a su esposa y a la hijastra de ésta. Con basamento en una norma procesal del código austriaco que veda (o vedaba, por entonces) la rendición de testimonio frente a situaciones de parentesco, las víctimas se habían



negado a declarar en la audiencia contradictoria, razón por la cual el tribunal austriaco había procedido por lectura a la incorporación de las declaraciones realizadas en sede policial. Ese procedimiento llevó a que el Tribunal Europeo considerara que el acusado no había sido objeto de un proceso justo por ausencia de contradicción, disponiéndose a cargo del país austriaco una indemnización a su favor. Cabe aclarar que, previamente, sometida la cuestión a la Comisión Europea de Derechos Humanos, ésta había admitido la validez de ese procedimiento, o sea la validez de esa incorporación testimonial así ocurrida (por cinco votos contra cuatro, y una abstención), a contrario de cuanto se afirma en "Abasto".

En "Bonisch" (también contra Austria) que es el restante antecedente europeo citado en "Abasto" tratóse de un caso muy particular. La causa había sido iniciada por denuncia del Instituto Federal para el Control de Productos Alimenticios, cuyo director ejerce la condición de perito durante el juicio con amplísimas facultades, como la de preguntar al acusado y al propio testigo-perito de la defensa, el que a su vez no podía repreguntarle a él. En el proceso, tampoco se había permitido a Bonisch designar contraperito. De resultas de todo ello y desechándose el argumento del gobierno austriaco de que el director del instituto era un perito y no un testigo y que por tanto no era aplicable la normativa prevista para éste, el Tribunal entendió que no había tenido Bonisch un proceso justo, porque el perito del Instituto era por la naturaleza de sus funciones un verdadero testigo de cargo; porque no se le había permitido repreguntarle existiendo desigualdad de las funciones entre aquél y las del testigo-perito de la defensa aquél podía repreguntar y éste no; y porque, además, no se le había permitido a Bonisch designar



contraperito; todo lo cual llevaba a un proceso no justo, violándose la disposición del Convenio (Art. 6.1.).

Como se observa, en ninguno de los dos casos los antecedentes de hecho se vinculan a las hipótesis que trata el inc. 3 del Artículo 391, esto es de testigos ausentes del país, inhabilitados para declarar, fallecidos o de paradero desconocido, como sucedió en "Abasto". Se trató sólo de la veda impuesta por tribunales austriacos al interrogatorio de testigos presentes o que, cuando menos, podían presentarse o ser presentados a la audiencia, estando física y mentalmente en condiciones de declarar.

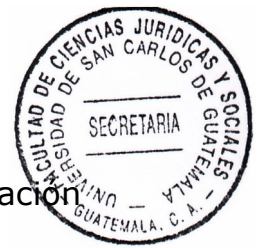
Por tanto, la posibilidad "efectiva y útil" de interrogar al testigo que se menciona en "Abasto" como criterio del Tribunal europeo, se vincula, si se está a esos precedentes, a testigos o peritos presentes o convocables o en condiciones de declarar y que no fueron escuchados en la audiencia; no ausentes, fallecidos, etcétera. Esta distinción, resulta fundamental para la correcta dilucidación del punto que nos convoca.

En realidad, si acudimos a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, veremos que ésta es bastante abundante en la discusión acerca de los testimonios de los llamados testigos anónimos, respecto de los cuales los Estados partes pareciera que, en general, fueron bastante renuentes a someterlos al contradictorio, situación que llevó reiteradamente al Tribunal Europeo a proclamar la necesidad de hacerlo, sin perjuicio de adoptarse las medidas de seguridad convenientes según el caso. Sin embargo, respecto de los testigos ausentes, fallecidos, etcétera, no se observa una actividad tan prolífica, si bien existen algunos antecedentes.



En un fallo sobre el particular, no tan lejano en el tiempo como los antes mencionados (que son de los años 1986 y 1985, en su orden), se ha observado que, sin embargo, el Tribunal Europeo resolvió a contrario de lo dicho por la casación en "Abasto" y aquellos otros tribunales inferiores del país. En efecto, dicho tribunal en "Doorson contra Bélgica" (que puede leerse en el Bulletin de Jurisprudence constitutionnelle fascículo 1 del año 1996, página 140 o en la Revista de Investigaciones editada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la CSJN) examinó si se compatibilizaba la realización de un juicio justo con la negativa del tribunal de convocar a juicio a seis testigos anónimos que habían declarado ante la autoridad policial y si era dable fundar un veredicto condenatorio en esos testimonios y, en cuanto aquí nos interesa, en el testimonio de un testigo que había declarado ante la autoridad policial y que luego no había podido ser hallado y, por tanto, tampoco interrogado por la defensa. En la oportunidad, el Tribunal Europeo dijo que "...Si bien fue claramente preferible que el requirente asistiera al interrogatorio de los testigos, la Corte Europea entiende que la Corte de Apelaciones pudo estimar que los intereses del requirente (esto es del condenado) eran menos importantes que garantizar la seguridad de los testigos. La existencia de un proceso justo fue satisfecha en este aspecto." Y añadió, en cuanto al testigo que sólo había declarado en policía y que no había podido ser ubicado, que "la Corte estima que le era permitido a la Corte de Apelaciones tomar en cuenta la declaración obtenida por la policía que, por lo demás, está corroborada por otras pruebas recogidas por aquélla. Luego no ha habido violación del artículo 6.1. combinado con el Artículo 6.3. del Convenio Europeo de Derechos Humanos". La declaración vertida en sede policial por el testigo de cuyo testimonio se valió al tribunal belga para condenar, cabe aclarar





que no había sido ordenada, o a lo menos concretada, su ratificación en sede judicial.

Asimismo, en otro antecedente, "Isgró contra Italia", de fecha 19 de febrero de 1991, y también respecto de un testigo que había declarado sin la presencia de la defensa ante la policía, y que cuando ésta lo propuso no había podido ser hallado, el Tribunal Europeo subrayó que durante el proceso el abogado del requirente esto es de Isgró, que había sido condenado había podido cumplir su tarea en conocimiento no sólo de las declaraciones sino también de la identidad del testigo, pudiendo contestar la exactitud de las primeras y la credibilidad de la segunda, avalándose de tal modo la valoración en la condena de sus expresiones, condena que, señaló la Corte, además hallaba sustento también en otras, señalándose el testimonio de la esposa del requirente.

La idea que se ha venido anticipando, de que la doctrina del Tribunal Europeo no es, cuando menos, tan contundente como se dice en "Abasto" en la solución de conflictos como los planteados en esa causa, lo muestra un fallo de la sala I del Tribunal Constitucional de España, que ha dicho que: "es doctrina reiterada del Tribunal la Corte que la prueba testifical constituye uno de los actos probatorios que los jueces penales pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia; y, asimismo que la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral..." (sentencia del 15 de julio de 1997; en la que se citan varios fallos en tal sentido, entre ellos Isgró). El resumen de este fallo puede leerse en la revista "investigaciones", fascículo 1



del año 1999, editada por la secretaría de investigación de derecho comparado de la corte suprema de justicia de la nación.

Como se observa, pues, ni los antecedentes jurisprudenciales del tribunal europeo citados en "abasto" se relacionan adecuadamente con el problema que allí debía decidirse sino que, además, tampoco las ideas de ese alto tribunal contenidas en los que hemos analizados pueden considerarse que respaldan homogénea y contundentemente la solución prolijada por nuestra casación (en punto al carácter dirimente de la prueba); mucho menos concuerdan con las de otros tribunales que lisa y llanamente vedan la incorporación a juicio de los testimonios producidos sin contradicción por virtud de las razones apuntadas en el Artículo 391, inc. 3 de la ley procesal, al margen siempre de ser o no dirimientes (por otro parte, no podemos dejar de señalar que el carácter dirimente o no de la prueba, que se invoca en "Abasto" es, anticipamos, cuestión cuya valoración se debe marginar en ese momento, porque obvio es que el tribunal no puede llegar a esa conclusión al momento clave de tener que decidir la incorporación). Ya se ha anticipado que no se comparte la solución dada al conflicto en "abasto" y que por tanto, se pueden incorporar tales testimonios por lectura, sin perjuicio de su eficacia probatoria en cada caso en concreto para fundar un pronunciamiento condenatorio (vista la influencia que la ausencia de contradicción y, fundamentalmente, de inmediatez puede aparear en su valoración por los jueces; recuérdese el ejemplo del testimonio único que se enfrenta al del imputado que niega su participación en el hecho delictivo y que puede tornar de aplicación puntual la regla testis unus, testis nullus). Se añade ahora que, al así hacerlo, no se viola ni la convención ni el pacto antes citados.



Pero dejamos a salvo que tales testimonios de la instrucción, para ese modo excepcional de introducción y ulterior meritación, presuponen su producción en aquella etapa, con estricta sujeción a las prescripciones de ley, según lo marca expresamente el Artículo 391 de la ley procesal. Esto lo aclaramos porque la prueba testimonial no siempre es ab initio repetible, y el propio legislador la ha considerado irrepetible expresamente en el Artículo 200 de la ley procesal, razón por la cual, en determinadas hipótesis allí previstas, el testimonio debe ser rendido en presencia de todas las partes previamente convocadas en legal forma y si ello no ocurrió la declaración será inválida. Esta situación suele suceder con mucha frecuencia en el caso de que las víctimas, por ejemplo, sean turistas o personas de avanzada edad, casos en los cuales rigen aquellas formalidades de excepción.

Sentado ello, se sostiene que tanto el Artículo 8 de la Convención como el Artículo 14 del Pacto antes referidos, no constituyen derechos absolutos del imputado. La corte suprema de justicia de la nación ha dicho en numerosas oportunidades que los derechos civiles, políticos y sociales consagrados por la constitución nacional deben compatibilizarse con los que corresponde reconocer a la comunidad y que "deben ejercerse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que si no son irrazonables ni adolecen de iniquidad manifiesta no pueden ser impugnadas exitosamente como inconstitucionales" (causa Fernández, La Ley 1993-A-546).

También ha dicho, respecto del derecho de defensa en juicio que tampoco éste es absoluto y que está sujeto a las reglamentaciones necesarias, de modo de hacerlo compatible con el interés social de obtener una justicia eficaz (Fallos 212-447, entre otros).

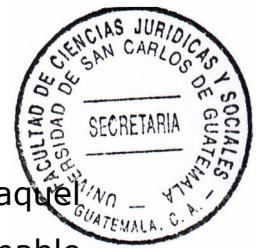


Puntualmente, también en doctrina europea, en interpretación de convenio europeo de derechos humanos, se ha dicho que "el derecho de interrogar o de hacer interrogar a un testigo consagrado en el Art. 6.3.d. no es absoluto, sino sólo un aspecto particular del imperativo general de equidad del Art. 6.1." (Renucci, Jean-Francois, "Les temoins anonymes et la convention européenne des droits de l'homme, en "revue penitenciaire et de droit penal", París, n 1-2, p. 3/13, año 1998).

Y por otra parte, igualmente se debe señalar que la misma Convención Americana de los Derechos Humanos establece en su Artículo 32 que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común".

Esa carencia de absolutismo que se reitera con otras palabras en otros Pactos de los incluídos en el Artículo 75, inc. 22 deriva asimismo de textos constitucionales vigentes, preexistentes a esas convenciones. Así, el Artículo 14 de la Constitución Nacional, respecto de los derechos allí consagrados, alude a las leyes que reglamenten su ejercicio; también el Artículo 28, que indica, precisando los límites de la restricción que esa reglamentación importa, que no podrán ser alterados los principios, las garantías y los derechos reconocidos por la constitución, por las leyes que la lleven a cabo.

Acorde a este criterio, es de advertir y sostener que el Artículo 391, inc. 3 del código procesal no es sino un segmento de la reglamentación del derecho constitucional del imputado al interrogatorio del testigo y que su eficacia, entonces, debe ser apreciada conforme al principio de razonabilidad de la ley. Dicho de



otro modo, resta por ver si ese dispositivo de forma altera aquel derecho o, con mayor precisión, si la reglamentación resulta razonable a la luz la jurisprudencia de la Corte y de la propia doctrina constitucional, que ha elaborado sobre ese particular el ya aludido principio. En seguimiento de Miguel Angel Ekmedjian (tratado de derecho constitucional, t. III, 33) allí radicaré, en definitiva, la validez o invalidez de la reglamentación.

Expresada la misma cuestión desde otro ángulo, se puede decir que restaría por ver si la disposición que hace excepción a la regla de la declaración del testigo durante el debate permitiendo su substitución por la antes prestada, cuando hubiere fallecido, se hallare ausente del país, se ignore su paradero o estuviere por cualquier causa inhabilitado para declarar, obviando de tal modo la contradicción, la inmediación y la oralidad, resulta o no razonable (como reglamentación, repetimos, del ejercicio de aquel derecho). Llegado a este punto, es de recordar, con Ekmekdjian (ob.cit.), que la razonabilidad es un estándar valorativo que permite escoger una entre varias alternativas, más o menos restrictivas de los derechos, en tanto ella tenga una relación adecuada entre el fin de salud, bienestar o progreso, perseguido por la norma cuya constitucionalidad se discute y la restricción que ella impone a determinados derechos. En otras palabras, una norma reglamentaria es razonable cuando guarda adecuada proporción entre el objetivo buscado y la intensidad de la restricción empleada.

El concepto de razonabilidad es, por cuanto se observa, un concepto continente del valor justicia, como opuesto ésta a la arbitrariedad. Si se tiene todo ello pues en cuenta, y si de acuerdo al Artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los



derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, no pareciera ya de por sí que pudiera sostenerse la irrazonabilidad de esa reglamentación constitucional.

Pero a ello hay que agregar, en pos de esa razonabilidad, que la restricción del Artículo 391, inc. 3 de la ley procesal, deviene justa hasta por el propio texto constitucional, pues si bien así no lo indica el pacto de derechos civiles y políticos, la antes citada convención americana sobre derechos humanos sí aclara que el derecho del imputado al interrogatorio del testigo debe ceñirse "...a los testigos presentes en el tribunal", esto es a aquéllos que están en condiciones de ser escuchados, de modo que así no se restrinja el derecho a un proceso justo y equitativo para el acusado y que la igualdad de armas no se vea vulnerada.

Todo ello, además, se encuentra acorde con el principio de verdad real o histórica cuya reproducción impera sin absolutismos lo afirmamos en el proceso penal, a contrario de la verdad formal que permiten otros ordenamientos procesales.

El derecho por tanto al interrogatorio del testigo por el imputado no es, entonces, absoluto; y resulta razonable la limitación que, por excepción, establece el Artículo 391, inc. 3, para las hipótesis allí tratadas.

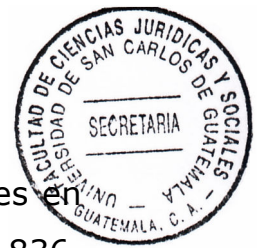
Recientemente, y con argumentos en algún caso coincidentes con los aquí expuestos, se ha pronunciado la sala III de la cámara nacional de casación penal (causa 2.251, "Fuñoli Salazar, J.D.", del 26 de noviembre de 1999), en un fallo diametralmente opuesto a "abasto".



En "Fuñoli Salazar", con prescindencia de si la prueba resultaba o no dirimente, se admitió la validez de la incorporación por lectura que el tribunal oral había concretado respecto de las declaraciones prestadas en sede policial por la víctima del delito luego fallecida y por un testigo presencial luego inhallable. Se dijo allí que resultaba perfectamente válida tal incorporación y la condena consecuente, pues aquéllas las declaraciones durante la prevención habían sido recibidas conforme a las prescripciones legales, exigencia que impone para su introducción por lectura el Artículo 391.

Se añadió, entre otros fundamentos, que la solución era acertada en virtud de los principios de verdad, de moral y de justicia que deben regir a toda sociedad civilizada, que...justifica cabalmente la existencia de la norma concebida por el legislador en el Artículo 391...toda vez que en las circunstancias establecidas resulta irrazonable conceptualizar tan imprudente estado de indefensión social y consagrar así el consecuente grado de impunidad frente al hecho fortuito del fallecimiento de la víctima y la desaparición del testigo de cargo.

Aunque desde otra óptica, la sala II de la cámara nacional de casación penal, ha prohijado un criterio bastante similar. En el caso de una niña violada y por el que venía condenado el imputado, estableció acertada la negativa del tribunal oral de no recibirle declaración de modo alguno a la menor durante el debate, para evitarle daños psicológicos. La decisión de incorporar, consecuentemente, por lectura su declaración prestada durante la instrucción vino a ser avalada expresamente por esa sala, con fundamento en la convención sobre los derechos del niño (de la que también fue receptáculo nuestra constitución merced a la reforma del año 1994), con el objetivo de evitar la "doble victimización" o la "victimización institucional" y con



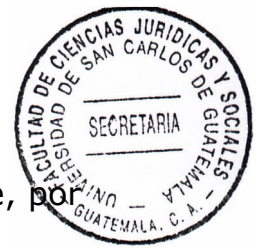
fundamento en la norma procesal cuyo examen nos ocupa, esto es en la imposibilidad de declarar de la víctima del delito (causa 1.836, "Barrera, A.", del 15 de diciembre de 1998).

Esa sala dijo que no era violatoria de la garantía de defensa en juicio la negativa del tribunal oral a llamar a prestar declaración a la menor víctima del delito de violación, sustituyendo la medida por la incorporación por lectura de sus dichos ante la instrucción, si la restricción probatoria se fundó en la opinión de expertos con base también en el Art. 391, inc. 3, del CPPN. Se señaló textualmente que "no puede alegarse válidamente que la ausencia de ese testimonio haya conculcado el derecho de defensa que le asistía a Barrera durante el debate".

Se añadió además en el fallo, en sus renglones finales, que la defensa había podido controvertir y contrastar las expresiones de la víctima al ser leída su declaración, que no había demostrado la defensa perjuicio alguno derivado de la veda a la declaración en el debate y que la fundamentación del decisorio abarcaba además otras pruebas independientes que resultaban suficientes para avalar la decisión de condena.

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, se reitera que la incorporación por lectura al debate de las declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción por el testigo luego fallecido, ausente del país, de paradero desconocido o incapaz de declarar, es perfectamente lícita para el tribunal, por tratarse de una reglamentación razonable al derecho constitucional al interrogatorio del testigo, al margen de su carácter dirimente; y que otro tema será, según cada caso en particular, el valor convictivo que pueda alcanzar





la prueba así introducida al debate y a la sentencia (esencialmente, por la ausencia de intermediación).<sup>20</sup>

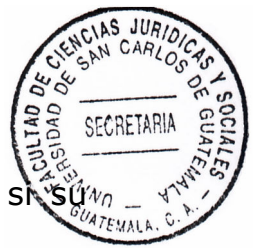
### **5.3 Bases para una propuesta de reforma**

De conformidad con lo analizado anteriormente, y tomando en consideración los resultados del trabajo de campo, es importante considerar como bases para una propuesta de reforma las siguientes:

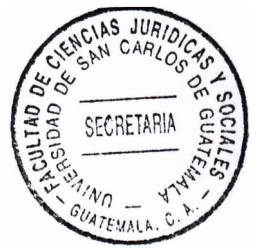
- Respecto al Artículo 317 del Código Procesal Penal, el legislador debe establecer claramente los casos de procedencia y no procedencia de la prueba anticipada que pudieren solicitar las partes y no dejarlo en la ambigüedad tal como se encuentra actualmente.
- Debe tener un carácter restrictivo el diligenciamiento de la prueba anticipada por cuanto riñe con el principio de intermediación en el caso de los jueces que al final de cuentas son los que decidirán en un fallo sobre la condena o la absolución.
- Que en el caso de la prueba anticipada, se ve conculcado el derecho de defensa y una serie de garantías constitucionales contenidas en instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos, con el caso del contradictorio, la defensa, etc.
- Con respecto al Artículo 348 del Código Procesal Penal, debe eliminarse el requerimiento o la practica de una prueba anticipada de oficio, por cuanto no corresponde a los jueces practicar pruebas que

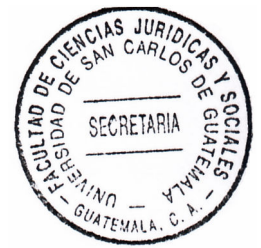
---

<sup>20</sup> Incorporación de Prueba al Debate en el Derecho Penal argentino Roberto Raúl Daray, Revista Jurídica por Internet El Dial.com.



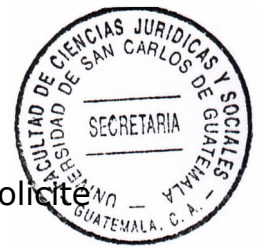
ellos consideren convenientes porque no se sabe "para que", si su papel es de arbitro.





## CONCLUSIONES

1. La prueba es el acto de probar o demostrar la veracidad de las pretensiones de las partes procesales. El papel que juega la prueba dentro de cualquier proceso, es fundamental porque de ella se va a obtener la verdad procesal y la convicción del juzgador para declarar el cometimiento o no de un acto delictivo y la responsabilidad penal de un acusado.
2. En el campo del derecho procesal penal concebido de la forma que lo está ahora, es donde más se ve reflejado el sentido y el indudable peso que tiene la llamada prueba, ya que gracias a la oralidad y a la inmediación fundamentalmente, tanto las partes como el tribunal presenciaron su práctica e incorporación, estarán atentos a lo que ella les trasmite para luego controvertir o deliberar, dependiendo si se trate de parte procesal o de juzgador.
3. Tanto el Ministerio Público, el imputado y su defensor tienen el derecho de ofrecer y pedir que se diligencien las pruebas que crean conveniente, tanto en anticipo de prueba en los momentos procesales, o bien en la etapa del juicio.
4. La prueba anticipada o anticipo de prueba, es la realización de diligencias de prueba fuera del momento procesal, tomando en consideración los requisitos que exige la ley, y puede ser solicitada



por cualquiera de las partes, aunque es común que lo solicite regularmente el Ministerio Público.

5. Por principio constitucional se le reconoce al imputado o acusado un estado de inocencia y la obligación de probar su culpabilidad reposa en el acusador y en el Estado mismo, razón por la que se le faculta indagar las circunstancias tanto acusatorias como eximentes de responsabilidad penal del imputado; y, en el momento que llegue a acusar, es importante que sostenga su acusación en base a pruebas que las presente e incorpore en el juicio, de tal forma que el tribunal y las partes puedan conocerlas y ejercer debidamente sus derechos.
  
6. En el desarrollo de las diligencias de prueba anticipada fuera de la fase del juicio, ofrece dificultades y violaciones a garantías fundamentales, toda vez que no se practica en presencia de los jueces de sentencia, que son al final de cuentas, quienes dictarán su fallo final, ya sea condenatorio o bien absolutorio, así también es difícil que se pueda suscitar el contradictorio y la inmediación judicial.
  
7. Con la incorporación por su lectura de declaraciones, escritos, diligencias, etc., no se puede pretender ni siquiera afirmar que estos informes, escritos de pericias o investigaciones, sean suficientes para que estas adquieran el valor de prueba, pues como ya se estableció en su momento, ya que las pruebas deben



ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales, siendo considerados fuera de la fase concreta, estas diligencias, actos, elementos de convicción que sirven en la fase de investigación y para la fundamentación de la acusación.

8. El Artículo 317 del Código Procesal Penal en su interpretación ofrece ambigüedades que producen conflictos en la realidad objetiva, que ocasiona rechazos de los jueces para el diligenciamiento de determinada prueba, o bien carencia de legitimidad al no comparecer todas las partes y realizarse el contradictorio, razones por las que debe reestudiarse por los legisladores para adecuarlo a la realidad concreta.
  
9. El Artículo 348 del Código Procesal Penal, establece que los jueces de sentencia de oficio pueden practicar prueba anticipada cuando lo consideren conveniente, riñiendo tal precepto con el carácter de arbitro que tienen, por lo que debe eliminarse ese apartado de dicha norma.





## RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 317 del Código Procesal Penal, ya que el legislador debe establecer claramente los casos de procedencia y no procedencia de la prueba anticipada que pudieren solicitar las partes y no dejarlo en la ambigüedad tal como se encuentra actualmente.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 317 del Código Procesal Penal el cual debe tener un carácter restrictivo en el diligenciamiento de la prueba anticipada por cuanto riñe con el principio de inmediación en el caso de los jueces que al final de cuentas son los que decidirán en un fallo sobre la condena o la absolución.
3. Que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Artículo 348 del Código Procesal Penal, con relación a que debe eliminarse el requerimiento o la practica de una prueba anticipada de oficio, por cuanto no corresponde a los jueces practicar pruebas que ellos consideren convenientes porque no se sabe "para que", si su papel es de arbitro.

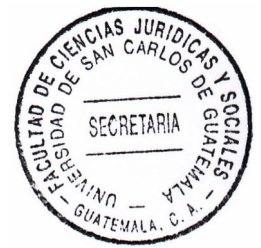






## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**, 2ª. ed., Ed. Hammurabi, S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1989.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Curso básico sobre derecho procesal guatemalteco**, Ed. Talleres e Imprenta Fotografiado Llerena, 1993.
- BARMAN, Jurgen. **Derecho procesal penal**, Conceptos fundamentales y principios procesales. Ed. Desalma, Argentina 1989.
- BERTOLINO, Pedro J. **El debido proceso penal**. Sobre el derecho al Silencio del imputado en el proceso penal. Librería Ed. Platense, S.R.L. La Plata, 1986, Argentina.
- BLINDER BARZIZZA, Alberto. **El proceso penal**. Programa para el mejoramiento de la administración de justicia. ILANUD FORCAP. San José de Costa Rica, 1991.
- BLUE MANZO, Maximiliano. **Nuevo código de procesamiento penal 2001**. Impresiones Gamagraf. Guayaquil.
- CAFFERATA NORES, José I. **Derechos individuales y proceso penal**. Ed. Marcos Lernes. Córdoba, Argentina, (s.f.).
- CASTRO, Máximo. **Curso de derecho procesal** 2ª. ed. Ed. Biblioteca Jurídica, Argentina, 1953.
- CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**: Parte general, 5ª. Ed., (s.f.).
- CEREZO MIR, José. **Teoría jurídica del delito**, curso de derecho penal español. Parte general, sexta ed., (s.f.).
- CLARÍA OLMEDO, Jorge. **Derecho procesal penal**. t. II Ed. Ediar, S.A. Buenos Aires, Argentina, (s.f.)
- CONDE MUÑOZ, Francisco **Teoría general del delito**. Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1990.



FENECH, Miguel. **Curso elemental de derecho procesal penal**  
 Librería Bosch España 1945.

GARCÍA FALCÓN, José Manuel **Práctica procesal penal**. 2002. Etapa  
 del juicio, la audiencia de debate, la prueba y la sentencia. Ed.  
 Rodin, Quito Ecuador.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel Arroyo Gutiérrez. **Los principios del  
 sistematizado procesal penal mixto moderno**: San José de Costa Rica,  
 1991.

[http://www.poder-  
 judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2006/saenz06.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2006/saenz06.htm)

[http://www.poder-  
 judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2017/gonzal17.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2017/gonzal17.htm)

[http://www.poder-  
 judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2005/mora05.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2005/mora05.htm)

<http://www.ucaparana.com.ar/derecho/trabajos/finochietti.htm>

[http://www.comunidad.vlex.com/santacruz/reforma\\_penal\\_rsl.htm](http://www.comunidad.vlex.com/santacruz/reforma_penal_rsl.htm)

<http://www.derecho.org/comunidad/lexetiure/eldebido.htm>

[http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.68.h  
 tm](http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.68.htm)

<http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/josemartinez.doc>

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA03/houed03.htm>

<http://www.cienciaspenales.org>

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2006/saenz06.htm>

<http://www.congresopenal2003.com.ar/seccionponencias.htm>

<http://www.derechopenalonline.com>

<http://www.fiscalia.gov.com>

<http://www.ucaparana.com.ar>



<http://www.editoraplatense.com.ar/Libros/L123.htm>

<http://www.uv.es>

<http://www.wjin.net/Pubs/2512.doc>

MIER, Julio B. **Cuestiones fundamentales sobre la libertad y su situación en el proceso penal:** Análisis doctrinario y jurisprudencial. Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, Argentina, 1980.

## **LEYES CONSULTADAS**

**Constitución Política de la República.** Decretada, sancionada y promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

**Declaración Universal sobre los Derechos Humanos**

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

**Convención Americana sobre Derechos Humanos**

**Código Penal.** Congreso de la República, Decreto número 17-76, 1973.

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

**Ley orgánica del Ministerio Público.** Congreso de la República, Decreto número 40-94, 1994.

**Ley del Servicio Público de la Defensa Penal.** Congreso de la República Decreto número 129-97, 1997.