

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL
PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 388 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL,
DECRETO 51-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

JUAN ALBERTO OSORIO

GUATEMALA JULIO DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL
PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 388 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL,
DECRETO 51-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN ALBERTO OSORIO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Otto Marroquín Guerra
Vocal	Lic. Emilio Enrique Pérez
Secretario:	Lic. Milton Tereso Secaira

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Marroquín
Vocal	Lic. Juan Carlos Godínez
Secretario:	Lic. Manfredo Maldonado

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
LIC. MIGUEL ANGEL CHONAY MIRANDA
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 2 de octubre de 2010

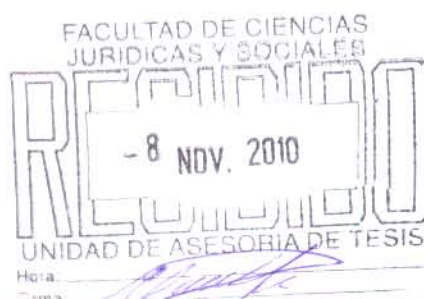
Licenciado

Carlos Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Como asesor de tesis del Bachiller Juan Alberto Osorio; del trabajo de tesis intitulado "La Inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala", deseo manifestarle que dicho trabajo contiene:

- a. Un estudio jurídico y doctrinario sobre la inconstitucionalidad del párrafo enunciado. Siendo dicho estudio de vital contenido técnico y científico, convirtiéndose en un importante aporte para el desarrollo de las corrientes actuales del derecho penal y los derechos humanos.
- b. Al ser un estudio doctrinario y jurídico, el trabajo de tesis se sustentó en el uso de los métodos y técnicas de investigación, tales como el analítico-sintético y deductivo-inductivo; como le fue recomendado.
- c. En cuanto a la redacción, se pudo establecer que la misma se encuentra acorde a un trabajo de tesis, siendo la misma fluida y versátil, realizando oportunamente las correcciones pertinentes.
- d. En el análisis del trabajo de tesis del estudiante, considero que el mismo es un aporte significativo para la depuración del proceso penal guatemalteco, en busca de la aplicación de un sistema de justicia basado en el respeto a los derechos humanos.
- e. Las conclusiones del trabajo se encuentran acordes a la hipótesis planteada, y el desarrollo de la investigación ha demostrado que las mismas son contestes con los planteamientos efectuados. Las recomendaciones tienden a solucionar los problemas



BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
LIC. MIGUEL ANGEL CHONAY MIRANDA
ABOGADO Y NOTARIO

identificados a través de las conclusiones, con formas mediatas e inmediatas para solventar la problemática planteada.

- f. La bibliografía utilizada por el ponente, se encuentra actualizada y es rica en documentación, apoyando su trabajo en sentencias; e inclusive con el uso de varios cuerpos legales de índole procesal penal de diferentes Estados, por lo que considero que el uso de la misma es suficiente para la sustentación del trabajo presentado.

He guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada; con lo cual comprueba la hipótesis planteada, alcanzando el objetivo general, así como los específicos. Le formulé las observaciones y sugerencias pertinentes, las que tomo en cuenta, en especial lo relativo al título del trabajo ya que sugerí el cambio de título de la misma por el de "Análisis Jurídico y Doctrinario de la Inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala", por ello expreso mi aceptación sobre dicho trabajo y estimo que el mismo debe de ser base de su examen público de tesis.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, sobre todo los establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe con el trámite que en derecho corresponde.

Esperando haber cumplido con la asesoría encomendada, me suscribo de usted deferentemente.


Licenciado Miguel Ángel Chonay Miranda

Abogado y Notario

Colegiado No. 7298

Lic. Miguel Ángel Chonay Miranda
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, nueve de noviembre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a) LICENCIADO (A) OTTO MARROQUÍN GUERRA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JUAN ALBERTO OSORIO, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA INCOSTITUCIONALIDAD DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 388 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO 51-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA".-

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, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

Lic. Otto Marroquín Guerra

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 18 de Noviembre del 2,010



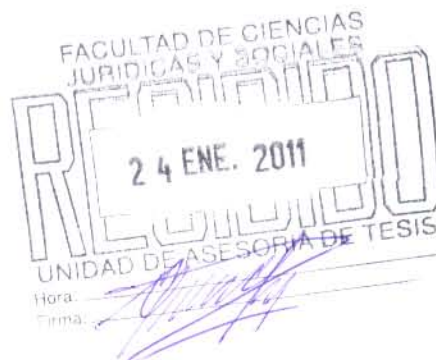
Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala.



Licenciado Castillo Lutín:

Tengo el honor de dirigirme a su persona, con el objeto de dar cumplimiento a lo ordenado en relación a mi nombramiento como revisor del trabajo de tesis del Bachiller Juan Alberto Osorio, intitulada "Análisis Jurídico y Doctrinario de la Inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala", y habiendo realizado el trabajo encomendado a usted expongo:

- 1) En el desarrollo del trabajo de revisión se discutieron en forma personal algunos aspectos relacionados con la tesis desarrollada, la cual se realizó a través de una investigación objetiva, siendo la misma de carácter técnico y científico.
- 2) Los métodos y técnicas de investigación empleados fueron aplicados adecuadamente. Se obtuvo la información necesaria para la elaboración, presentación y redacción final del trabajo de tesis.
- 3) La redacción y estilo de escritura fueron revisadas oportunamente, solicitando realizar las correcciones señaladas, las que fueron cumplidas por el estudiante.
- 4) La contribución científica del trabajo de tesis revisado, es primordialmente una búsqueda de humanización del proceso penal en Guatemala, a través de la aplicación de un proceso penal cuya base es el respeto de los derechos más elementales de toda persona que se encuentre sujeta a persecución penal.



Lic. Otto Marroquín Guerra

ABOGADO Y NOTARIO

- 5) Las conclusiones y recomendaciones dadas se encuentran estructuradas de conformidad con el contenido de la investigación llevada a cabo, estando debidamente fundamentadas en las premisas sustentadas a lo largo del trabajo.
- 6) La tesis se sustentó en una extensa bibliografía la cual se encuentra acorde al trabajo sustentado, considerando a mi juicio suficiente su aplicación.
- 7) Se estableció que el trabajo cumple con lo preceptuado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
- 8) El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esperando haber cumplido con la revisión encomendada, me suscribo de usted,
Atentamente,


Licenciado Otto Marroquín Guerra

Abogado y Notario

Colegiado No. 1516

Otto Marroquín Guerra

Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintinueve de abril del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JUAN ALBERTO OSORIO, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 388 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO 51-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS: Padre Celestial, ejemplo de amor, de humildad y compañero fiel, aferrado a ti, sé que nada es difícil. Gracias por todo lo que me has dado.
- A MI MADRE: Ejemplo de tenacidad, de lucha y de valor, este sueño que hoy se cumple, nace por tu amor de desear un futuro mejor para mí. Dios te bendiga mami, te amo.
- A MIS PADRES: Sonia y Juanito, quienes con su amor y ejemplo jamás me abandonaron en esta lucha. Ustedes son parte fundamental en esta victoria. Los amo y que Dios los bendiga.
- A MIS MENTORES: Abogados Edwin Bautista, Miguel Chonay, Aníbal Gutiérrez, Otto Marroquín (padre e hijo), Alejandro Prado, porque con sus consejos me enseñaron el valor del derecho.
- A MIS HERMANOS: Humberto, Francisco y María; para que luchen por sus sueños y no desmayen. Esfuércense por ser un orgullo para sus padres.
- A MI FAMILIA: A todos mis tíos y primos, que confiaron y creyeron en mí, en especial a mi tía Esperanza, quien supo cuidarme y darme un buen consejo en el momento oportuno y a mi tío Rolando quien me apoyo cuando siempre lo necesité.

A LA FAMILIA ESCOBAR SANTIAGO:

Por su apoyo, y por sus amables consejos para salir adelante y no desmayar; en especial a Karla, quien es parte de este logro y a doña Julieta de Escobar por tener la palabra idónea en el momento adecuado.

IN MEMORIAM:

De mi mamá Cristina, Doña Esperanza Herrarte y Don Rudy, por su innegable ejemplo, y por ser especiales en mi vida, Dios les bendiga.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por entregar a Guatemala, profesionales dignos y dedicados a construir cada día una mejor nación.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:

Por permitirme convertirme en un profesional del derecho y enseñarme a defender y creer en la justicia.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El derecho procesal penal.....	1
1.1 Generalidades del derecho procesal penal.....	1
1.2 El proceso penal en general y proceso penal en Guatemala.....	1
1.3 Garantías constitucionales y principios procesales en Guatemala.....	7
1.3.1 Principios procesales penales.....	7
1.3.2 Legalidad.....	8
1.3.3 Inmediación.....	10
1.3.4 Mediación.....	11
1.3.5 Celeridad.....	11
1.3.6 Publicidad.....	12
1.3.7 Oralidad.....	13
1.3.8 Concentración.....	14
1.3.9 Juez natural.....	15
1.3.10 Imperatividad.....	17

CAPÍTULO II

2. Fases del proceso penal en Guatemala.....	19
2.1 Fase de instrucción o preparatoria.....	20
2.2 Fase intermedia.....	22

2.3 El juicio oral.....	24
2.4 De impugnaciones.....	24
2.5 De ejecución de sentencias.....	25
2.6 El momento procesal en que se determina la calificación jurídica del delito.....	26

CAPÍTULO III

3. Análisis de la inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal Decreto 51-92 Del Congreso de la República de Guatemala.....	31
3.1 El control de la constitucionalidad de las leyes.....	31
3.1.1 Método común o difuso.....	31
3.1.2 Método especial o concentrado.....	33
3.2 Supuestos del control de la constitucionalidad.....	35
3.2.1 Primer supuesto del control de la constitucionalidad en el sistema concentrado.....	35
3.2.2 Segundo supuesto del control de la constitucionalidad en el sistema concentrado.....	36
3.3 La Inconstitucionalidad.....	38
3.3.1 Inconstitucionalidad en casos concretos.....	42
3.3.2 Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general.....	44
3.4 Fundamentos de la inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del código procesal penal.....	46

3.5 Garantías constitucionales que son violadas con la aplicación del párrafo segundo del Artículo 388 del código procesal penal.....	60
3.5.1 Garantía de defensa y del debido proceso.....	60
3.5.2 Presunción de inocencia.....	64
3.5.3 Garantía de igualdad procesal.....	65
3.5.4 El principio general del derecho: iura novit Curia y el principio penal de congruencia.....	67

CAPÍTULO IV

4. La reforma necesaria para el párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal.....	73
4.1 El derecho comparado, una solución de reforma de ley.....	73
4.2 El derecho comparado.....	80
4.3 La acusación alternativa, una solución a corto plazo.....	83
4.4 Análisis de los Artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal.....	86
4.4.1 Artículo 373 del Código Procesal Penal.....	86
4.4.2 Artículo 374 del Código Procesal Penal.....	87
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN

La justificación para desarrollar el presente estudio, es la problemática que se deriva de la falta de observancia en la aplicación de los principios procesales penales de derecho de defensa, debido proceso, presunción de inocencia, constitucionalmente garantizados, los cuales se encuentran evidenciados en el Artículo 388 párrafo segundo del Código Procesal Penal; al permitir que los Tribunales de Sentencia Penal, al dictar sentencia, tengan la facultad de cambiar la calificación jurídica del hecho sujeto del proceso penal; sobre todo las implicaciones negativas que esto conlleva al proceso penal en el país.

La definición del problema está dada, por qué aspectos deben de modificarse en el Código Procesal Penal, a efecto de que, al garantizarse la efectiva aplicación de los principios de defensa, debido proceso, presunción de inocencia, los Tribunales de Sentencia Penal, no tengan la facultad legal de modificar la calificación jurídica del delito al momento de dictar sentencia, sin un previo examen por las partes que intervienen en el proceso.

La hipótesis planteada, indica que el párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal, es inconstitucional, toda vez que viola los principios procesales penales y garantías constitucionales indicados, en virtud que dicha violación deja en total indefensión al sindicado, al permitir y sobre todo facultar a los tribunales de sentencia penal, para que puedan dar calificación jurídica distinta al ilícito penal que se juzga.

El objetivo general de la investigación, es analizar la inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal; y los objetivos específicos son: establecer que dicho cuerpo legal, debe normar de manera clara y precisa los momentos procesales en los cuales se puede otorgar la calificación jurídica a la acción sujeta a proceso penal y demostrar la necesidad de una reforma al párrafo indicado a efecto de garantizar el irrestricto cumplimiento de los principios procesales penales enunciados.

El sistema procesal penal en Guatemala, es mixto, ya que tiene elementos del sistema inquisitivo y también del sistema acusatorio, los principios procesales penales de derecho de defensa, debido proceso, presunción de inocencia, se encuentran constitucionalmente garantizados. El órgano encargado de darle calificación jurídica al ilícito penal en el proceso penal en Guatemala, es el Juzgado de Primera Instancia Penal, y en su caso, cuando así correspondiere al Juzgado de Paz Penal, estos son los supuestos que sirven de base para la realización del presente trabajo de tesis.

El trabajo se encuentra constituido por cuatro capítulos: El primero, es una breve relación de las generalidades del proceso penal, así como las garantías constitucionales y principios procesales; el segundo, desarrolla las fases del proceso penal en Guatemala; en el tercero, se analiza la inconstitucionalidad objeto del presente estudio, y en el cuarto, se abordan propuestas para reformar el párrafo denunciado de inconstitucionalidad.

En el desarrollo de la investigación se utilizó el método analítico-sintético, mismo que sirve para realizar un análisis integral del sistema jurídico guatemalteco, para lograr de una forma sintética demostrar la hipótesis planteada. También se aplicó el método deductivo-inductivo, el cual permite realizar un estudio sistemático, desde especie – género, siendo en este caso la especie la Constitución Política de la República, y la especie el Código Procesal Penal.

En el trabajo se logra establecer a través de análisis de la doctrina penal con mayor aceptación actualmente, así como con una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la inconstitucionalidad objeto del estudio, la cual confiere a los jueces de sentencia penal, facultades que en todo caso poseen legalmente, pero que necesitan para su validez un examen previo por las partes que intervinieron en el proceso penal. Cabe destacar finalmente, que del análisis doctrinario y legal efectuado se estableció fundadamente la hipótesis planteada, logrando así el propósito de la presente investigación.

CAPÍTULO I

1. El derecho procesal penal

1.1 Generalidades del derecho procesal penal

El derecho procesal penal como todas las ramas del derecho, ha evolucionado a través de la historia de la humanidad en diferentes formas, y se ha adecuado a cada una de las culturas en las que éste tuvo su acogida. El proceso penal en la actualidad, se encuentra regulado por Códigos especiales, de los cuales algunos han ejercido en los otros una influencia decisiva y hasta les han servido de modelo. En la Época Contemporánea, el modelo del proceso penal inquisitivo ha desaparecido en casi todos los países del mundo y aunque en algunos aún existen resabios del mismo, se apuesta por su total desaparición. Las funciones ya se encuentran debidamente delimitadas, a cada parte que tiene participación dentro del proceso. Existen normativas escritas, que establecen los principios, garantías, reglas y procedimientos que rigen a cada proceso penal en particular, pero esta Codificación procesal penal moderna, se debe gracias a la influencia decisiva que en el desarrollo del proceso penal actual han tenido tres Códigos fundamentales:

1. El Code D'instruction Criminelle Francés (1808),
2. El Reglamento de Procedimiento Penal Austriaco (1847)
3. El Reglamento de Procedimiento Penal Alemán (1877).

Los cuales han servido de modelo para el derecho procesal contemporáneo, y configuraron la etapa de mayor desarrollo del mismo. El derecho procesal penal, puede ser definido de manera simple como lo indica el Licenciado Alberto Herrarte: “Nosotros consideramos el Derecho Procesal Penal como una rama del Derecho Procesal que estudia las normas que regulan el proceso penal.”¹ A pesar de que la anterior definición resulta ser muy corta, a la vez es sumamente concreta, puesto que establece el tratadista, que el derecho procesal penal es una rama del derecho procesal, cuyo fin no es más que el estudio sistemático del proceso penal. Para el tratadista Eugenio Florian, el derecho procesal penal se puede definir como: “ es el conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran”² Otra definición a tomar en consideración es la que brinda Miguel Fenech, citado por el Licenciado Julio Aníbal Trejo Duque, que se refiere así: “El derecho procesal penal es la ciencia que estudia científicamente los principios y las normas que regulan el proceso penal.”³ Como se puede ver, el autor Fenech, otorga al derecho procesal penal ocupa la calidad de ciencia, es decir como una rama del conocimiento autónoma, cuyo fin se puede sintetizar en dos situaciones a saber: Los principios y las normas que regulan el proceso penal, el campo de estudio del derecho procesal penal, abarca aparte del ordenamiento jurídico, también los principios que lo inspiran. Guillermo Borja Osorno, expresa que el derecho procesal penal: “es el conjunto de los actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de una “notitia

¹ Herrarte, Alberto. **Derecho procesal penal El proceso penal guatemalteco**, pág. 34.

² Florian, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. pág.14

³ Trejo Duque, Julio Aníbal. **Derecho procesal penal**. pág. 2.

criminis”, o acerca de la existencia de las condiciones requeridas para la represión de un delito o a la modificación de las relaciones jurídicas penales preexistentes.”⁴

A tenor de las anteriores definiciones, me atrevo a formular que el derecho procesal penal es aquella disciplina jurídica encargada de proveer de conocimientos teóricos, prácticos y técnicos necesarios para comprender y aplicar las normas procesales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un proceso penal. Como toda disciplina jurídica el derecho procesal penal, cuenta con un campo de estudio bien definido, que constituye su objeto, en específico para el derecho procesal penal, el objeto de estudio radica en la averiguación y esclarecimiento del hecho denunciado o de cualquier acto que reviste características de hecho delictivo, mediante la intervención de un juez que busca 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. La existencia del derecho procesal penal, está encaminada a alcanzar determinados fines, que están orientados a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito o falta, 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, o en su caso archivando el proceso cuando no se pruebe su responsabilidad durante la investigación.

⁴Borja Osorno, Guillermo. **Derecho procesal penal**. pág. 23.

1.2. El proceso penal en general y el proceso penal en Guatemala

El origen del proceso se remonta a la voz *procedere*, que significa poner en actividad. Antiguamente se le llamaba juicio; hoy en día sólo existen la litis y el proceso, donde el proceso son las distintas fases o etapas de un acontecimiento, es un conjunto de autos y actuaciones. Secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Serie ordenada de actos preestablecidos por la Ley y cumplidos por el órgano jurisdiccional, que se inician luego de producirse un hecho delictuoso y terminan con una resolución final.

En el proceso penal se denuncia la comisión de un delito, luego se actúan todas las pruebas pertinentes para que el órgano jurisdiccional resuelva la situación jurídica del procesado, archivando el proceso, absolviendo al procesado o condenándolo. Producido el delito se acude al Estado en demanda de protección, y aquélla se ejerce por medio de la querrela o de la denuncia. Desde este momento hasta que se pronuncia sentencia, se desarrolla una serie de actos de procedimientos una serie de actos de procedimientos esencialísimos, que lleva al esclarecimiento de la verdad. A este conjunto de actos se le denomina proceso.

El proceso penal tiene un objetivo que cumplir, que es una inculpación concreta y el objeto es el interés público que consiste en reparar el daño ocasionado en forma rápida y efectiva. El proceso es el medio por el cual las personas haciendo uso del derecho de acción recurren al órgano jurisdiccional, para que el Estado prevea mediante una serie de etapas la veracidad o negación de lo que la persona indica, debe de ser concediéndole su pretensión o bien negándosela. Por lo tanto, el proceso es un instrumento que usa el órgano jurisdiccional, para comprobar quién posee la razón y determinar lo que se le debe dar a cada quién. La palabra proceso deriva del latín procesos, que significa progresión, por las etapas sucesivas de las cuales consta. Y la palabra procedimiento, tiene su origen en el latín procedo, de pro, que significa adelante y caso, retirarse, moverse, entonces de acuerdo a su raíz etimológica significa ir adelante o adelantar.

Así, son ambas palabras diferentes desde el punto de vista gramatical y desde el punto de vista jurídico, también son autónomas. El procedimiento es la forma, el método empleado para que el proceso pueda llevarse a cabo, por tanto el procedimiento es un concepto general que envuelve dentro de sí al concepto de proceso y éste a su vez al concepto de juicio. Para José Hernández Acero, el proceso es el conjunto de actividades procedimentales realizadas por el juez y las partes, en forma lógica y ordenada, para dejar el negocio en condiciones para que el propio juez pueda resolver la pretensión punitiva estatal apuntada por el Ministerio Público, en el ejercicio de la acción punitiva estatal, apuntada por el Ministerio Público, en el ejercicio de la acción procesal penal y precisado posteriormente en sus conclusiones acusatorias. Y por su

parte, Manuel Rivera Silva, establece que el proceso es el conjunto de actividades debidamente reglamentadas, en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea. El procedimiento penal está caracterizado por los actos, formas, formalidades y solemnidades desarrolladas por quien en él intervienen, siendo necesarias una serie de actividades procesales que se manifestarán a través de los actos que, a iniciativa de las partes, provoquen la resolución del órgano jurisdiccional.

La legislación guatemalteca, al referirse al procedimiento penal, comprende la especial tramitación de todos los actos y formas que deben darse a partir del instante en que el Ministerio Público toma conocimiento del delito hasta el periodo procedimental en que se dicta sentencia, y en cuanto al proceso se inicia hasta el momento en que el órgano jurisdiccional dicta un auto de formal prisión o sujeción a proceso en contra del presunto responsable de un delito, al cual se le denomina procesado, y el juicio se inicia en el momento en que el Ministerio Público rinde dentro del proceso sus conclusiones. Así, el procedimiento es el todo y dentro de éste se presenta el proceso y el juicio. De lo anterior, se advierte que se puede dar el procedimiento sin que ello implique el nacimiento del proceso, aunque el último no tendría vida sin aquél. Como conclusión se puede decir que, aunque el sistema procesal, está inspirado en los principios del sistema acusatorio, puesto que en la norma sustantiva se puede inferir este extremo, en la realidad y en la práctica forense el sistema guatemalteco es aún mixto, a pesar que han existido, importantes e interesantes avances en cuanto a las leyes encaminadas a lograr la instauración del sistema acusatorio, lo es cierto también, que los resabios

existentes y persistentes del sistema inquisitivo, están aún arraigados y bien marcados dentro del sistema procesal penal guatemalteco. Por lo tanto, a manera de conclusión con temor a equivocaciones, se puede decir que el sistema procesal es de corte mixto, aunque está inspirado en el sistema acusatorio.

1.3 Garantías constitucionales y principios procesales penales en Guatemala

1.3.1 Principios procesales penales

Los principios del proceso penal, surgen como una garantía para que el proceso en sí se realice de manera justa y con la aplicación debida del derecho, donde las normas que deberán ser aplicadas por el juez tienen carácter principal, ya que éstas son las bases de las que deberá guiarse el juez para la realización del proceso. Los principios además de ser garantías son los fundamentos del proceso, ya que denotan las reglas del juego del proceso en sí. De no acatar estas reglas, el proceso no habrá sido llevado de manera justa por lo que no se han asegurado los derechos y garantías del procesado a un juicio justo. Según el tratadista Alcalá Zamora y Castillo, los principios son muy distintos y con frecuencia opuestos entre sí, imprimen o reflejan el contenido político del proceso y de su combinación surgen los diversos sistemas de enjuiciamiento penal. En suma, se puede afirmar, que los principios procesales penales, son las líneas o directrices que orientan y dirigen a las partes y al juez en un proceso penal, y que posibilitan el respeto de los derechos y garantías procesales emanados de la Constitución, puesto que el valor fundamental del Estado de derecho es la prevalencia de la justicia como uno de los valores supremos en que se

fundamenta su existencia. Aunque no existe una posición unánime en cuanto a los principios procesales que deben de regir el proceso penal, a continuación se describen los que configuran el proceso penal guatemalteco. Se omitió mencionar en este capítulo los principios de defensa, debido proceso e igualdad procesal y presunción de inocencia, los que se exponen más adelante.

1.3.2 Legalidad

Para Florian, citado por la Licenciada Gladis Yolanda Albeño Ovando⁵, expresa claramente que el principio de legalidad en materia penal esta evidenciado en dos máximas: *Nulla Poena sine iudicio*, que quiere decir que nadie puede ser sometido a una pena sino después de un juicio legítimo, esto refiere al hecho de que la ley no puede aplicarse sino siguiendo las formas preestablecidas en ella misma, es decir solo se puede condenar a alguien mediante un juicio regular y legal, el Estado no puede hacer uso de derecho de represión y castigo, más allá de los niveles que establece la ley en la forma procesal y los órganos jurisdiccionales, creados a través de la norma penal, la otra máxima se define: *Nemo iudex sine lege*, esta máxima, indica que la persona llamada a aplicar la ley penal no puede ser cualquier persona, sino únicamente por los órganos y magistrados instruidos y creados por la ley para ese fin, es decir solo aquéllos creados para ejercer jurisdicción en materia judicial por la Carta Magna. Bajo esta premisa, se puede decir que el principio de legalidad en el derecho procesal penal

⁵ Albeño Ovando, Gladis Yolanda. **Derecho procesal penal, implantación del juicio oral al proceso penal guatemalteco**. pág. 14.

constituye el marco dentro del cual debe desenvolverse el proceso penal, empero es necesario una descripción taxativa de los pasos a seguir por el juez, no invalidando su facultad discrecional, es decir que la sustentación del proceso debe realizarse observando la legislación procesal, en otras palabras, el principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley.

El principio de legalidad penal, garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

El principio de legalidad en materia procesal penal, tiene su fundamento en la Carta Magna guatemalteca que consagra el principio de legalidad en diferentes Artículos, como por ejemplo, lo que preceptúa el Artículo 17 que establece: “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penados por ley anterior a su perpetración”, principio que se ve reforzado, para el efecto establecido en el Artículo 1 del Código Procesal Penal: “No hay pena sin ley” y en el Artículo 2: “No hay proceso sin ley”, Artículos que enmarcan los postulados propuestos por Florian, previamente investigados, y que se pueden resumir así. No puede imponerse pena alguna, si ésta no estuviera fijada con anterioridad como tal, es decir toda pena impuesta sin estar establecida en el marco

jurídico vigente, es nula de pleno derecho, en el caso de la segunda máxima, se puede establecer que, no puede iniciarse proceso penal alguno sino por faltas y delitos ya establecidos en la ley y ante órganos jurisdiccionales creados por la misma, sin la existencia de estos dos presupuestos todo lo actuado es *nullum ipso jure*, y da como resultado la deducción de responsabilidades en contra de aquéllos que actúen contrario a la ley.

1.3.3 Inmediación

Por este principio, el juez toma contacto permanente con el proceso con la obligación de no abandonarlo ni dejarlo librado a su suerte. Los actos deben ser realizados por el juez sin que pueda delegar su función a terceras personas, por más competentes que sean, porque ha de ser el mismo juez que conozca de la causa el que debe llevar a cabo los actos procesales, los que son importantes y que permiten que se realicen a la brevedad posible. El juez no debe perder contacto con el acto procesal, pues tiene que entender que el proceso penal, es una sanción de actos procesales que conducen a establecer la certeza la que se encuentra reflejada en la sentencia. Inmediación es referente a la relación entre el juez y el objeto procesal, significa que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del juez encargado de pronunciar la sentencia. Si la sentencia se forma exclusivamente sobre el material probatorio, formado bajo su directa intervención en el juicio oral. La inmediación, se ve reflejada en el proceso penal taxativamente como lo establece el Artículo 354 del Código Procesal Penal: “Inmediación. El debate se realizara con la presencia

ininterrumpida de los jueces llamados a dictar la sentencia, del Ministerio Público, del acusado, del defensor y de las demás partes o sus mandatarios.” El Artículo citado se encuentra incluido en el capítulo del citado cuerpo legal, dentro del capítulo que menciona acerca de los principios fundamentales que se aplicarán en el debate, que el proceso penal actual, es la fase medular del mismo, por ser el mismo de corte acusatorio.

1.3.4 Mediación

Este principio se contrapone al principio de inmediación, en el sentido de que éste prevalece principalmente en los procesos penales inspirados en la forma escrita, en los cuales la presencia y participación de los jueces, no es en forma directa con las partes y los elementos de prueba, sino a través de un intermediario que se encarga de recibir los elementos de prueba, en el caso del ordenamiento jurídico procesal penal el Ministerio Público. En el proceso penal guatemalteco, este principio tiene cabida en la primera fase del mismo, cuando el Ministerio Público se encarga de recabar y recibir los medios de investigación, pertinentes a efecto de estar en capacidad de solicitar la apertura a juicio, el sobreseimiento o el archivo provisional del proceso en su caso.

1.3.5 Celeridad

Tal y como lo manifiesta la licenciada Albeño Ovando, quien manifiesta que: “Es el principio que da dinamismo al Proceso Penal, para garantizar los derechos inherentes

al ser humano.”⁶ El proceso penal anterior contenido en el Decreto 52-73, que contenía el Código Procesal Penal derogado, no establecía plazos para la duración del proceso o de sus fases en particular, sin embargo el Código Procesal Penal vigente, Decreto 51-92 del Congreso de la República, establece de forma taxativa, la duración máxima de cada fase del proceso, las que se encuentran debidamente individualizadas, logrando de esta manera que el actual proceso penal sea más rápido, con plazos y reglas claras, lo que favorece la aplicación del principio de celeridad en el proceso penal.

1.3.6 Publicidad

El principio de publicidad, indica que actualmente todas las partes que intervienen en un proceso penal tienen el derecho de conocer de todas las actuaciones que sucedan en el mismo sin limitación alguna, inclusive, la posibilidad de que la población en general pueda participar de ciertas audiencias que se consideran públicas por el Código Procesal Penal. A pesar de que existen ciertas diligencias y actos procesales reservados para las partes del proceso, el principio de publicidad ayuda a transparentar la administración de justicia frente a los particulares, y fomentar la confianza en la justicia procesal penal. En cuanto a la base legal de este principio, se refiere a lo establecido en el Artículo 356 del Código Procesal Penal: “Publicidad. El debate será público, pero el tribunal podrá resolver, aun de oficio, que se efectúe total o parcialmente, a puertas cerradas...”, este principio, también se encuentra contenido dentro de los principios fundamentales, para la celebración del debate, aunque como lo menciona el citado Artículo, existen ciertos casos en que el mismo se puede llevar a

⁶ Albeño Ovando, Gladis Yolanda Ob. Cit. Pág. 19

puerta cerrada, el principio de publicidad tiende aplicarse de manera constante durante la celebración de todos los debates que se realizan en la administración de justicia penal.. En cuanto a este principio, se manifiesta el Licenciado Hurtarte en la forma siguiente: “La publicidad se basa en la necesidad política de que el pueblo, a cuyo nombre se imparte justicia, esté debidamente informado. Es también una garantía para el procesado. La publicidad tiene como límites la moralidad y las buenas costumbres y de ahí que haya ciertas formas de publicidad relativa....”⁷

1.3.7 Oralidad

Para el autor de derecho, Florian citado por Alberto Herrarte, considera que la oralidad no es un principio sino más bien una forma secundaria del proceso. Manifiesta el autor que: “Por la oralidad, las decisiones judiciales se toman en virtud las pruebas rendidas y de las alegaciones pronunciadas oralmente...”⁸, a este respecto cabe mencionar, que la oralidad define en gran medida el sistema procesal penal que se aplica en determinado ordenamiento jurídico, manifiesta el licenciado Herrarte: “Como ya lo expresamos el proceso acusatorio es generalmente oral, en tanto que el inquisitivo es escrito, sin que forzosamente se de tal circunstancia. En el sistema mixto, la fase Inquisitoria o de investigación es escrita y la fase acusatoria o el juicio propiamente dicho es oral”⁹. Para la licenciada Albeño Ovando, la oralidad dentro del proceso penal, tiene su aplicación en el debate propiamente dicho, en el juicio oral, que al entrar en vigencia el actual Código Procesal Penal implantó al proceso penal guatemalteco la

⁷ Herrarte, Alberto Ob. Cit. pag. 49.

⁸ *Ibíd.* pág. 48.

⁹ *Ibíd.* pág. 49.

oralidad a través del juicio oral o fase del debate. El Artículo 362 del Código Procesal Penal, preceptúa: “Oralidad. El debate será oral. En esa forma se producirán las declaraciones del acusado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él. Las resoluciones del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por emisión, pero constaran en acta del debate”.

1.3.8 Concentración

Este principio se refiere a que el proceso penal, y más específicamente en el juicio oral, el mismo debe de resolverse sin interrupciones y a la mayor brevedad posible después de su inicio el mismo debe de ser concluido, a este aspecto cabe mencionar lo que establece el Licenciado José Mynor Par Usen, con respecto al principio de concentración: “La inmediación exige también una aproximación temporal entre la recepción de la prueba y el pronunciamiento jurisdiccional que se basa en ella. Por eso, los beneficios del principio se aseguran mediante la regla de que el debate debe realizarse durante todas las audiencias consecutivas que sean necesarias hasta su terminación.¹⁰” Es decir, que el principio de concentración tiene su mayor manifestación precisamente en el juicio oral, cuando se indica que el debate debe de realizarse en una sola audiencia debiendo efectuar y reunir toda la cantidad posible de actos procesales hasta finalizar el mismo, y si esta situación no es posible, el debate debe de celebrarse en tantas audiencias como sean necesarias, siempre y cuando éstas se realicen en forma continua y secuencial. El principio de concentración también se

¹⁰ Par Usen, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco.** p. 106.

manifiesta en el hecho de que el debate se desarrolle en un solo lugar, salvo que las circunstancias probatorias necesiten del traslado del lugar de celebración del mismo, el principio de concentración, es de gran ayuda para los jueces llamados a dictar sentencia y las partes que intervienen en el debate, puesto que les permite mantener una relación histórica de todo lo que se produce en el desenvolvimiento del juicio oral, brindando a los jueces la facultad de dictar el fallo, inmediatamente después de haberse producido la prueba en el desarrollo del debate. El principio de concentración, encuentra su mayor representación dentro del Código Procesal Penal, en el Artículo 360 que establece: “Continuidad y Suspensión. El debate continuara durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión...”, situación que también se manifiesta en el Artículo 353 del mismo cuerpo legal que preceptúa la posibilidad de la división del debate único, pero con las reservas que en el mismo se hace, puesto que el principio general es que el debate debe de realizarse en el menor tiempo posible, siendo lo más importante que el mismo se desarrolle en una sola audiencia o en el menor número posible de audiencias.

1.3.9 Juez natural

El principio del juez natural, establece que solo un juez ha sido debidamente nombrado por la forma prevista por la Constitución Política de la República y las leyes adjetivas penales del país, está facultado para resolver un proceso penal; empero está prohibido ejercer función jurisdiccional si no tiene competencia emanada de la Ley, para conocer de procesos penales. En lo que respecta a la presunta afectación del principio del juez natural o juez predeterminado por ley, el derecho invocado comporta dos exigencias.

En primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc. El principio de juez natural, encuentra su principal fundamento en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece que nadie puede ser juzgado sino es por juez o Tribunal competente y preestablecido, lo que quiere decir que para la existencia de un proceso judicial legal, debe de existir primero un juez o tribunal nombrado y llamado para administrar justicia. Así mismo, en materia procesal penal el Código Procesal Penal, en el Artículo 7, establece: “Independencia e imparcialidad. El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, sólo sometidos a la Constitución y a la ley. La ejecución penal estará a cargo de los jueces de ejecución. Por ningún motivo las restantes autoridades del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de causas pendientes o la reapertura de las ya terminadas por decisión firme. Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa.” Así mismo, establece lo relativo a la jurisdicción penal y el establecimiento de los jueces especiales para administrar justicia penal, en el Artículo 37 establece:

“Jurisdicción Penal. Corresponde a la jurisdicción penal el conocimiento de los delitos y las faltas. Los tribunales tienen la potestad pública, con exclusividad, para conocer los procesos penales, decidirlos y ejecutar sus resoluciones.” En resumen, el principio de juez natural establece que para el diligenciamiento de todo proceso, en el presente caso, del proceso penal debe ser llevado a cabo por jueces preestablecidos y nombrados por la ley, desde el principio hasta finalizar el mismo, de lo contrario todo lo actuado deviene ilegal. Así mismo, se debe establecer que el juez o Tribunal encargado del proceso penal, cuenta con la competencia necesaria para diligenciar el mismo. La ley sustantiva establece las normas, requisitos, formalidades y procesos necesarios para el nombramiento de los jueces llamados para administrar justicia.

1.3.10 Imperatividad

En el principio del Código Procesal Penal, se establece lo relativo al principio de imperatividad que literalmente establece en el Artículo tres: “Imperatividad. Los tribunales y los sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni las de sus diligencias o incidencias.” Bajo este principio, se puede entender entonces que la ley adjetiva penal, establece taxativamente que ni los tribunales, lo que se debe entender como los órganos jurisdiccionales que intervienen en los procesos penales, conforme su competencia, además de todas las partes que hubieren sido admitidas o que de una u otra forma, por razón de su naturaleza tuvieron participación dentro del proceso, bajo ningún concepto, o en ninguna forma podrán variar los plazos, forma y modo en la cual se desarrolla el proceso penal. Es decir, que deberán ceñir y sujetar su

actuación estrictamente para procedimiento penal, según a lo establecido en el Código Procesal Penal.

CAPÍTULO II

2 Fases del proceso penal en Guatemala

El proceso penal en Guatemala, consta de cinco fases que se encuentran debidamente identificadas en el Código Procesal Penal vigente, a este respecto el Licenciado Par Usen, establece que: “para que se inicie un proceso penal contra alguna persona debe llegar el conocimiento de la <noticia críminis>, al órgano encargado de la persecución penal, o excepcionalmente al Tribunal. Esto motiva que inmediatamente se inicie el proceso penal, ya sea a través de una denuncia, querrela, conocimiento de oficio, o bien, una prevención policial, y simultáneamente se activa el órgano jurisdiccional, a quién corresponde controlar esa actividad investigativa”¹¹. El licenciado Par Usen, cita al tratadista mexicano José Ovalle Favsla, que establece: “Previamente conviene decir que las etapas procesales, son las fases en que se agrupan los actos y hechos procesales a través de los cuales se concreta y desenvuelve el proceso, de acuerdo con su finalidad inmediata.”¹² Finalmente, concluye el licenciado Par Usen que: “ Por lo tanto, debe quedar claro que las fases procesales en que el Código divide el proceso penal, son formas lógicas de procedimiento penal, en la que se desenvuelve el proceso conforme a las reglas preestablecidas por la propia ley”.¹³ Aunque en teoría el proceso penal guatemalteco es del tipo acusatorio, la práctica lo acerca más al tipo mixto, puesto que en la primera fase la mayoría de actos procesales se llevan de forma escrita, mientras que a partir de la fase intermedia los actos procesales se llevan en

¹¹ Par Usen, José Mynor. Ob. Cit., pág. 149

¹² *Ibíd.* Pág. 205

¹³ *Ibíd.*, pág. 205

forma oral, razón por la cual se considera que el sistema procesal penal guatemalteco, es de corte mixto. Cabe aclarar, que aparte del procedimiento común el Código Procesal contempla otros procesos que en el presente caso, solo se mencionan: El procedimiento abreviado, el procedimiento especial de averiguación, el procedimiento del juicio por delito de acción privada, el juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y de corrección, y el juicio de faltas, que tienen procedimiento y formas específicas, así como requisitos previos que cumplir para su aplicación. El Código Procesal Penal vigente, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, dio vigencia el juicio oral en el país, y además una nueva estructura para un proceso penal, que pretendía mayor agilidad en el juzgamiento de los delitos, desde la etapa de investigación hasta el momento de dictar sentencia, a través del establecimiento de plazos perentorios e improrrogables (salvo casos extremos y justificables), en cada una de las fases que lo componen, aunque en la práctica estas reglas son escasamente aplicadas por los jueces penales, retardando la aplicación del proceso penal. En cuanto al procedimiento común, cabe mencionar nuevamente que consta de cinco fases, las que se describen a continuación:

2.1 Fase de instrucción o preparatoria

El tratadista Florián, citado por la licenciada Albeño Ovando, informa que: “Instrucción Penal. Constituye la primera fase del procedimiento criminal y tiene por objeto recoger el material para determinar, por lo menos aproximadamente, si el hecho delictivo se ha

cometido y quien sea su autor y cual su culpabilidad”¹⁴. La primera fase del proceso penal guatemalteco, está constituido por la investigación previa que hace el Ministerio Público y que es controlada por los jueces de primera instancia. La fase preparatoria, inicia con el conocimiento de la comisión de un hecho que se puede considerar como delito, y los actos que en ella se dan, son eminentemente investigativos llevados a cabo por el Ministerio Público. En esta fase, el ente investigador tiene como función, preparar y construir la prueba, que permitan tener la certeza de la comisión de un delito y la participación del imputado en sus diferentes formas, esto, con el fin de plantear una posible acusación y petición de apertura a juicio. En esta fase se manifiesta grandemente el principio de igualdad procesal, en detrimento del contradictorio, puesto que tanto el ente investigador, el Ministerio Público, como la defensa del imputado tienen la posibilidad de presentar y producir prueba, solicitar diligencias y en sí oponerse a cualquier pretensión de una u otra parte. Como lo manifiesta el licenciado Par Usen: “En síntesis se debe reiterar que la fase preparatoria comprende el conjunto de actividades tendientes a desarrollar la investigación, para luego formular la acusación y la petición de apertura del juicio penal contra el acusado. Esta fase comprende desde una simple información hasta una prueba anticipada, según lo amerite el caso, y, por mandato legal, corresponde desarrollarla al Ministerio Público en quien el Estado delega la facultad de ejercer la persecución penal en los delitos de acción pública”¹⁵.

¹⁴ Albeño Ovando, Gladis Yolanda Ob. Cit. Pág. 97.

¹⁵ Par Usen, José Mynor. Ob. Cit. Pág. 208.

La base legal del procedimiento preparatorio, está contenida en el Artículo 309 del Código Procesal Penal de Guatemala. 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, aún cuando no se haya ejercido la acción civil. Sin embargo, el desarrollo del mismo y sus incidencias están contenidos en los Artículos del 309 al 323 todos del Código Procesal Penal.

2.2 Fase intermedia

La fase intermedia, da inicio inmediatamente después de concluida la etapa investigativa, llevada a cabo por el Ministerio Público. Según lo manifiesta el Licenciado Par Usen: “la fase intermedia, como su nombre lo indica, es una fase procedimental situada entre la investigación y el juicio oral, cuya función principal consiste en determinar si concurren los presupuestos procesales que ameritan la apertura del juicio penal: se caracteriza por ser un tanto breve, ya que es un momento procesal en el que el juez de primera instancia; contralor de la investigación, califica los hechos y las evidencias en que fundamenta la acusación el Ministerio Público; luego se les comunica a las partes el resultado de la investigación, los argumentos y defensas presentadas confiriéndoles audiencia por el plazo de seis días para que manifiesten sus puntos de vista y cuestiones previas. Posteriormente, el juez determina si procede o no

la apertura a juicio penal. Se trata de que, tanto los distintos medios de investigación, como otras decisiones tomadas durante la investigación preliminar, que fundamentan la acusación del Ministerio Público, sean sometidas a un control formal y sustancial por parte del órgano jurisdiccional que controla la investigación¹⁶. El autor Maier, entiende que el fin que persigue el procedimiento intermedio, es el control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, que hacen mérito de la etapa preliminar. Por otra parte, la justificación política de esta etapa es la de prevenir la realización de juicios mas provocados por acusaciones con defectos formales (control formal) o insuficientemente fundadas (control material)”¹⁷.

La fase intermedia tiene su fundamento legal en el Código Procesal Penal, que establece: “Artículo 332.- Inicio. Vencido el plazo concedido para la investigación, el fiscal deberá formular la acusación y pedir la apertura del juicio. También podrá solicitar, si procediere, el sobreseimiento o la clausura a la vía especial del procedimiento abreviado cuando proceda conforme a este Código. Si no lo hubiere hecho antes, podrá requerir la aplicación de un criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal. La etapa intermedia tiene por objeto que el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo o para verificar la fundamentación de las otras solicitudes del Ministerio Público”

¹⁶ Par Usen, José Mynor, Ob. Cit. Pág. 221

¹⁷ *Ibid.* pág. 2 22

2.3 El juicio oral

El juicio oral, no es más que la parte de mayor trascendencia del proceso penal, en el medio nacional su aplicación es novedosa, puesto que se introdujo a partir de la entrada en vigencia del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene al Código Procesal Penal. En Guatemala, el juicio oral se lleva a cabo dentro del debate, en el cual como principios rectores privan entre otros, la oralidad, la inmediación, la publicidad, el contradictorio y la concentración. El debate, se desarrolla en tres momentos esenciales, la preparación, el desarrollo propio del mismo y finalmente la conclusión.

2.4 De impugnaciones

La fase de impugnaciones dentro del proceso penal guatemalteco, es aquella que tiene lugar después de que se ha materializado el juicio oral y se ha emitido el fallo final por parte del Tribunal de Sentencia. La función de esta fase, estriba en el hecho de que las partes tienen el derecho de solicitar el examen de la sentencia en forma total en alguno de sus puntos, cuando no se está de acuerdo con lo resuelto. La impugnación es el medio que las partes que intervinieron en el proceso tienen para que un tribunal superior examine aquellos errores de fondo o de forma cometidos al dictar sentencia o emitir cualquier fallo por parte de un juzgado menor, y emita una resolución más apegada a las constancias procesales. Lo resuelto por el Tribunal superior, e inclusive por el mismo juzgado que dictó la resolución recurrida puede ser una modificación, anulación o confirmación del acto recurrido. Tal como la manifiesta el autor Alberto

Herrarte, citado por la licenciada Albeño: “La justicia humana, como obra del hombre, está sujeta a errores, y para corregirlos, o al menos para procurarlos, el Derecho Procesal Penal ha establecido el derecho de impugnación, que consiste en la posibilidad de combatir las resoluciones judiciales por los medios que la ley establece¹⁸”. La impugnación como término, refiere a que es un medio de control de lo resuelto por un juzgado menor, para que sea examinado por el Tribunal superior, para que éste pueda corregir los posibles errores cometidos en la resolución recurrida. Las impugnaciones en el sistema procesal penal de Guatemala, puede clasificarse de dos formas como lo indica la licenciada Albeño Ovando: a) recursos ordinarios o de derecho común, que son aquellos que son substanciados por cualquiera de las dos instancias que forman parte del proceso penal, es decir, en primera instancia por el Juzgado de Paz, de Primera Instancia o un Tribunal de Sentencia, o en segunda instancia por las Salas de Apelaciones. b) recursos extraordinarios, que son resueltos y substanciados de manera extraordinaria por la Corte Suprema de Justicia.

2.5 De ejecución de sentencias

Es la última fase del proceso penal, su finalidad es dar cumplimiento a la sentencia definitiva del juez o tribunal competente. En Guatemala, la ejecución de las penas impuestas por el Tribunal Competente, a través de la sentencia que no esté pendiente de recurso alguno es ejecutada por el juez de ejecución, figura independiente y novedosa dentro del proceso penal guatemalteco, cuya única función es velar por la ejecución íntegra de la sentencia venida en grado. Manifiesta la licenciada Albeño

¹⁸ Albeño Ovando, Gladis Yolanda. Ob. Cit. Pág. 127.

Ovando: “El Estado en si lucha contra el crimen, ejerce el jus puniendi, a través de la ejecución de la pena impuesta, la cual surge como consecuencia obligada al quedar esclarecido el delito y la responsabilidad del inculpado. La imposición de la pena, en cuanto a su justificación filosófica, estriba en la necesidad de restablecer el orden perturbado”¹⁹.

2.6 El momento procesal en que se determina la calificación jurídica del delito

Como se indicó con anterioridad, el proceso penal en Guatemala, está dividido en cinco fases, las cuales tienen una función especial. La calificación jurídica, no es más que el acto jurisdiccional de encuadrar el hecho jurídico catalogado como delito dentro de un tipo delictivo establecido y desarrollado en la ley sustantiva penal. La calificación jurídica la decide el órgano jurisdiccional, con base a la solicitud que para el caso presenta el Ministerio Público, sin que esto sea una limitante para que la decisión final tenga que ser concorde con la petición del ente investigador, sin embargo, cabe mencionar que el derecho adjetivo penal guatemalteco, en el Código Procesal, establece momentos específicos en los cuales se puede determinar la figura delictiva sobre la cual versará el desarrollo del proceso penal. El Ministerio Público, construye o sustenta su tesis, primigeniamente de investigación y posteriormente de acusación, sobre la base del tipo delictivo en específico por el cual se está desarrollando el proceso penal, es el fundamento final sobre el cual el ente investigador desarrolla su función, buscando a través de la prueba que logre diligenciar y recabar, demostrar que su tesis acusatoria tiene sustento para considerar la culpabilidad del acusado y

¹⁹ Albeño Ovando, Gladis Yolanda, Ob. Cit., pág. 139.

consecuentemente, la obtención de una sentencia condenatoria. La defensa técnica del acusado, busca destruir la figura delictiva sobre la cual se ventila el proceso penal, recaba prueba con la finalidad de demostrar que la tesis sustentada por el ente investigador y que motivó la persecución penal, no tiene sustento legal, ya que la acción del acusado no encuadra en el tipo delictivo que dio origen al proceso penal.

El Código Procesal Penal, establece momentos específicos en los cuales se puede fijar la calificación jurídica del hecho que se investiga, tal y como lo establecen los Artículos siguientes de dicho cuerpo normativo:

1. Establece el Artículo 321, en su parte conducente: “Requisitos. El auto de procesamiento deberá contener: ...3) La calificación legal del delito, la cita de las disposiciones legales aplicables,...” El auto de procesamiento constituye dentro del proceso penal, el acto a través del cual el órgano jurisdiccional decide ligar formalmente a proceso al sindicado, dando inicio al mismo formalmente. Inmediatamente de oír al sindicado, el órgano jurisdiccional sí considera que existen indicios racionales para considerar la participación del sindicado en el hecho que se le atribuye, emite el auto de prisión preventiva o de medida sustitutiva, posteriormente y como consecuencia de lo anterior se emite el auto de procesamiento, con el cual se liga a proceso penal al sindicado fijando entre otras cosas, la calificación jurídica del hecho punible atribuido al sindicado, esta calificación viene a ser de forma provisional, puesto que la misma puede ser modificada, tal y como se establece en el Artículo 320, párrafo segundo al establecerse que el auto de procesamiento será reformable a instancia de parte o de oficio en la fase preparatoria, antes de la acusación, garantizando el derecho de

audiencia. Se establece claramente, que sólo antes de la acusación puede modificarse o reformarse el auto de procesamiento, no estableciéndose claramente cuántas oportunidades se tienen para lo mismo. Éste es el primer momento en el que se fija de forma provisional, la calificación jurídica del hecho punible.

2. En segundo término, el Artículo 332 BIS, establece, en la parte conducente: “Acusación. Con la petición de apertura a juicio se formulará la acusación, que deberá contener: ...2) La relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye y su calificación jurídica...4) La calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables.” A este respecto, cabe mencionar que en este momento no se da ninguna calificación del delito, sin embargo, el Ministerio Público, en su función investigativa, plantea su acusación solicitando al órgano jurisdiccional que considere como probable el planteamiento de la calificación jurídica del hecho punible, sobre el cual se ha de llevar a cabo el juicio oral o debate. El ente investigador en base a la investigación llevada a cabo durante la fase preparatoria, plantea una tesis acusatoria y en base a ésta califica el hecho investigado dentro de los tipos penal que están regulados en la ley sustantiva penal. Es decir, el ente investigador, califica el hecho punible, pero necesita la autorización judicial a través del auto de apertura a juicio.

3. En el caso de que el Ministerio Público, considere que a pesar que durante el debate no resultaren probados los hechos que le sirvieron para encuadrar el hecho punible dentro del tipo que plantea, puede presentar de forma accesoria, acusación alternativa,

la que se encuentra regulada en el Artículo 333, que establece: “Acusación Alternativa. El Ministerio Público, para el caso de que en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que funden su calificación jurídica principal. Podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta.” Se puede inferir que, dentro de la acusación se puede plantear alternativamente otra figura delictiva, distinta de la principal, siendo al igual que la calificación jurídica principal, únicamente una propuesta que plantea el ente investigador sujeto a examen y aprobación del órgano jurisdiccional.

4. El Artículo 342 del Código Procesal Penal, contiene el auto de apertura a juicio, que en su parte conducente establece: “Auto de Apertura. La resolución por la cual el juez decide admitir la acusación y abrir el juicio deberá contener: ... 3) La designación concreta de los hechos por los que no se abre el juicio, cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez sólo la admite parcialmente. 4) Las modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparte de la acusación.” Con el auto de apertura a juicio, finaliza la fase intermedia del proceso penal, y se decide enviar al acusado a juicio, con fundamento en la acusación presentada por el Ministerio Público, el órgano jurisdiccional puede variar sustancialmente la acusación.

5. Se indica en el Artículo 373, del citado cuerpo legal: “Ampliación de la acusación. Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modificarse la calificación legal o la

pena de miso hecho objeto del debate, o integrare la continuación delictiva...” Se desarrolla este Artículo más adelante.

CAPÍTULO III

3. Análisis de la inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala

3.1 El control de la constitucionalidad de las leyes

Antes de entrar a considerar qué es una inconstitucionalidad como tal, cabe hacer un somero análisis de los métodos o formas en que se puede ejercer el control constitucional, esto, es en función de entender de forma más clara el método que se aplica en Guatemala para la vigilancia de la constitucionalidad de las leyes. Existen dos formas conocidas, que a través de la historia, se han desarrollado con más o menos cierto grado de aplicación uniforme en varios países. A continuación, se detallan esos métodos de control constitucional:

3.1.1 Método común o difuso

En los Estados Unidos de América, en el año 1803, en la sentencia dictada en el caso Marbury vs. Madison, la competencia de la justicia para velar por la constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales, estableció la idea de la Constitución como Ley Suprema de la Nación; el juez que conoció de dicho caso y dictó la sentencia del mismo, expresó: Si los Tribunales deben respetar la Constitución y ésta es superior a cualquier acto ordinario del Poder Legislativo, la Constitución y no las normas legislativas, debe regular un caso en litigio en el que estas dos normas podrían ser

aplicables y así mismo se arriba a la siguiente conclusión: ciertamente, cuando se han establecido Constituciones escritas las consideran como formando la Ley Suprema de la Nación y, en consecuencia, la teoría de un Gobierno así establecido debe ser que un acto de la Legislatura contrario a la constitución es nulo. A partir del caso *Marbury vrs. Madison*, quedó consagrado junto con el principio de la supremacía constitucional, el reconocimiento de la facultad de los jueces comunes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de otros actos de los poderes políticos, esto es el sistema de garantía judicial llamado por algunos común o difuso, que no es más que el sistema que otorga la facultad al órgano judicial difuso (es decir a todos los jueces sin importar su fuero o jerarquía), para resolver las cuestiones de constitucionalidad de las disposiciones legislativas siempre que sean planteadas por las partes y aún de oficio por el juez que conozca en el asunto, en una controversia concreta. El juez se pronuncia sobre el particular en el acto de dictar sentencia y cuando declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el efecto de tal declaración se reduce a la no aplicación de aquélla al caso de que se trata. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad, no significa la derogación de la norma afectada por ella. Por otra parte, en todos los casos en que está en juego la constitucionalidad - o inconstitucionalidad - de una norma, se puede llegar por vía de apelación, en los Estados Unidos de América, hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la cual le corresponde decidir en definitiva. El sistema de garantía judicial ha sido adoptado en varios países latinoamericanos. El Artículo 133 de la Constitución Mexicana; reproduce casi textualmente el Artículo VI, sección 2 de la Constitución Norteamericana. Las Constituciones de otras repúblicas - Bolivia, Chile Colombia, Uruguay, Venezuela, - acuerdan, con algunas variantes entre ellas, atribución a la

Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. También en otros continentes han sido establecidos regímenes que acuerdan facultades semejantes al más alto tribunal judicial, como Suiza, Irlanda, India, Japón. El sistema difuso establece claramente que, ya sea a petición de parte o aún de oficio, cualquier órgano jurisdiccional, inclusive del orden común, tiene la potestad de conocer y resolver la inconstitucionalidad de cualquier ley, esto inspirado en el principio de supremacía de la Constitución como norma fundamental de un país, y amparados en la defensa que todos los órganos judiciales deben observar al aplicar las leyes en casos concretos, con el sistema difuso cualquier órgano jurisdiccional está llamado a defender la Constitución aún de oficio”.²⁰

3.1.2 Método especial o concentrado

Contrariamente al método difuso, el método concentrado de control de la constitucionalidad, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional, generalmente, respecto de ciertos actos estatales (leyes o actos de similar rango dictados en ejecución directa de la Constitución), en general con potestad para anularlos. Excepcionalmente, en algunos casos, como sucede en Panamá, el control de la constitucionalidad que ejerce la Corte Suprema de Justicia, no sólo se refiere a las leyes y demás actos de rango legal, sino materialmente a todos los actos estatales, lo que lo hace único en el mundo. Este método concentrado de control puede ser: 1) Exclusivamente concentrado como sucede en Panamá, Honduras, Uruguay, Costa

²⁰ Casas, Juan A. **Control de la constitucionalidad en Latinoamérica**, pág. 43

Rica, o Paraguay; o 2) Estar establecido en forma combinada con el método difuso de control como sucede en Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú y Bolivia. El órgano estatal facultado para ser el único juez constitucional de las leyes en el sistema concentrado de control de constitucionalidad, puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, como es el caso de Costa Rica, México y Venezuela; o una Corte o Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial para actuar como único juez constitucional, como es el caso de Colombia, Chile, Perú, Guatemala, Ecuador y Bolivia. En ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional, como jueces constitucionales.

Por ello, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, aún cuando sea generalmente similar al modelo europeo de Tribunales constitucionales especiales, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido fuera del Poder Judicial. “La experiencia latinoamericana de control concentrado de la constitucionalidad así lo demuestra, pues en general han sido las Cortes Supremas de Justicia las que lo han ejercido y en los casos en los cuales se han atribuido a Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, éstos están dentro del Poder Judicial de Colombia, Ecuador, Bolivia y Guatemala, con la excepción de los casos de Chile y del Perú, cuyas Constituciones regularon a los Tribunales Constitucionales fuera del Poder Judicial. El poder de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de ejecución directa de la Constitución, como se dijo, puede ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en forma exclusiva o por la propia Corte

Suprema o un Tribunal Constitucional en un sistema mixto integral, que además de control concentrado admite el control difuso de la constitucionalidad”.²¹

3.2 Supuestos del control de la constitucionalidad

3.2.1 Primer supuesto del control de la constitucionalidad en el sistema concentrado

Control judicial concentrado ejercido exclusivamente por la Corte Suprema de Justicia o por una Sala Constitucional de la misma:

En efecto, el Artículo, 188 ,1, de la Constitución de Panamá le otorga a la Corte Suprema de Justicia el poder exclusivo de proteger la integridad de la Constitución y controlar la constitucionalidad de la legislación, a través de dos métodos: Mediante el ejercicio de una acción directa o mediante el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad de carácter incidental, formulada por un órgano estatal inferior que tenga competencia para impartir justicia. En ambos casos de control, la decisión de la Corte Suprema es de efectos generales, y no obligatorio, y no está sujeta a ningún tipo de control. La Constitución de 1989 de Uruguay, atribuye a la Corte Suprema de Justicia la jurisdicción exclusiva y originaria para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otros actos del Estado que tengan fuerza de ley, con fundamento tanto en razones substantivas como formales. La Corte también conoce de los asuntos de inconstitucionalidad, sea mediante una acción que sólo pueden ejercer los interesados,

²¹ Casas, Juan A. Ob. Cit., pág. 44

sea mediante una incidencia planteada en un proceso ordinario. En ambos casos, y a diferencia del sistema panameño, las decisiones de la Corte Suprema sobre cuestiones de constitucionalidad se refieren, exclusivamente, al caso concreto, teniendo, por tanto efectos sólo en los procedimientos en los que fueron adoptados. En Honduras, el Artículo 184 de la Constitución de 1982, también establece un sistema de control de la constitucionalidad de carácter concentrado, atribuido exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, la cual asimismo conoce de los asuntos mediante una acción intentada por las personas interesadas o por vía incidental, mediante la remisión que le haga de la cuestión un juez ordinario. Debe señalarse, además que de acuerdo con el Artículo, 183 ordinal 211 de la Constitución de Honduras, también procede el amparo contra las leyes, para que se declare en casos concretos que la ley no obliga ni es aplicable al recurrente por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos reconocidos por la Constitución. En el sistema concentrado, de este primer subtipo existe un solo órgano, la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, que es el encargado de conocer todo lo relativo a la inconstitucionalidad, en forma exclusiva.

3.2.2 Segundo supuesto del control de la constitucionalidad en el sistema concentrado

El control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes ejercido por la Corte Suprema o por un Tribunal Constitucional en un sistema mixto o integral de control (tiene elementos del sistema concentrado y del difuso).

El segundo tipo de control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes atribuido a las Cortes Supremas de Justicia o a los Tribunales Constitucionales, se encuentra en aquellos países que han adoptado un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, en el que funcionan, paralelamente, el control difuso y el control concentrado. Estados Latinoamericanos como Colombia, Guatemala, Bolivia, Perú y Ecuador, bajo la influencia europea, ejercen el control judicial de la constitucionalidad de las leyes por Tribunales Constitucionales, pero bajo un sistema mixto o integral. Guatemala, es el primer país latinoamericano que creó un tribunal constitucional según el modelo europeo, paralelamente al sistema difuso la Constitución de 1965, instauró un sistema concentrado de control judicial que lo atribuyó a una Corte Constitucional. Según la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, solo puede ser planteado el recurso de inconstitucionalidad por determinados funcionarios y autoridades, contra leyes y disposiciones de carácter general, teniendo la decisión de la corte, efectos generales. La particularidad del procedimiento de la Corte de Guatemala, está dada por la suspensión provisoria de los efectos de la ley o del acto ejecutivo impugnado, durante el curso del proceso, si la inconstitucionalidad es notoria y puede causar gravamen irreparable. En este tipo de orden se reservan para el Tribunal Constitucional de forma exclusiva ciertas inconstitucionalidades, también órganos del orden común, tiene la facultad o potestad de conocer de ciertas inconstitucionalidades, a este aspecto dentro del ordenamiento jurídico de Guatemala en particular cabe mencionar lo siguiente:

El Artículo 268 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: **“Función esencial de la Corte de Constitucionalidad.** La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.” Establece el Artículo anterior, que la Corte de Constitucionalidad es un Tribunal de jurisdicción privativa, su función es independiente, es decir, no está sujeto a ningún organismo del Estado y su función principal es la defensa del orden constitucional. El Artículo 272 de la Carta Magna, establece en su parte conducente: “Artículo 272.- Funciones de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: a. Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad...” Este Artículo establece que dentro de las funciones de la Corte de Constitucionalidad, es conocer en única instancia de las inconstitucionalidades de leyes o disposiciones sean objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad.

3.3 La inconstitucionalidad

La inconstitucionalidad como tal puede ser considerada dentro del sistema legal guatemalteco, de dos formas a saber, que encuentran su fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala, que en el Artículo 266, establece: “Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos. En casos concretos, en todo

proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto”; así mismo nos habla el Artículo 267. “Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general. Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”.

Antes de entrar a analizar someramente la inconstitucionalidad en caso concreto o en general, se debe considerar una posible definición para inconstitucionalidad, lo que establece el Diccionario de Ossorio: “Partiendo del principio inexcusable en los Estados de Derecho de la supremacía de la Constitución, se han de reputar inconstitucionales todos los actos, leyes, decretos o resoluciones que se aparten de sus normas o las contradigan. En consecuencia, son también total y absolutamente inconstitucionales cuantos actos se realicen y disposiciones adopten los gobiernos de facto; porque, para existir, empiezan por eliminar total o parcialmente, abierta o encubiertamente, la propia Constitución. La declaración de inconstitucionalidad de un acto o precepto legal se obtiene por regla general planteándola ante los tribunales de justicia; si bien en algunos países existen tribunales especiales de garantías constitucionales”²².

²²Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 373.

La inconstitucionalidad dentro del sistema judicial guatemalteco, no es más que la defensa que se busca de la Constitución del país, no solo de las leyes emanadas del organismo legislativo, sino de todo el poder público, a este respecto se manifiesta la Corte de Constitucionalidad en la forma que sigue: “Esta Corte ha declarado que conforme al Artículo 267 de la Constitución, el control de constitucionalidad no se limita a la ley en stricto sensu, como producto de la potestad legislativa del Congreso de la República, sino que también comprende las disposiciones de carácter general que dicte el Organismo Ejecutivo, así como las demás reglas que emitan las instituciones públicas, lo que trae aparejada, como consecuencia, la invalidez de las normas y disposiciones emitidas por el Poder Público que contraríen lo dispuesto en la ley fundamental”, según la sentencia del 24 de marzo de 1992 de la Gaceta Jurisprudencial número 28 Inconstitucionalidades Generales, Expediente 225-93 de la Corte de Constitucionalidad. El anterior extracto de una sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad con respecto a una inconstitucionalidad, clarifica que en todo sentido la función de la inconstitucionalidad es el resguardo del orden constitucional del país y el irrestricto respeto hacia la ley fundamental que en todo caso no puede ser contravenida por ninguna ley, lo que se encuentra refrendado en los Artículos 44, 152, 175 y 204 de la Constitución Política.

Pero, suele darse el caso que alguna norma emanada del proceso legislativo, o alguna disposición emanada por cualquier institución que ejerza el poder público contravenga lo establecido en la ley fundamental, es en este caso que la propia ley fundamental, plantea la posibilidad de buscar su defensa a través de lo que se conoce como

inconstitucionalidad que a la luz del Artículo 266, se puede plantear en casos concretos como acción, excepción o incidente, a este aspecto se manifiesta el Artículo 115 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: “Nulidad de las leyes y disposiciones inconstitucionales. Serán nulas de pleno derecho las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los violan, disminuyen, restringen o tergiversan. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales son nulas de pleno derecho.”

Se puede entonces resumir, que la inconstitucionalidad tiene como finalidad la determinación de la constitucionalidad de las normas sometidas al examen constitucional, de manera que si se determina su choque con el derecho primordial establecido en la Constitución, inevitablemente lo que corresponde es que se declare su derogación del ordenamiento jurídico, ello con el fin de poder garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, según el propio mandato constitucional, para mantener el orden institucional, el estado de derecho y la continuidad de la Constitución como norma fundamental del Estado de Guatemala.

Como se indicó anteriormente, el sistema guatemalteco de control constitucional es mixto, puesto que a pesar de que la Constitución de 1985, crea de forma permanente y con función primordial en la defensa del orden constitucional, a la Corte de Constitucionalidad, también lo es que los órganos jurisdiccionales que conocen de los procesos en primera instancia, tienen facultad para conocer de ciertos procesos de inconstitucionalidad, este sistema mixto se ve reflejado claramente, en lo establecido en

los ya citados Artículos 266 y 267 de la ley fundamental, los que establecen dos tipos de inconstitucionalidades, en caso concreto y de carácter general, las que serán desarrolladas a continuación. El Decreto 1-86, de la Asamblea Nacional Constituyente, plantea una situación por demás importante y es el hecho de que se manifiesta de forma expresa con respecto a la Inconstitucionalidad de normas en sede administrativa y laboral, al respecto establece el Artículo 118, en el que se establece que la inconstitucionalidad solo será mencionada dentro del expediente administrativo, teniendo el interesado 30 días de plazo para acudir a la vía judicial a través de los juzgados de lo contencioso administrativo a plantear la inconstitucionalidad, misma que puede ser planteada en casación inclusive, es decir, que dentro del expediente administrativo que contenga una norma o disposición que sea inconstitucional, el afectado solo deberá hacer mención de lo mismo, y terminado el expediente administrativo acudir a la vía judicial para lo que correspondiera. En cuanto a materia laboral establece el Artículo 119, que si la inconstitucionalidad se promueve con ocasión de un conflicto colectivo de trabajo, ésta deberá ser planteada ante un tribunal de trabajo. Lo anterior garantiza la constitucionalidad de las leyes y disposiciones aún en sede administrativa.

3.3.1 Inconstitucionalidad en casos concretos

La inconstitucionalidad en casos concretos, tiene su fundamento en el Artículo 266 (ya citado) de la Constitución Política de la República, así mismo se encuentra desarrollada en los Artículos 116 al 126 inclusive, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. La inconstitucionalidad en caso concreto, reviste dos

supuestos; dado que la misma pueda ser planteada como una acción o como una excepción o un incidente. En el primer caso, que sea planteado como una acción como se indica en el Artículo 120 de la norma citada, al establecer que: “En casos concretos, la persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley puede plantearla ante el tribunal que corresponda según la materia. El tribunal asume el carácter de tribunal constitucional.” En este caso se puede vislumbrar que la inconstitucionalidad es conocida por un órgano jurisdiccional del orden común, de la materia que se trate la acción que se plantea, pero desde el momento en que la acción se inicia se le concede al órgano que conoce la calidad de Tribunal Constitucional, garante y defensor del orden constitucional y la constitucionalidad de las normas. Planteada la acción de inconstitucionalidad en caso concreto, el tribunal que conoce de la misma da audiencia a las partes y al Ministerio Público por el plazo de nueve días, vencido éste, si alguna de las partes lo solicitara, se señalará día y hora para la celebración de la vista, después de la cual dentro de los tres días siguientes se manifestará en forma definitiva con respecto a la inconstitucionalidad planteada. El Artículo 123, plantea la otra posibilidad de que la inconstitucionalidad en caso concreto sea planteada, en este caso como incidente o excepción, y al respecto establece que en cuanto la inconstitucionalidad sea planteada como incidente o excepción dentro de un proceso, el tribunal que conoce del mismo, formará cuerda separada, dando audiencia por nueve días a las partes y el Ministerio Público, vencido dicho plazo se hayan manifestado o no, el órgano que conoce dictará auto razonado resolviendo la misma. Tanto la resolución que resuelva la acción de inconstitucionalidad en caso concreto, como el auto razonado que resuelve la inconstitucionalidad como incidente o excepción son apelables, de la apelación conoce la Corte de Constitucionalidad, quien

resolverá la misma a través de una sentencia, si el tribunal que conoció de la inconstitucionalidad se negare a otorgar la apelación, el interesado podrá ocurrir a la Corte de Constitucionalidad para que acoja la apelación y solicite los antecedentes del caso, al órgano ocurrido.

3.3.2 Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general

Establece el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, la posibilidad de presentar inconstitucionalidad en contra de una ley, reglamento o disposición de carácter general, planteando la acción directamente ante la Corte de Constitucionalidad, en este aspecto los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente acertadamente reservaron esta acción para el máximo órgano contralor de la constitucionalidad, en el caso concreto los tribunales menores, tienen un contacto directo con los procesos y conocen del desarrollo de los mismos, por lo que deviene lógico que ellos conozcan de las inconstitucionalidades planteadas con ocasión de los mismos, sin embargo cuando la inconstitucionalidad es de carácter general, corresponde con exclusividad a la Corte de Constitucionalidad, dirimir la controversia que se origina.

La legitimación para interponer una inconstitucionalidad general, está dada por el Artículo 134 del Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, que manifiesta que pueden iniciar esta acción: a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente; b) El Ministerio Público a través del procurador general de la nación; c) El procurador de los derechos humanos en contra de leyes, reglamentos o

disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia; d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos. Para el diligenciamiento de las inconstitucionalidades generales, la Corte de Constitucionalidad se debe de integrar por siete miembros, los que puede suspender de forma provisional la aplicación de la ley, reglamento o disposición general redargüida de inconstitucionalidad, siempre y cuando la misma sea notoria y su aplicación genere daños irreparables. Presentada la acción de inconstitucionalidad, y decretada la suspensión o no de la norma redargüida de inconstitucionalidad, la Corte de Constitucionalidad, concede audiencia por 15 días al interponente, al Ministerio Público y a todas las personas y entidades que considere que tienen interés directo en el asunto; vencido dicho término, fijara día y hora para la vista, la que se verificará dentro de los 20 días siguientes, posteriormente la sentencia será efectiva dentro de los 20 días siguientes a la vista. Es importante remarcar que el proceso de inconstitucionalidad, según el Artículo 139 no puede durar más de dos meses.

Si en la sentencia de inconstitucionalidad, se declara que si procede la misma, sea en forma total o parcial, la norma declarada inconstitucional dejará de surgir efectos a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial. En contra de las resoluciones emitidas durante el diligenciamiento de la acción de inconstitucionalidad, no cabrá recurso alguno.

Cabe destacar, que la sentencia de inconstitucionalidad es una resolución que debe de ser considerada como punto de derecho, es decir, debe de estar apoyada en la norma escrita que constituye el ordenamiento jurídico nacional, sin embargo para su resolución

se podrán invocar y consultar antecedentes, dictámenes, opiniones, elementos doctrinarios y jurisprudencia.

3.4 Fundamentos de la inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal

El párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal, instituye: “...En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público.” Esta situación puede generar una interpretación bastante extensa, puesto que se puede considerar que el Tribunal Sentenciador se convierte no solo en el órgano jurisdiccional llamado a ejercer el jus puniendi estatal, sino tal y como sucedía en el procedimiento inquisitivo, en parte dentro del mismo. Si bien es cierta la facultad discrecional del organismo judicial, también es cierto que no se pueden extralimitar en las funciones que la propia ley les impone. El párrafo que se estudia por su posible inconstitucionalidad, fue resaltado sobre todo en la sentencia que la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió en el caso del señor Fermín Ramírez en contra del Estado de Guatemala, el perito nombrado para dar el dictamen con respecto a este caso en particular, presentó ante la Corte citada, un informe de 13 hojas del cual es necesario transcribir lo más importante con el fin de ilustrar por qué razones el párrafo objeto de la presente tesis es inconstitucional: “La incongruencia entre el auto de apertura a juicio y en su caso de la ampliación de la acusación durante el debate y la sentencia cuando condena por otros hechos o circunstancias produce el quebrantamiento, la violación y la descomposición del

sistema acusatorio de juzgamiento no solo impuesto por el Código Procesal Penal guatemalteco, sino de los principios constitucionales y universales del debido proceso. Creados y reconocidos por la civilización. Cabe advertir que la vinculación del juez, fijada y ordenada con indiscutible precisión en el Código Procesal Penal, se refiere a los hechos y sus circunstancias descritos en la acusación y en el auto de apertura a juicio o en la ampliación de la acusación en el debate, hechos y circunstancias que si se quieren calificar de manera distinta a la requerida por el Tribunal de Sentencia, se debe previamente, en el mismo debate haber cumplido con la advertencia y otorgar las posibilidades de defensa que establece los Artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal. Aunque es cuestionable conforme los principios del sistema acusatorio, el Código Procesal Penal de Guatemala, acepta que el juez pueda calificar, es decir determinar jurídicamente los hechos y circunstancias fijados en las actuaciones judiciales descritas, y precisar las normas a aplicar en el caso concreto juzgado. Se justifica esta facultad en que siendo su función, obligación y potestad aplicar el derecho, él es quien lo conoce y a él le compete decidir las normas que son aplicables a los casos concretos sometidos a la jurisdicción. A esta situación se refiere el Artículo 388 del Código Procesal Penal, segundo párrafo cuando establece que: "en la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura a juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público", que se materializa en la máxima: Dame el hecho y te daré el derecho: Da mihi factum tibi dabo ius. Desde luego, siempre que se hayan cumplido los requisitos de los Artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal. Ésta es la fórmula que inspira el proceso penal guatemalteco, decisión que encuentra justificación en el medio jurídico nacional en la protección del interés público en juego y que, como ya se

estudió, se conjuga con la vinculación metódica o fáctica del juez obligado a aplicar el derecho a los hechos discutidos y probados en el juicio oral y público. De conformidad con lo expuesto, para determinar en un caso concreto si se observaron las normas que regulan un legítimo y constitucional juzgamiento, basta tomar el hecho del auto de apertura a juicio, el de la ampliación de la acusación en el debate, si lo hubiera, el hecho señalado en la sentencia como objeto de la acusación, o de su ampliación y del auto de apertura del juicio, y el hecho que el tribunal de sentencia considera probado. Si existe correlación entre estos hechos, entonces se establece un proceso debido, si no se habrán violado los principios de: Juicio previo, igualdad procesal, defensa y congruencia o vinculación fáctica del juez al hecho del juicio. Y ese es el examen que se procede a realizar en el proceso penal que se siguió en contra de Fermín Ramírez y/o Fermín Ramírez Ordóñez, datos que se obtienen de la sentencia dictada por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Escuintla, el seis de marzo de 1998. ¿En qué consiste el error de derecho del Tribunal de Sentencia Penal y de Narcoactividad del Departamento de Escuintla y las resoluciones de apelación y casación que la confirman? El lamentable error está en: a) creer y sustentar que la calificación jurídica de un hecho implica la atribución racional o lógica de todas las circunstancias agravantes que consideren o infieran de la prueba producida en el juicio, por lo que, según este criterio, las circunstancias calificativas del dolo agravado no necesariamente deben estar descritas en el hecho de la acusación, del auto de apertura a juicio o de la ampliación de la acusación; y b) en considerar que la modificación de la calificación jurídica del hecho o de las circunstancias, puede hacerse sin ser oído el acusado y sin oportunidad de defenderse. Hay que recordar que el Artículo 342 de apertura al juicio, establece que la

resolución de convocatoria a juicio penal debe indicar en forma detallada las circunstancias de hecho omitidas, lo que significa que en la acusación deben expresarse las modalidades específicas del hecho que será juzgado, para que los jueces puedan determinar y calificar legalmente dichas circunstancias fácticas modificativas del dolo y por lo tanto de la responsabilidad penal. El razonamiento de que es como resultado de la prueba que se infieren las circunstancias del hecho, no es otra cosa que una rémora del sistema inquisitivo, una muestra de la cultura inquisitiva predominante en el país, porque la defensa no sabe, no puede conocer y no está enterada de lo que el tribunal considerará como modificaciones fácticas. Si ese argumento jurídico fuera legal y constitucional: a) Se violarían y en este caso se violaron los principios de defensa, igualdad procesal y juicio previo, porque no podría prepararse contradicción, ni prueba, ni argumentos. Se condena de esa manera sin contradictorio y es más, sin audiencia previa sobre los tópicos que el tribunal quiera, y eso se llama o se conoce como arbitrariedad, todo lo que no quiere ni debe ser una resolución judicial. El debate o juicio público pierde sentido. El juicio deja de ser constitucional. b) Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal serían presupuestos legales que los jueces califican con motivo de los resultados de los medios de prueba y no modalidades de la conducta humana, acciones u omisiones fácticas que constituyen el carácter distintivo o particular de los hechos delictivos que se juzgan y que por lo mismo deben estar descritos claramente en la acusación o en el auto de apertura a juicio o en la ampliación de la acusación en el debate, como elementos accidentales del hecho delictivo juzgado, pues de ellos depende la intensidad del mismo, ya que son las relaciones particulares entre el ofensor y la víctima, que sirven para agravar o atenuar el dolo en la responsabilidad penal e) Estaría

vedado al procesado y en este caso se vedó a Fermín Ramírez o Fermín Ramírez Ordóñez, conocer los hechos y las circunstancias por las que fue juzgado, por lo que no pudo ser oído sobre esos extremos, menos defenderse, ni participar en condiciones de igualdad, ni discutir o probar sobre hechos y circunstancias fácticas que en su perjuicio podrían considerarse en la sentencia. Desde luego queda a salvo el que con base al principio *in dubio pro reo* los jueces puedan considerar en la sentencia las circunstancias atenuantes del hecho juzgado. CONCLUSIONES: a) A simple vista se comprueban en la comparación de los hechos motivo del juicio y los que el tribunal infiere de la prueba violaciones claras y precisas del derecho procesal penal, específicamente del principio de vinculación fáctica contenido en el Artículo 388 del Código Procesal Penal, de los requisitos y advertencias que se establecen en los Artículos 373 y 374 para la modificación posible de la calificación jurídica de los hechos y las circunstancias por los que se procesa a una persona, con la afectación de los demás principios procesales que rigen el proceso penal guatemalteco. b) Específicamente, se violaron de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, las garantías de defensa, de audiencia, de igualdad procesal, como consecuencia de la lesión concreta analizada del Artículo 8.2, inciso b, "comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada". Lo anterior es el resultado del análisis del proceso seguido contra Fermín Ramírez Ordóñez y del ordenamiento jurídico guatemalteco, por lo que contiene las conclusiones técnicas que presentó a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos bajo la responsabilidad y conocimiento de las consecuencias de legales de faltar a la objetividad e imparcialidad profesional en los expuestos.

El connotado autor penalista, destaca en su informe como perito del caso Fermín Ramírez en contra del Estado de Guatemala, claramente que el párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal de Guatemala, es un claro resabio del sistema inquisitivo, y que violenta de forma clara los principios de defensa, igualdad procesal, debido proceso y derecho de defensa en el sentido de que si se dicta la sentencia amparándose en el párrafo segundo del Artículo citado, se estaría ante una resolución apegada al principio de legalidad, puesto que se está actuando conforme lo que establece la norma, sin embargo no de acuerdo al derecho, que en términos generales, establece dentro del propio Código Procesal Penal, la forma en la cual se tiene que poner en conocimiento del sindicado lo que va a suceder dentro del debate, los hechos que se le atribuyen y el delito por el cual se le va a juzgar, en el caso de la norma que se estudia, se trató de tutelar el hecho de que el juez al conocer del derecho, sabe y aplica la norma al caso concreto, subsanando en todo caso deficiencias del auto de apertura a juicio, pero sobre todo de la acusación planteada por el Ministerio Público, la violación a las garantías constitucionales, estriba sobre todo en el hecho de que el acusado no cuenta con el derecho de defenderse, se le niega la posibilidad de declarar o presentar prueba de descargo sobre el delito que se le condena, y en todo caso se ve sometido al accionar arbitrario del ente sentenciador, igual circunstancia afecta al Ministerio Público, puesto que se puede condenar por un delito menor, aunque se hubiera probado a ciencia cierta que el hecho constituía un hecho mayor, todo esto se debe tomar en cuenta al analizar una norma que si bien es cierto, se encuentra dentro de la ley cumpliendo con el principio de legalidad, atenta en todo caso en contra de las garantías constitucionales ya citadas. El extracto siguiente de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. en contra del Estado de Guatemala en

la causa presentada por el Señor Fermín Ramírez, aunque extenso, refrenda de manera especial la hipótesis sustentada en esta tesis, puesto que se manifiesta, de forma clara y precisa por qué el párrafo segundo del Código Procesal Penal, es inconstitucional, por violar las garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, igualdad procesal y presunción de inocencia, por lo que se hace, ilustra lo dicho con la siguiente transcripción literal: “por el derecho al debido proceso es fundamental en todo Estado de Derecho, particularmente cuando la sanción aplicable es la pena de muerte; el derecho a ser oído es una garantía esencial de la defensa y del debido proceso; el ejercicio de la defensa constituye un derecho fundamental y una garantía esencial de protección de las personas contra la arbitrariedad y el abuso del poder y comprende una serie de aspectos que permiten calificar como “debido proceso” al procedimiento por el cual se afecta el derecho de una persona; la legislación penal contempla mecanismos diseñados para garantizar el derecho de defensa de los procesados cuando de la prueba producida o del debate oral se desprendan hechos o circunstancias nuevas que no hubieran sido mencionadas en la acusación, a fin de que no se “sorprenda” al acusado; se omitió realizar una ampliación formal de la acusación, con base en el Artículo 373 del Código Procesal Penal, que incluyera una descripción detallada de los hechos y circunstancias nuevos por los que se solicitó el cambio de calificación y la pena de muerte; el presidente del Tribunal de Sentencia se abstuvo de recibir una nueva declaración del señor Fermín Ramírez sobre los hechos que estableció como probados en la sentencia, y no advirtió de manera expresa a las partes del derecho que les asistía de solicitar la suspensión del debate, con el fin de que contaran con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa; con fundamento en las pruebas que obran en el expediente, la Comisión concluye que las

autoridades judiciales se abstuvieron de comunicar al señor Fermín Ramírez, previa y detalladamente, los hechos y circunstancias en los que se fundó la sentencia condenatoria, con lo que incurrieron en violación al Artículo 8.2.b de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión concluye que el Tribunal de Sentencia impidió que el señor Fermín Ramírez ejerciera el derecho a ser oído sobre los hechos y circunstancias establecidos en la sentencia condenatoria, con violación del Artículo 8.1 del citado instrumento, y evitó que la defensa técnica orientara su actividad de manera razonable, con el tiempo y los medios adecuados para prepararla, con violación del Artículo 8.2.c de la Convención;

Respecto de la violación del Artículo 8 de la Convención Americana

La base del derecho a la defensa radica en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, considerando todas las circunstancias relevantes para evitar o aminorar la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad y corrección) o inhibir la persecución penal; se requiere intimación o conocimiento previo y detallado de la acusación; el derecho a ser oído carece de sentido si la sentencia puede exceder el hecho y las circunstancias que contiene la acusación;

Respecto del proceso penal seguido contra el señor Fermín Ramírez

En los términos del Artículo 374 del Código Procesal Penal, si el tribunal de sentencia advierte de oficio que puede cambiar la calificación jurídica sobre los hechos imputados, aquél debe informar al acusado acerca de esta posibilidad y tomarle declaración sobre

los nuevos hechos, a efectos de que pueda solicitar la suspensión del debate y ejercitar el derecho de aportar nueva prueba o argumentos jurídicos;

Respecto de la violación del Artículo 8.2 de la Convención

La víctima del delito contaba con 12 años al momento en que se realizó el hecho, por lo que no era aplicable la pena de muerte, sino la de prisión de 30 a 50 años. La acusación formulada por el Ministerio Público no contemplaba la condena a muerte; para salvaguardar el derecho de defensa y la comunicación previa y detallada de la acusación, el Artículo 333 del Código Procesal Penal garantiza la posibilidad de presentar una acusación alternativa, en cuyo caso el Ministerio Público puede pretender la aplicación de una norma jurídica distinta, por considerar que existen circunstancias concurrentes. Esto evita la sorpresiva alteración del marco fáctico o de la calificación jurídica de los hechos y garantiza el derecho de defensa del imputado; en el derecho procesal guatemalteco el derecho a la intimación reviste suma importancia. Se prevé una audiencia para discutir la acusación y ejercer el control de todos los puntos fácticos y jurídicos de ésta. En dicha audiencia el imputado puede ejercer el derecho de defensa; al formular la acusación, el Ministerio Público sólo mencionó la pena de 30 a 50 años de prisión. Cuando presentó alegatos finales, aludió a la posibilidad de solicitar la pena de muerte. El cambio de calificación jurídica se operó en la sentencia, sin que se hubiese informado previamente al señor Fermín Ramírez. Ese cambio modificó la naturaleza de la acusación en el juicio, ya que el Tribunal cambió los hechos que luego tuvo por acreditados en la sentencia; la agravante de peligrosidad no ha sido definida expresamente dentro de la jurisprudencia guatemalteca. Algunos tribunales hablan de peligrosidad social y otros de peligrosidad criminal. La doctrina señala que la

peligrosidad social no puede ser invocada en un estado democrático de derecho, en cuanto corresponde a un derecho penal de autor. La peligrosidad criminal implica el juicio del tribunal sobre la probabilidad de que el acusado cometa nuevos delitos en el futuro, cuando es inimputable y se discute la necesidad de aplicar una medida de seguridad. Por tanto, la peligrosidad criminal no puede ser presumida, sino ha de ser probada; el Ministerio Público no solicitó una ampliación de la acusación en los términos de los Artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal, respecto de la agravante de peligrosidad, para que el tribunal pudiera tener esa circunstancia por acreditada en la sentencia; ninguna decisión judicial puede fundamentarse en el convencimiento privado del juez o en juicios que no han podido ser contradichos por la defensa, como ocurrió en el presente caso: la sentencia de condena del señor Fermín Ramírez no contempla ningún dato objetivo incorporado legalmente al proceso que sea idóneo para producir un conocimiento cierto o probable acerca de la peligrosidad criminal del condenado; los órganos judiciales del Estado actuaron de manera discriminatoria. En otros casos se han anulado sentencias por falta de imputación e intimación de peligrosidad criminal en la acusación. Asimismo, la Corte de Apelaciones ha anulado, en un caso similar, la imposición de la pena de muerte por no haber existido comunicación previa y detallada acerca de la agravante de peligrosidad;

Respecto de la violación al Artículo 8.2.c) de la Convención

El conocimiento previo y detallado de la acusación en contra del señor Fermín Ramírez, en cuanto a la posible calificación jurídica de asesinato y a la agravante de peligrosidad, hubiera permitido que la defensa solicitara la división del debate y preparara prueba de descargo; el hecho de que nunca se advirtiera al señor Fermín Ramírez que el delito

por el cual iba ser juzgado suponía la posibilidad de imponer la pena de muerte, hizo que la defensa considerara innecesario solicitar la división del debate y ofrecer prueba específica sobre la determinación de la pena;

Respecto de la violación del Artículo 8.2.f) de la Convención Americana

Los Tribunales de Justicia violaron el derecho a la presunción de inocencia, ya que dieron por probada la peligrosidad sin que existiera prueba específica sobre ésta, apoyándose sólo en la apreciación “subjetiva e irracional” del Tribunal de Sentencia; bajo el principio de presunción de inocencia: 1) la culpabilidad del acusado deberá establecerse más allá de la duda razonable; 2) el acusado deberá gozar del beneficio de la duda; y 3) el peso de la prueba descansa en el fiscal, cuyo deber es desvirtuar la presunción que existe a favor del acusado; el carácter y contenido del llamado “principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia” en materia procesal penal, a la luz de las garantías judiciales consagradas en el Artículo 8 de la Convención; en particular, la posibilidad de que el juez penal califique al hecho delictivo en forma distinta de la planteada en la acusación, o abarque hechos no contemplados en ésta, todo ello en relación con el derecho de defensa del imputado; la necesidad de contemplar en la acusación penal las circunstancias que demuestren la peligrosidad del agente y la pertinencia, desde el ángulo de la legalidad penal, de que la descripción legal del delito o la determinación de sus consecuencias incorporen referencias a la peligrosidad del agente, que influyan en la fijación judicial de la pena; y el acceso del señor Fermín Ramírez a un recurso efectivo para salvaguardar sus derechos en el proceso penal desarrollado en su contra, conforme al Artículo 25 de la Convención.

a) Principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia.

Uno de los principales argumentos vertidos por la Comisión y los representantes para sostener que el Estado violó el Artículo 8 de la Convención es la inobservancia de la mencionada correlación entre la acusación y la sentencia. La incongruencia se produjo cuando el Tribunal de Sentencia cambió la calificación jurídica del delito y dio por establecidos hechos y circunstancias nuevos, que no fueron considerados en la acusación ni en el auto de apertura a juicio, a saber: la causa de la muerte de la menor de edad y las circunstancias que en opinión del Tribunal de Sentencia demostraban la mayor peligrosidad del señor Fermín Ramírez.

66. La Convención no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional.

67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el Artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el

órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación. Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del Artículo 8.2 de la Convención. En el caso *Pélissier y Sassi vs. Francia*, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que los peticionarios no tuvieron oportunidad para preparar su defensa respecto del nuevo cargo que se les imputaba, ya que sólo a través de la sentencia del tribunal de apelaciones se enteraron de la recalificación de los hechos. En particular, estimó que el cambio acogido en la sentencia alteraba los términos de la acusación inicial. Al respecto, hizo las siguientes consideraciones: El Tribunal de Sentencia fundó su actuación en el Artículo 374 del Código Procesal Penal, que prevé la “advertencia de oficio” sobre una “modificación posible de la calificación jurídica”. Ahora bien, el presidente del Tribunal se limitó a advertir a las partes que “en el momento oportuno” podía darse una calificación jurídica distinta de la contemplada en la acusación y en el auto de apertura a juicio, pero no especificó cuál sería esa nueva calificación legal, y mucho menos se refirió a la posibilidad de que el cambio de calificación proviniera, en realidad, de una modificación en la base fáctica del proceso y, en su hora, de la sentencia. El presidente del Tribunal de Sentencia no ofreció al inculpado la oportunidad de rendir una nueva declaración en relación con los últimos

hechos que se le atribuyeron. Estas omisiones privaron a la defensa de certeza acerca de los hechos imputados (Artículo 8.2.b) de la Convención) y, en consecuencia, representaron un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa, en los términos del Artículo 8.2.c) de la Convención, lo anterior es un extracto de la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Guatemala, en el Caso Fermín Ramírez vrs. Estado de Guatemala de fecha 20 de junio del 2005; el respeto al conjunto de garantías constitucionales que informan el debido proceso y significan el límite a la regulación del poder penal estatal en una sociedad democrática, se hace especialmente infranqueable y riguroso cuando conlleve a la violación de dichas garantías. En el caso, de la aplicación del párrafo segundo del Código Procesal Penal, al haber desconocido las garantías del debido proceso, en particular el derecho de defensa, presunción de inocencia e igualdad procesal, el Estado se convierte en transgresor de las reglas procesales de estricta y necesaria observancia, lo que deviene en una clara inconstitucionalidad de la norma objeto de este trabajo, puesto que está en clara contraposición de las garantías constitucionales ya enumeradas”. Lo anterior es una clara forma de demostrar que en efecto la norma que se presume inconstitucional, lo es, de conformidad con la transcripción anterior.

3.5 Garantías constitucionales que son violadas con la aplicación del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal

3.5.1 Garantía de defensa y del debido proceso

a. De Defensa

Toda la doctrina está de acuerdo que cuando se habla de un proceso penal se habla de un proceso de partes netamente contrapuestas, que se rige por los principios de igualdad y contradicción, sin que en ningún caso se produzca indefensión. Por eso, para evitar el factor causante de la mayor indefensión que es que una persona sin conocimiento jurídico se enfrente a la acusación por el Ministerio Fiscal; el derecho de defensa se ha de concretar en primer término que su titular sea asistido de un abogado defensor que puede asistirle en todas las actuaciones y colabore con él para hacer valer con eficacia el derecho fundamental a la libertad. El Artículo 12 de la Carta Magna reconoce, en su parte conducente: “Derecho de Defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido...”, a este respecto se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha 16 de diciembre de 1999, dentro del expediente 105-99: “...Tal garantía consiste en la observancia por parte del Tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y el derecho de las partes a obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que entraña el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano

jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas. Se refiere concretamente, a la posibilidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso...”

El Artículo constitucional, establece en específico dos garantías que tutelan y rigen todo proceso judicial en el país, tanto el derecho de defensa, como el debido proceso, íntimamente enlazados el uno con el otro. En el extracto de la sentencia antes relacionada, establece el Tribunal Constitucional que el debido proceso debe de entenderse como la observancia de todas las normas aplicables al proceso judicial por parte de las autoridades encargadas del mismo, desde su inicio, durante su substanciación hasta finalizar el mismo, a través de la sentencia, es decir que todo ente jurisdiccional debe de respetar las normas preestablecidas y darle fiel cumplimiento en el desenvolvimiento de todo lo relacionado al juicio. En ese aspecto hay que recordar que el Artículo 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada por las Naciones Unidas, tutela esta garantía cuando establece: “ ...ser oída públicamente y con justicia”, expresión que reproduce en el Artículo 8.1 la Convención Americana de Derechos Humanos: “**Artículo 8. Garantías Judiciales** 1. Toda persona tiene derecho

a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...”. Igualmente, establece el Tribunal Constitucional que el derecho de defensa, es el arma que tiene todo ciudadano para hacer valer, en la forma que estime prudente y dentro de los parámetros establecidos en la ley, el ejercicio de todos sus derechos y de todos los medios de defensa que establece la misma ley, a efecto de que exista una declaración que le garantice la ejecución de los mismo, sin limitantes tan solo aquéllas que la ley marca.

b. Debido proceso

Esta garantía, tal como hoy se conoce, fue introducida formalmente en esos términos, en la Constitución de los Estados Unidos, a través de la V Enmienda (1791). Progresivamente fue evolucionando y de ser considerada una garantía de mera legalidad -como simple reserva de ley- pasó a configurarse como una garantía de justicia.

En la evolución de dicha garantía americana, establece Vigoritti, citado en la obra del licenciado Par Usen: “se pueden identificar las siguientes garantías específicas:

- a) Derecho a ser adecuadamente emplazado y a gozar de un tiempo razonable para preparar la defensa;
- b) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial;
- c) Derecho a la tramitación oral de la causa y a la publicidad;
- d) Derecho a la prueba, que importa derecho a las solicitudes probatorias, a la participación en la actuación probatoria, a investigar sobre la prueba antes del juicio y a la carga de la prueba por la acusación; y,

- e) Derecho a ser juzgado en base al mérito del proceso y a tener copia de las actas.”²³

Para el ordenamiento jurídico de raíz euro continental, el debido proceso es una cláusula de carácter general y residual o subsidiaria; por tanto, constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria -orgánica y procesal-, en cuanto ellas sean concordantes con el fin de justicia a que está destinado la tramitación de un caso judicial penal o cuyo incumplimiento ocasiona graves efectos en la regularidad -equitativa y justo- del procedimiento. En líneas generales, el citado derecho es utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados de la Ley Fundamental.

El debido proceso, comprende numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como con la jurisdicción que han de preservar la certeza en el proceso. Busca, en suma, rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en derecho de su resultado. A través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho. Pueden ser reconducidas, según Ferrajoli, citado por Par Usen: “a cuatro axiomas: *nulla culpa sine indicio*, *nullum iudicium sine accusatione*, *nulla accusatione sine probalione* y *nulla probatio sine defensum*. De igual manera, está integrada a dicha garantía genérica, en cuanto es parte indispensable de un enjuiciamiento equitativo que limite el poder del aparato estatal, la garantía del *ne bis in ídem*, el mismo que tiene un doble significado:

²³ Par Usen, José Mynor Ob. Cit. Pág. 235

procesal, según el cual nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, y material, en virtud del cual nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta. La violación a estos principios (defensa y debido proceso) radica en el hecho que al dictar sentencia el Tribunal de Sentencia, no toma en consideración el derecho del sindicado a ser oído y vencido en un juicio justo, puesto que al cambiar la calificación jurídica al delito hasta el momento en que se emite la sentencia, deja en situación de indefensión al acusado, sin derecho a defenderse, o en su caso violando ese derecho, lo cual lleva aparejado el debido proceso, que por este acto ilegal, viola el derecho de defensa. La base del derecho de defensa presupone estar correctamente informado sobre la imputación. El derecho a ser oído carece de sentido si la sentencia se pronuncia sobre hechos ajenos al debate, para que no exista violación al derecho de defensa y al debido proceso, la sentencia no se debe de apartar de los hechos descritos en la acusación”²⁴.

3.5.2 Presunción de inocencia

El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, configura a la presunción, o mejor dicho, al estado de inocencia, como un derecho fundamental. Establece a este respecto la Ley superior, en su parte conducente: “Presunción de Inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras que no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia ejecutoriada...”. Esta norma crea a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier hecho que se les atribuya, mientras que no exista una

²⁴ *Ibíd.* Pág. 235

declaración judicial en contrario, al respecto establece la versión de la Carta Magna comentada por la Corte de Constitucionalidad: "... el Artículo 14 constitucional reconoce, en el primer párrafo, el derecho fundamental de toda persona a la que se le impute la comisión de hechos, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presume su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia, y hasta tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada ...". Como presunción iuris tantum que es el principio analizado, se requiere de una actividad probatoria dirigida expresamente a acreditar que la persona procesada es responsable del delito que se le imputa, vale decir que se precisa de pruebas que demuestren contundentemente tanto la materialización del hecho punible, como, la participación del procesado, ya sea como autor o partícipe. Esta labor denominada carga de la prueba corresponde en el sistema procesal penal al Ministerio Público, de acuerdo al Artículo 14 de su Ley orgánica y adicionalmente al agraviado constituido como parte en los procesos de acción privada.

3.5.3 Garantía de igualdad procesal

El principio procesal penal de igualdad, al respecto establece De Pina Vara: "IGUALDAD DE LA LEY. Trato igual en circunstancias iguales, que significa la prohibición de toda decisión o norma de carácter discriminatorio por parte de órganos estatales. La igualdad ante la ley – se ha dicho – es un caso de razonabilidad de las leyes que representa una garantía constitucional y valoración vigente en todos los países constituidos sobre ideología demoliberal. La expresión igualdad ante la ley debe

ser entendida en sentido de igualdad ante el derecho”²⁵. La garantía constitucional de igualdad procesal y que ilumina al derecho procesal penal en Guatemala y que se refiere a la igualdad procesal, encuentra su primera expresión en lo establecido en su parte conducente en el Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia”; es claro el precepto ya indicado, en cuanto a que las condiciones sobre las cuales se debe llevar a cabo un juicio deben de ser en condiciones de igualdad, no solo para las partes en controversia, sino igualmente de los particulares frente al aparato estatal. Se habla de tutelar la desigualdad que tendría un particular frente a un proceso en contra del Estado, y en todo caso que todos los particulares al solicitar el auxilio de los órganos jurisdiccionales lo hagan sin limitación alguna. En ese sentido, también indica el Artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José, numeral 2, que en su parte conducente establece: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa...” En cuanto a la Constitución Política de la República, ésta establece en el Artículo 4 que: “Libertad e Igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...” Norma constitucional que en materia judicial, se ve reflejada en lo establecido en el Artículo 5 del la Ley del Organismo Judicial: “El imperio de la ley se extiende a toda persona, nacional o extranjera, residente o en tránsito, salvo las disposiciones del derecho internacional aceptadas por Guatemala...”, finalmente, el Código Procesal Penal establece en el Artículo 21: “Igualdad en el Proceso. Quienes se encuentren sometidos

²⁵ Albeño Ovando, Gladis Yolanda, **Ob. Cit.** Pág. 17.

a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación”. Todo lo anteriormente manifestado se puede resumir en el hecho de que de acuerdo con el principio de igualdad procesal se establece con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades para todas las partes en el proceso, de hacer valer sus derechos, de presentar argumentos y pruebas, y en el caso del acusado de demostrar su inocencia y del acusador sustentar su tesis acusatoria, todo en igualdad de condiciones y sin discriminaciones de ningún tipo.

3.5.4 El principio general del derecho iura novit curia y el principio penal de congruencia

a. El principio general del derecho iura novit curia

La máxima iura novit curia es un aforismo latino, que significa, el juez conoce el derecho, utilizado en el ámbito del derecho para referirse al principio de derecho procesal en general, según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que establecen las normas. El principio, sirve para que las partes se limiten a probar los hechos, y no los fundamentos de derecho aplicables. El juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en ese principio para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes a la hora de argumentar la causa. El principio fue desconocido por el derecho romano, en el cual las partes tienen que hablar en el tribunal de las *ius legem* o

normas en que basan su derecho, aunque atemperada por el principio de *mihi factum, Tibi Dabo ius*. En el derecho medieval, la preponderancia de la práctica implica la natural imposibilidad de utilizar el principio: La repetición de comportamientos percibidos como vinculante debe ser demostrado para tener fuerza de ley. A partir de 1495, cuando Alemania estableció el *ius commune* se encuentra en el primer lugar entre las normas de derecho sustantivo, mientras que los antiguos derechos de las autoridades locales (y la costumbre), aún no se han probado. La correlación entre la acusación y el fallo, no puede plantearse sobre la base de una identidad prácticamente semántica entre los hechos imputados de aquéllos establecidos en la sentencia, sino que con los que han sido objeto de persecución en el proceso, en términos tales, que sus elementos esenciales, se mantengan, no requiriéndose lo mismo respecto de los accidentales.

b. Principio de congruencia

El principio de congruencia supone que exista conformidad, concordancia o correspondencia entre la determinación fáctica del fallo con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes, que han sido objeto de la imputación contenida en la acusación, en términos detallados de tiempo, lugar y modo de comisión que fueren de importancia para su calificación jurídica. El carácter y contenido del llamado principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia, en materia procesal penal, a la luz de las garantías judiciales consagradas en el Artículo 8 de la Convención; en particular, la posibilidad de que el juez penal califique el hecho delictivo

en forma distinta de la planteada en la acusación, o abarque hechos no contemplados en ésta, todo ello en relación con el derecho de defensa del imputado, lo cual indica que debe de existir una relación clara en cuanto al escrito de acusación y la sentencia emitida, porque en todo caso, si bien es cierto que el juez es quien conoce del derecho, lo es también que todo el proceso penal, establece normas y reglas específicas para su desenvolvimiento. Con la aplicación del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal, se da una clara violación al principio de congruencia y/o coherencia. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia, implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.

Se puede, entonces, concluir que existe también violación al principio de congruencia, y que la preexistencia del principio *lura Novit Curia*, no prejuzga que toda deba decidirse por el libre conocimiento del juez, al conocer las leyes, sino sobre todo por el respeto del derecho en su conjunto, porque nadie es superior a la ley, y todos están obligados a

respetarla. Como un claro ejemplo de la tesis sustentada en el presente trabajo, se transcribe literalmente el siguiente extracto de la sentencia emitida en el proceso seguido ante la Corte Interamericana de Justicia, en el caso Fermín Méndez en contra del Estado de Guatemala: “El principio *iura novit curia* forma parte de la tradición jurídica continental europea que los países latinoamericanos hemos heredado del proceso de colonización, y se mantiene aun en aquellos países que han adoptado sistemas de enjuiciamiento realmente orales y contradictorios en los últimos años, ampliamente superadores de los llamados entre nosotros “códigos modernos”, de los cuales el Código Procesal Penal Córdoba (1939) fue el representante más conspicuo. CLARIÁ OLMEDO es partidario de la posición más tradicional, ya que señala que “la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión’, ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud del principio *iura curia novit*”. En el mismo sentido se pronuncia VÉLEZ MARICONDE, al afirmar que la facultad de dar al hecho una calificación jurídica distinta no representa una violación del derecho de defensa. Los acompaña, muchos años más tarde, CREUS, quien sostiene que “el principio de congruencia refiere a los ‘hechos’ no a su calificación jurídica”. D’ÁLBORA, en su comentario al art. 401 del Código Procesal Penal Nación, parece adherir a la tesis clásica, esto es, que sólo limita la decisión del tribunal de juicio a los hechos contenidos en la imputación²⁵. VÁZQUEZ ROSSI, por su parte, no queda muy claro en dónde se ubica, pues luego de reconocer la sola limitación a los hechos y la amplia vigencia del *iura novit curia*, aclara que “[l]o importante en este aspecto es la correlación entre la imputación, concretada en la acusación, y la decisión final, aunque

sobre este punto debe señalarse que la decisión jurisdiccional no puede exceder o modificar los planteos de la acusación”, fundando su posición en el principio acusatorio y no en el derecho de defensa. MAIER, al desarrollar el principio de “correlación entre la imputación y el fallo”, establece como regla que éste se limita a la correcta descripción del hecho. Sin embargo, admite que una calificación jurídica sorpresiva puede provocar indefensión, y en ese supuesto, propone, se debe advertir al imputado sobre el posible cambio de calificación jurídica²⁷. BINDER mantiene una posición similar en cuanto a la inclusión de la calificación jurídica como requisito de la imputación. Así, señala que el principio *iura novit curia* le da cierta libertad al tribunal para aplicar la ley sustantiva, pero esta discreción se halla limitada por el derecho de defensa: “... se debe entender como una violación del derecho de defensa el hecho de que la calificación jurídica que hace el tribunal de los mismos hechos resulta sorpresiva y no fue tenida en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares”. CAFFERATA NORES —acompañado hasta cierto momento por LEDESMA— es quien adhiere a la tesis más amplia en cuanto al concepto de “imputación”; “Para que el imputado pueda defenderse de la imputación, debe conocerla en todos sus elementos relevantes, de modo que quede excluida cualquier sorpresa. El acto por el que se le informa de ella se suele denominar intimación. Ésta debe ser previa a cualquier declaración que se le pueda recibir, comprensible (sencillamente expuesta, y si no entiende el idioma se le proveerá de un intérprete, establecen los arts. 8.2.a, CADH, y 14.3.a, del PIDCP) y detallada, con explicación de las causas de la acusación, es decir, los hechos que le dan base y las pruebas existentes (y su contenido)[nota omitida] y su naturaleza, o sea, su encuadramiento legal²⁴³ (art. 8.2.b, CADH; art. 14.3.a, PIDCP). Las leyes procesales exigen que sea realizada por la autoridad judicial que debe recibir la

declaración del imputado, de modo previo a ella, tanto durante la investigación preparatoria como en el juicio oral y público. Y ¿cuán previa debe ser la intimación respecto de la declaración?: entre ambas deberá también transcurrir el ‘tiempo’ adecuado (art. 8.1.c, CADH) para la preparación de la defensa, aspecto no desarrollado especialmente entre nosotros”. LEDESMA explica claramente el indivisible tratamiento de los hechos y del derecho en los siguientes términos: “El objeto litigioso se integra con las proposiciones iniciales del fiscal, hechos constitutivos y conducentes, más los hechos impeditivos y extintivos que pueda haber alegado la defensa, así como las consecuencias jurídicas atribuidas a tales hechos por las partes. El o los hechos ‘objeto del proceso no pueden ser considerados aisladamente, dado que detrás aparece la declaración de un Derecho penal estatal, es decir, el objeto del proceso es, en ese sentido, la declaración de la consecuencia jurídica derivada de un hecho acontecido determinado. El hecho se toma en consideración, en consecuencia, en tanto puede serle aplicado Derecho penal material, en tanto exista una unión entre ambos”. La autora citada continúa señalando que el requerimiento de elevación a juicio es el primer acto en el cual se concreta la identidad objetiva y subjetiva de la pretensión penal, y que el objeto del proceso sin considerar tanto los aspectos fácticos y normativos contenidos en la pretensión acusatoria como los del poder de refutación del imputado. La Corte es clara al indicar en la sentencia y hacer un análisis claro del significado y la debida aplicación del principio *iura novit curia*.

CAPÍTULO IV

4. La reforma necesaria para el párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal

4.1 El derecho comparado, una solución de reforma de ley

El Artículo 388 del Código Procesal Penal en su segundo párrafo, necesariamente requiere una reforma para estar en concordancia con las garantías constitucionales del derecho de defensa y debido proceso, igualdad procesal y presunción de inocencia, consagradas, internamente, en la Constitución Política de la República y el Código Procesal Penal e internacionalmente en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. El proceso penal debe salvaguardar las garantías constitucionales, para garantizar el irrestricto cumplimiento de los derechos humanos, tanto del delincuente como de la víctima, puesto que un proceso penal que no se apega a derecho puede dar como resultado, una sentencia condenatoria, que adolece de vicios, por lo tanto cuando la misma es sometida a examen, sea por un tribunal nacional como internacional, la misma puede ser anulada, quedando en todo caso un delito sin castigo por un error sustancial que puede quedar impune por un error de procedimiento.

Al respecto de una posible modificación del párrafo citado, cabe destacar la solución que presenta la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, que plantea una solución para los jueces del tribunal de sentencia cuando del examen de las pruebas producidas

en el desarrollo del debate, consideran que deben dar una calificación jurídica al delito, dicha normativa española establece literalmente en el Artículo 733: “Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula: *Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre la conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número ... del Artículo ... del Código Penal..* Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto de la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la partición de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público, que sea materia de juicio. Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día.” Esta fórmula puede ser considerada en todo caso como una solución viable a la problemática que enfrenta el Código Procesal Penal guatemalteco, en el párrafo segundo, que se constituye en un claro resabio del sistema inquisitivo, contrario al sistema acusatorio, en el cual se encuentra inspirado el sistema penal adjetivo en la actualidad. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, aprobada en el año de 1882, cuando Guatemala aún se planteaba la hipótesis, no clara, de convertirse en República, ya preveía entre otros casos, con el fin último de respetar el sistema acusatorio que la inspiró, limitantes al poder omnímodo

de los jueces de sentencia, el Ministro de Gracia y Justicia español, al presentar el Proyecto de la Citada Ley, que actualmente constituye la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, argumentando: “ Para mantener al Tribunal en esta serena y elevada esfera y no desvirtuar el principio acusatorio que informa el nuevo Código, ha creído el que suscribe que únicamente el Ministerio Fiscal o el acusador particular, si le hubiere, corresponde formular el acta de acusación comprensiva de los puntos sobre que en adelante deben girar los debates, siguiendo en esto al Código de instrucción criminal austriaco, que es acaso, de los actualmente vigentes en la Europa Continental, el que ha desarrollado con más lógica y extensión el sistema acusatorio. Así es como se logra que la cuestión criminal que en el proceso se agita o discute vaya intacta al Tribunal a quien corresponde decidirla; así es como las partes pueden preparar con perfecto conocimiento de causa y descargo y hacer sus acusaciones o defensas con fe y libertad completa, sin la coacción , siquiera sea moral, que no puede menos de existir cuando el que ha de fallar prejuzga en cierto modo el fallo, formulando de oficio el acta de acusación, lo cual lleva, naturalmente, el desaliento al ánimo de aquél de los contendientes a quien perjudica la calificación jurídica hecha prematuramente, aunque con carácter provisorio, por el Tribunal. Ni son estos los únicos inconvenientes que acarrea la admisión del acta de acusación de oficio; pues una vez formulada ésta, o se obliga al Ministerio Fiscal a sostenerla contra sus convicciones, poniendo en tortura su coherencia, o se le deja en libertad para combatirla, en cuyo caso ya nos son las partes quienes contienden entre sí, sino que se discute únicamente el pensamiento, la opinión, el juicio formulado por el Tribunal, que de este modo desciende a la arena del combate para convertirse en acusador, con el riesgo inminente de que la excitación del amor propio de los Jueces ofusque o perturbe

su inteligencia. No; los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates. Por esto, entre las obligaciones impuestas al Ministerio Fiscal en Francia y Alemania de formular un acta de acusación cuando así lo ha acordado el respectivo Tribunal, y la libertad que a dicho Ministerio otorga la ley austriaca, mas los fueros de la conciencia, los derechos individuales y está más en consonancia con el principio fundamental en que descansa el sistema acusatorio. Este principio aplicado en absoluto adolece, sin embargo, de un vicio, que han puesto en relieve insignes Magistrados encanecidos en la Administración de Justicia. Proscrita para siempre la <<absolución de la instancia >> y rigiendo sin excepciones la máxima <<non bis in ídem>>, evidente es que el error del Fiscal en la calificación jurídica del hecho justiciable produce la impunidad del delincuente. Está bien que en los procesos civiles el Tribunal tenga la obligación de absolver o condenar, así como también la de ajustar estrictamente su fallo a los términos en que las partes hayan planteado el problema litigioso, o sea, la acción ejercitada por el demandante y las excepciones formuladas por el demandado; porque las cuestiones que en esos procesos se ventilan, son de mero interés privado, y porque, además, no es raro, que pueda subsanarse total o parcialmente en un nuevo proceso el error padecido al entablar la acción, para lo cual suelen hacerse reservas de derecho en la sentencia a favor del condenado; pero en los procesos criminales, que puedan incoarse de oficio, están siempre en litigio el interés social y la paz pública; y teniendo el Tribunal la obligación de condenar o absolver libremente sin reserva alguna y sin que le sea lícito abrir nuevo proceso sobre el mismo hecho ya juzgado, es violento torturar a la conciencia de los Magistrados que le forman hasta el punto de colocarles en la dura alternativa de condenar al acusado a sabiendas

de que faltan a la ley o cometen una nulidad, a absolverle con la convicción de que es criminal, dejando que insulte con su presencia y aire de triunfo a la víctima y su familia tan solo porque el Ministerio público no ha sabido o no ha querido calificar el delito con arreglo a su naturaleza y a las prescripciones del Código Penal. De todas suertes, es innegable que, llevados a tal exageración el sistema acusatorio y la pasividad de los Tribunales, estos abdican en el Fiscal, en cuyas manos queda toda entera justicia. De su buena o mala fe, que no solo de su pericia, dependería exclusivamente en lo futuro la suerte de los acusados. Y suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica, llegase hasta ese último limite del sistema acusatorio, el Gobierno de V. M. Ha creído que la transición era demasiado brusca para este país, en que los jueces han sido hasta ahora omnipotentes, persiguiendo los delitos por su propia y espontanea iniciativa, instruyendo las causas los mismos que habían de fallarlas, ejerciendo la facultad omnímoda de separarse de los dictámenes fiscales, así durante la sustanciación como la sentencia definitiva, calificando según su propio juicio el delito y designando la pena, sin consideración a las conclusiones de la acusación y la defensa, y empleando, por último, la formula de la <<absolución de la instancia>>, o, lo que es lo mismo, dejando indefinidamente abierto el procedimiento cuando, faltos de prueba para condenar, infundían en sus mentes las diligencias sumariales livianas sospechas contra el acusado. La sociedad debe marchar como la naturaleza, gradualmente y no a saltos: los progresos jurídicos deben irse eslabonando, si han de encarnar en las costumbres del país. Por esto, el Gobierno propone a V. M. La solución contenida en el Artículo 733, que no altera en rigor la virtualidad del principio acusatorio. Según la estructura de la adjunta Ley, concluso el sumario, las partes hacen la calificación provisional del hecho justiciable. Sobre sus conclusiones versan las pruebas que se practican durante

todo el juicio; y al termino de este, cuando ya no faltan más que los informes del Fiscal y del defensor del acusado, autorizase a una y a otro para confirmar, rectificar o variar, en vista de las pruebas, su primera calificación. Al llegar a este trámite, todo, en rigor, está acabado; los Jueces han oído al reo y los testigos; han examinado las demás piezas de convicción y están en condiciones de apreciar con amplitud y acierto la naturaleza del hecho que es materia del juicio. Si en tal momento les asalta una duda grave sobre su verdadera calificación jurídica, ¿Qué dificultad puede haber en que, hipotéticamente, sin prejuzgar el fallo definitivo y solo por vía de ilustración, invite el Presidente del Tribunal al Ministerio Público y defensor del procesado para que en sus informes discutan una tesis más? El principio acusatorio quedaría quebrantado si ésta no hubiera de discutirse y resolverse con arreglo a las pruebas ya practicadas, dando lugar a que se abriese de nuevo o se prorrogase el juicio; pero, como éste está ya terminado y no es permitido volver sobre él, todo lo que puede suceder es que el Fiscal o el Letrado necesiten veinticuatro horas para razonar sobre la hipótesis del Tribunal con la conveniente preparación. Con ser tan modesta y estar ceñida esta facultad, declara, sin embargo, la Ley que no se extiende a los delitos privados o que solo pueden perseguirse a instancia de parte, ni a la calificación de las circunstancias atenuantes o agravantes, ni a la participación respectiva de los procesados en la ejecución del crimen, quedando reducida a la satisfacción de una necesidad apremiante originada en un interés público y de orden social. Aun encerrada en tan estrechos límites, el Ministro que suscribe hubiera renunciado a ella y manteniéndose en el rigorismo del principio acusatorio, si los Códigos mas progresivos y liberales de la Europa continental le hubieran alentado con su ejemplo; pero no hay ninguno que no dé mayor amplitud a la intervención del Tribunal en el juicio. En Francia y Alemania ya se

ha visto acta de acusación cuando así lo acuerda el Tribunal respectivo, y, además, la misma ley alemana y la austriaca dejan a este en libertad de apreciar el hecho justiciable sin sujetarse a la calificación que de él hubieren hecho las partes y sin tomar la precaución de someter a estas la nueva faz de la cuestión, a fin de que discutan ampliamente antes de que recaiga el veredicto. Procediendo este solemne debate, no ampliándose ni reformándose en ningún caso las piezas de convicción, no puede, en rigor, acusarse de incongruencia al fallo, puesto que la Ley, en suma, se limita a establecer un medio de suplir la omisión del Fiscal, cuyo deber es hacerse cargo de todas las calificaciones probables que autorice la prueba practicada y que pueda aceptar el Tribunal, redactando al efecto, cuando fuere necesario, la pretensión alternativa de que habla el Artículo 732. El Tribunal propone, hipotéticamente y sobre la base de una prueba inalterable, un tema de discusión momentos antes de pronunciar su veredicto, cuando cada Magistrado tiene ya formado su juicio definitivo sobre el voto que se va a dar. Mejor es, por tanto, que lo emita después de un debate que puede iluminar su mente y rectificar su juicio, que no autorizarle para que en el fallo se separe de las condiciones debatidas por las partes y siga sus propias inspiraciones, no contrastadas en el crisol de la contradicción, como le autorizan los Códigos austriaco y alemán, a pesar de ser los más adelantados de la Europa continental.”²⁶ El proyecto que el ministro de gracia y justicia presentó a Su Majestad el Rey, ya proponía una limitación clara y específica al poder omnímodo de los jueces llamados a dictar sentencia, puesto que aunque se buscaba tutelar el principio general del derecho del *lura Novit Curia*, que indica que el juez es el que conoce del derecho, lo que le faculta para aplicar sus conocimientos en el proceso penal, inclusive de oficio, tutelando en

²⁶ Civitas Biblioteca de Legislación, **Ley de Enjuiciamiento Criminal**, pág. 52.

todo caso el derecho de la sociedad a la justicia; sin embargo y a pesar de que se busca la justicia, esto no quiere decir que se debe de actuar en contra del derecho, puesto que de conformidad con el sistema acusatorio el juez debe de emitir su fallo dentro los límites que las partes imponen, a través de todo lo que versa dentro del juicio, es decir que deben respetar las propuestas de solución que las parte promulgan, la acusación planteada por el Ministerio Público o por la decisión final a que se haya llegado con ocasión de la realización de las pruebas producidas en el debate.

4.2 El derecho comparado, con respecto a la legislación de otros países

Además de ir abriéndose paso en la doctrina más moderna, la necesidad de incluir en la intimación de la imputación la calificación jurídica del hecho atribuido, ha sido regulada expresamente en los Códigos Procesales Penales latinoamericanos más recientes.

Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal de Chile, publicado el 12 de diciembre del año 200, establece: “Artículo 341.- Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia. Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de

permitir a las partes debatir sobre ella”. Lo interesante de esta regulación consiste en el hecho de que la advertencia y la posibilidad de alegar sobre la posible modificación de la calificación jurídica se garantizan no sólo cuando tal posibilidad surge durante el debate, sino también cuando ello sucede en la deliberación, una vez clausurada la audiencia. El nuevo Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley 906; regula el principio de otra manera: “Artículo 448. Congruencia. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”. En este caso, la regla impide al tribunal la modificación de la calificación jurídica propuesta por la acusación. En el caso del Código Procesal Penal de El Salvador, Decreto 904, en cambio, no se limita de tal modo al tribunal: “Artículo 359.- La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado. En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de la apertura a juicio, o aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas. El imputado no podrá ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, su ampliación o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica; la regla comprenderá también a los preceptos que se refieren sólo a la pena, cuando se pretenda aplicar una más grave a la solicitada”.

En idéntico sentido, el Código Procesal Penal de Venezuela, publicado en la Gaceta oficial No. 5.558, estatuye: “Artículo 364. *Congruencia entre sentencia y acusación.* La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la

acusación y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación. En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Pero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido por el juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica”. Como se puede advertir, los ejemplos citados —con excepción del Código Procesal Penal de Colombia— concuerdan con la doctrina de la Corte Interamericana ya que, al mismo tiempo que consagran el principio *iura novit curia*, lo limitan por las exigencias derivadas del principio de congruencia y del derecho de defensa. Del mismo modo se halla regulada esta limitación al principio *iura novit curia* en la Ordenanza Procesal Penal alemana, de 1877; que en el § 265 establece el deber de advertencia del tribunal frente a una posible modificación de la calificación jurídica — independientemente de si se trata de una figura más grave o menos grave—. Según el autor Roxin, este deber parece tener dos fundamentos. En primer término, frente a la facultad del tribunal de calificar el hecho según su propio criterio, en la medida en que no exceda los límites fácticos del objeto procesal, el acusado debe quedar a salvo de sorpresas en relación a las cuales no pudo preparar su defensa. En segundo lugar, el interés en lograr un esclarecimiento exhaustivo de lo ocurrido, se le debe conceder la posibilidad de pronunciarse respecto a la imputación que ha sido modificada.

4.3 La acusación alternativa, una solución a corto plazo

Con el objeto de que la sentencia sea congruente con la acusación planteada por el Ministerio Público, (lo que se conoce con el nombre de principio de congruencia entre la acusación y la sentencia) el propio Código Procesal Penal, establece en el Artículo 333 la posibilidad de plantear de forma conjunta con la acusación principal y de posibilitar al Ministerio Público a presentar, en caso de que el delito contenido en la acusación principal no resulta comprobado, otra acusación a la que se distingue de aquella por el nombre de acusación alternativa.

El licenciado Cesar Ruiz, define a la acusación alternativa, en los términos siguientes: “La delimitación del hecho que será objeto del juicio, pues cumple una función garantizadora porque evita acusaciones sorpresivas y permite una defensa adecuada. Este principio se denomina principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, aunque su contenido específico puede ser descrito como el carácter intangible del objeto del juicio”.²⁷

El Artículo 333 del Código Procesal Penal, establece: “El Ministerio Público, para el caso de que en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que fundan su calificación jurídica principal, podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta”

²⁷ Ruiz Gutiérrez, Cesar Augusto, **Análisis de la fundamentación de los hechos circunstanciados en el escrito de acusación**, pág. 30

El mencionado Artículo contiene dos supuestos que son los siguientes: a) Nominación del ente facultado para plantear la acusación alternativa b) El supuesto de que eventualmente en un juicio los hechos constitutivos de la calificación jurídica que hace el Ministerio Público, vertidos en la acusación no pudieren ser demostrados, todos o alguno; y como consecuencia, enmarca el Artículo analizado: La facultad del Ministerio Público de indicar las circunstancias de hecho, que permitan juzgar al procesado por una figura delictiva distinta, pero con los mismos hechos.

Por lo anteriormente expuesto, se establece que la definición de acusación alternativa, a la sombra de su regulación legal en Guatemala, deberá contener, el dato del ente encargado; el supuesto del caso en el que se puede recurrir a ella la forma en que debe hacerse y finalmente el momento procesal en que se pueda hacer valer. En tal sentido, se puede anticipar una definición, no sin caer en imprecisiones, toda vez que sobre el mismo tema, se ensaya un análisis crítico adelante. A mí criterio la acusación alternativa es: El acto procesal por el que el Ministerio Público, puede indicar todas las circunstancias de hecho en su acusación o durante el debate, que permitan acusar alternativamente al imputado, ulteriormente a no poderse probar la calificación jurídica principal por la que acusa. Puesto que el momento procesal en que se puede plantear la acusación alternativa, no está especificado en el Código Procesal Penal, y como se verá, la interpretación, para su aplicación resulta diversa y no uniforme, por lo que se puede adelantar que se trata de una situación poco concreta el momento de la producción de la acusación alternativa y cuándo ésta rendirá sus frutos. Se puede decir que la falta de definición en este sentido obedece a dos cosas, en primer lugar que el

Artículo 333 del Código Procesal Penal, no señala cuando se puede plantear o en qué forma debe plantearse la acusación alternativa (en cuanto a su forma: si es en el mismo escrito de acusación o no), y tampoco especifica el hecho de que si bien el Ministerio Público, es quien señala los elementos o circunstancias de hechos que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta de la que se acusó, sea este mismo el que deba sugerir el otro delito, o el tribunal simplemente fallar sobre él. No obstante la congruencia entre acusación y sentencia debe darse en los hechos pero no en la calificación jurídica.

Sin embargo, se puede concluir no sin temor a imprecisiones, que el momento en que se produce la acusación alternativa debe ser el mismo de la formulación o planteamiento de la acusación principal, para que sea el tribunal el que en sentencia condene o absuelva de tantos delitos como número de acusaciones se deduzcan del acto que motiva la apertura del juicio. La acusación alternativa resulta ser una herramienta práctica, útil y sencilla para coadyuvar con la labor de los fiscales. Del análisis del Artículo, se puede inferir que el legislador pretendía dotar al Ministerio Público de un Artículo en específico, a través del cual, aún teniendo planteada una hipótesis principal a través de la acusación, la posibilidad que de no resultar probados los hechos que en la misma se describen.

4.4 Análisis de los Artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal

4.4.1 Artículo 373 del Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal, establece en el Artículo 373. “Ampliación de la acusación. Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modificare la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integrare la continuación delictiva. En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa. Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación.”

El Artículo transcrito habla de la posibilidad que tiene el Ministerio Público en el transcurso del debate de ampliar la acusación en dos sentidos, el primero en cuanto a la calificación del delito y el segundo en cuanto a la pena a imponer, todo bajo el principio generador de que se dé un nuevo hecho o circunstancia que no hubiera sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio; lo cual quiere decir que la norma reconoce la importancia tanto del auto de apertura a juicio como de la acusación, siendo en todo caso el supuesto de la norma analizada.

Como consecuencia a lo anterior, se establecen dos supuestos de importancia, el primero es que con la ampliación descrita, el Tribunal de Sentencia está obligado a:

1. Recibir nueva declaración del sindicado sobre la base de los nuevos hechos.
2. Informar a las partes que tienen el derecho de pedir la suspensión del debate, para ofrecer nuevas pruebas o preparar adecuadamente su intervención.

Lo anterior cabe destacar que es conteste con el debido proceso y el derecho de defensa toda vez, que al motivarse nuevas cuestiones dentro del debate, que cambian totalmente el desarrollo del mismo, se da la oportunidad procesal para que las partes que intervienen del mismo, se preparen nuevamente con pruebas y argumentos, para presentar ante la modificación planteada.

4.4.2 Artículo 374 del Código Procesal Penal

El Artículo 374 del citado cuerpo normativo, preceptúa: “Advertencia de oficio y suspensión del debate. El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la modificación posible de la calificación jurídica, quienes podrán ejercer el derecho consignado en el Artículo anterior.”

El anterior es un Artículo que puede darse a confusión de interpretación, puesto que se puede inferir que su redacción tiene relación con el Artículo que le precede, sin embargo, también puede considerarse como un derecho general que las partes tienen ante el anuncio que se hace con el Artículo citado, de la posible modificación de la calificación jurídica del delito imputado al sindicado, sin embargo este anuncio es

incompleto ya que no se establece bajo qué términos y por qué circunstancias se puede dar ese cambio, es decir el Tribunal de Sentencia, debería de tener la facultad y la discrecionalidad de advertir la posible figura delictiva a aplicar, o en su defecto la pena que se prevé modificar, situación que como se aprecia no contempla el Artículo, sin embargo aún plantea una posibilidad de defensa, de ser oído por parte del órgano jurisdiccional en cuanto a los nuevos hechos que se le atribuyen en el cambio ya sea de calificación como de pena a imponer.

Del análisis de los dos anteriores Artículos del Código Procesal Penal, se puede inferir que el mismo es una clara contradicción con lo que establece el párrafo segundo del Artículo 388, puesto que en los mismos se admite el derecho de defensa al imputado, puesto que se le otorga la posibilidad de suspender el debate, si se anuncia una modificación a la calificación jurídica del delito o la pena a imponer, además de que se le escucha nuevamente en declaración sobre los nuevos hechos que se le imputen, lo cual no ocurre con el párrafo objeto del presente trabajo de tesis, se puede concluir que entonces en el párrafo denunciado de inconstitucionalidad, efectivamente viola el derecho de defensa y el debido proceso del imputado, toda vez que le niega el derecho de conocer el delito sobre el cual se le acusa, los hechos que generan esa apreciación legal, así como se le niega el derecho de manifestarse sobre el mismo, y en su caso el conocer que se le atribuye para atacarlo con las armas de defensa que le otorga la ley; al negársele el derecho a ser escuchado sobre los nuevos elementos que constituyen el delito imputado a su persona se desnaturaliza el debido proceso, porque se entiende que el tribunal sentenciador condena en definitiva al sindicado, negándole el derecho a la presunción de inocencia, porque no le otorga ningún medio de defensa idóneo, para

oponerse; tal como sucede con los Artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal, que ante una eventual solicitud de cambio de calificación jurídica o pena a aplicar durante el debate, efectuada por el Ministerio Público, le permite a las partes que intervienen en el mismo el derecho de solicitar la suspensión del debate y en su caso se escucha nuevamente al sindicado, por lo que la inconstitucionalidad invocada queda de manifiesto en base a todos los argumentos vertidos en el transcurso del presente trabajo.

Como un colofón, se puede transcribir, las consideraciones finales, del resumen de la sentencia del caso Fermín Méndez en contra del Estado de Guatemala, que fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la errónea aplicación del párrafo segundo del Artículo 388, lo cual quedó demostrado con la sentencia favorable al señor Méndez en detrimento del Estado de Guatemala, condenado, este último, por la violación a los derechos humanos de defensa, debido proceso e igualdad procesa, así como el principio procesal penal de congruencia; se hace esta última transcripción en el sentido siguiente: “En primer término, consideramos que la nueva doctrina desarrollada por la Corte Interamericana sobre principio de congruencia, calificación jurídica y derecho de defensa constituye una exigencia del derecho de defensa garantizado en el art. 18 de la Constitución Nacional —en este sentido parecen pronunciarse MAIER y BINDER— y, además, en el art. 8.2 de la Convención Americana y en el art. 14.3 del Pacto Internacional. Ello pues en un juicio oral no basta, para oponer la mejor defensa técnica posible, con conocer los hechos, pues tales hechos, desprendidos de la calificación jurídica que se pretende aplicar, pueden no resultar suficientes para desarrollar una defensa efectiva. Debemos tener en cuenta que el valor

relativo de los elementos que integran cada uno de los hechos, la relevancia de las relaciones existentes entre los distintos hechos entre sí, la valoración del cuadro probatorio como un todo —tareas todas necesarias para diseñar y llevar a cabo la estrategia probatoria y la argumentación sobre la valoración de los hechos y la aplicación del derecho— son circunstancias que dependen del prisma jurídico a través del cual analizamos el caso. Así, determinada circunstancia fáctica puede resultar casi intrascendente cuando se trata de cierta calificación jurídica, y determinante en el supuesto de una calificación jurídica distinta —v. gr., el móvil o la ultra intención, en el homicidio simple, sólo es un hecho de corroboración ajeno al hecho punible imputado; no sucede lo mismo en algunos supuestos de los homicidios calificados del art. 80, CP—. Por este motivo, el enfoque que proporciona la posible calificación jurídica del hecho es un dato fundamental para el ejercicio de una defensa realmente efectiva.” Este es el apartado final del título denominado derecho de defensa, de la sentencia del proceso Fermín Méndez vrs. Estado de Guatemala, ya citado. En la misma se puede apreciar claramente que la violación a los principios constitucionales invocados en el desarrollo del presente trabajo.

CONCLUSIONES

1. La inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal, es evidente, toda vez, que de su redacción se establece que éste colisiona con las garantías constitucionales invocadas, y su aplicación viola principios procesales constitucionalmente amparados.
2. El Código Procesal Penal, confiere al Ministerio Público la facultad de presentar una acusación alternativa cuando existe la certeza jurídica de que el hecho punible juzgado puede encuadrar en una figura delictiva distinta de aquélla que se plantea en la acusación principal, lo cual limita la decisión de los jueces de sentencia, para modificar la calificación delictiva en sentencia.
3. El Artículo 374 del Código Procesal Penal, establece que el Tribunal de Sentencia tiene la facultad de advertir a las partes procesales sobre la posible modificación de la calificación jurídica, sin embargo, su redacción no indica la obligatoriedad del anuncio de modificación o a qué fase procesal en concreto se refiere dicha modificación.
4. El Código Procesal Penal, otorga a los jueces de sentencia, la facultad de modificar la calificación jurídica del delito, sin embargo, no se establece un procedimiento que garantice que dicha modificación se encuentra apegada al debido proceso, por lo que la misma debe de considerarse inconstitucional.

5. El párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal, es inconstitucional, puesto que confiere la facultad ilimitada para que los jueces de sentencia emitan una sentencia arbitraria, modificando la calificación jurídica del delito, sin observar la aplicación del debido proceso, la igualdad procesal, el derecho de defensa y el principio de congruencia.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que la Corte de Constitucionalidad, realice un análisis jurídico para demostrar la incompatibilidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal, con la Constitución Política de la República de Guatemala, para que a través de una opinión consultiva se emita un informe que explique que la aplicación inconstitucional, atenta en contra de garantías constitucionales y depurar el proceso penal de Guatemala, porque en la actualidad la redacción del mismo es violatorio de garantías constitucionales y principios procesales, que informan al proceso penal.
2. Es necesario que el Ministerio Público, haga uso de la facultad que le confiere el Artículo 373 del Código Procesal Penal, planteando, cuando las circunstancias del hecho delictivo lo ameriten, una acusación principal, una o varias alternativas, cuando se tenga la certeza jurídica que el hecho punible puede encuadrar en las mismas, todo ello con el fin de limitar la decisión de los jueces de sentencia, toda vez que en la actualidad, esta facultad, colisiona con las garantías constitucionales y principios procesales que informan al proceso penal en Guatemala.
3. Se debe de proponer una reforma de ley por inconstitucionalidad del párrafo segundo del Artículo 388 del Código Procesal Penal guatemalteco, por las personas constitucionalmente legitimadas, es decir, la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el procurador general de la nación, el procurador de los derechos humanos o en su defecto por cualquier ciudadano

auxiliado por tres abogados, para que se modifique la redacción del Artículo 374 del Código Procesal Penal, en la cual se establezca que el anuncio de la posible modificación de la calificación jurídica es obligatorio y que dicha modificación puede darse en la sentencia, siempre y cuando, se haya otorgado a las partes el ejercicio del debido proceso.

4. Se debe de establecer a través de una reforma de ley, aprobada por el Congreso de la República de Guatemala, la incorporación al Código Procesal Penal de un Artículo que establezca un procedimiento para legitimar la decisión judicial de modificar la calificación jurídica del hecho punible, en el cual se confiera a las partes procesales la facultad de conocer sobre dicha modificación y hacer uso del debido proceso, para resguardar sus derechos y garantías constitucionales, para que sus derechos y garantías sean resguardados y protegidas en el proceso penal, al que estuvieran sujetos

5. Se debe de derogar por parte del Congreso de la República de Guatemala, a través de un Decreto de Ley, el párrafo segundo del Código Procesal Penal, porque es inconstitucional al violar garantías constitucionales y principios procesales, todo con el fin de que se depure el juicio penal guatemalteco y se garantice el debido proceso a toda persona sujeta a persecución penal.

BIBLIOGRAFÍA

ALBEÑO OVANDO, Gladis Yolanda. **Implantación del juicio oral al proceso penal guatemalteco.** Tesis de Grado, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1988.

BORJA OSORNO, Guillermo. **Derecho procesal penal.** 3a. ed.; México: Ed. Cajica, S.A, 1995.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 14a. ed.; Argentina: Editorial Heliasta S.R.L. 1980.

CASTELLANOS, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal.** 5a. ed.; México: Ed. Porrúa S, A., 1981.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** 5a. ed.; Guatemala: Ed. Llerena, 2000.

ESPASA, LEX. **Diccionario jurídico.** España: Ed. Espasa Calpe, S.A. 1999.

FENECH, Miguel. **Curso elemental de derecho procesal penal.** 2a. ed.; España: Ed. Bosch, 1945.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal.** 2a. ed.; España: Ed. Casa Bosch, 1931.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. **Derecho procesal penal.** 4a. ed.; México: Ed. Porrúa S, A, 1983.

HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal, el proceso penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. José de Pineda Ibarra. 1978.

MAIER, Julio. **Derecho procesal penal argentino.** Argentina: Ed. Hammurabi, 1989.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. 21a. ed.; España: Ed. Espasa Calpe S.A, 1996.

Legislación:

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

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, 1978.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, 1986

Ley de Enjuiciamiento Criminal de España. Real Decreto de Su Majestad el Rey de España, 1882.

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

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

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto número 15-91, 1991