

AÑO 3 | SEMESTRE 2
EDICIÓN JULIO - DICIEMBRE 2020

REVISTA

DE LA COMUNIDAD JURÍDICA DE OCCIDENTE



“DISCERE MAGIUS IURIS”
APRENDE MÁS DE DERECHO



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE



“DISCERE MAGIUS IURIS”

APRENDE MÁS DE DERECHO

Coordinador general:

Erick Juárez Elías.

Coordinadores de la revista:

Bayron López Hernández

Luis Alberto Fernández Ramírez.

Notas aclaratorias:

Las opiniones expuestas en los artículos publicados son responsabilidad exclusiva de su autor y no expresan necesariamente la opinión de la Comunidad Jurídica de Occidente.

Se permite su uso, difusión y reproducción total o parcial para fines didácticos, siempre que se cite la fuente.



† En memoria a Sergio Armando Teni Aguayo



DE LAS PALABRAS DE ERICK JUAREZ DADAS A UN AMIGO ANTES DE IMPARTIR JUSTICIA

Has honor de la noble investidura que hoy se te concede, por cuanto es la más importante y delicada de entre todas las que se otorgan.

Impregna y resguarda de dignidad tu cargo, alejándote de los bullicios de la vida licenciosa, desordenada e irresponsable, en cuanto de cuyos actos debes juzgar a los demás.

Antes de ser inclemente se compasivo con los justiciables, porque el yerro de la conducta que juzgas puede ser tu yerro al juzgar.

Cuando la ofuscación irrumpa de tal manera que te impida razonar, posterga la decisión, que es menos perjudicial a las injusticias del fallo inmediato.

Cultiva la tolerancia para respetar por igual a quien sea y conceder indulgencia tanto al ingenuo como al insolente.

Has de la templanza tu hábito más devoto y así tu proceder será estandarte de la moderación del derecho y de los apremios que dispongas.

Jamás encubras tu deber de juzgar, aun cuando la fuerza de la multitud, de la naturaleza o de las armas esté sobre tus sienes.

Arrópate de sabiduría para discernir entre el bien y el mal de tus decisiones, conteniendo así cualquier perjuicio que puedas provocar.

Olvida con la mayor prontitud las ofensas, así tu buen juicio para sentenciar estará libre de los mezquinos sentimientos.

Pues bien mi buen amigo, has de tu cargo el refugio de los que claman justicia, a quienes los abusos han impedido que la exijan como es debido y devuelve a cada uno lo que es suyo, lo que merece y lo que necesita!

CONTENIDO



PRESENTACIÓN
ERICK JUÁREZ

1

LA NATURALEZA EXCLUSIVAMENTE
PROCESAL DE LA PRUEBA
(SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO CIVIL)
JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER

13

APLICACIÓN DE LA RESERVA DE LAS
ACTUALIZACIONES QUE DETERMINA EL
ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL
CORRELACIONADO CON EL ARTÍCULO 14
CONSTITUCIONAL
LUIS ARTURO ARCHILA ÁLVAREZ

24

¿ES POSIBLE APLICAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, EN DELITOS QUE
EXPRESAMENTE PROHIBE EL ART. 264 DEL
CÓDIGO PROCESAL PENAL?
BLANCA ELIZABETH GONZÁLEZ GÁLVEZ

34

EL JUICIO VIRTUAL Y SUS DESAFÍOS
MARÍA CADENAS

49

PRESENTACIÓN



Los últimos números de la Revista, han iniciado con artículos sobre la prueba, desde su perspectiva particular o general, inclusive, los desafíos actuales sobre la teoría probatoria en la academia y en la práctica forense. Este número sigue esa tendencia, reconociendo la importancia de la prueba para el juicio y, en esencia, como instrumento para legitimar las decisiones jurisdiccionales, en especial las sentencias; por cuanto y en tanto permite alcanzar la verdad de los hechos controvertidos, excluyendo así las decisiones sustancialistas.

Y en esta ocasión de las ideas de uno de los procesalistas más reconocidos a nivel internacional, el Doctor Juan Luis Gómez Colomer, catedrático universitario, profesor invitado de diferentes universidades, conferenciante, expositor y capacitador en innumerables eventos, autor de libros, ensayos, artículos y, por sobre todo, encargado de las reformas procesales en Nicaragua, Honduras y, como él bien anota, del proyecto de reforma procesal civil de Guatemala que promovió la magistratura 2009-2014.

Gómez Colomer plantea varios indicadores para la evaluación actual del régimen probatorio, tanto normativo como teórico, lo que permitirá en gran medida tomar las acciones correspondientes para adecuarlo a las exigencias y estándares de la doctrina dominante y la más avanzada.

El primero de ellos, sobre la influencia de los códigos napoleónicos que aún pervive, en no pocos códigos de la región, tanto civil como procesal civil; en contraposición al régimen probatorio del derecho inglés, cuyos estándares tienden a posibilitar el descubrimiento de la verdad. Así, es notorio el mantenimiento de formas probatorias obsoletas e irracionales para alcanzar la verdad, como la prueba de confesión o declaración de partes, en la que solo puede ser pedida por la parte contraria y utilizada exclusivamente en lo que perjudica al absolvente, lo que incluso se conserva en los artículos 301 y 316.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española; a lo cual se adiciona, la construcción ficticia de la verdad procesal, al tener por ciertos los hechos cuando la parte, obligada a absolver el interrogatorio, no comparece. Además, poca exigencia a parámetros de valoración probatoria, omitiendo

establecer normativamente salvaguardias o lineamientos básicos para la aplicación de las reglas de la sana crítica, cuando bien va y es elegido este sistema de valoración probatoria, aún y cuando varios códigos de la región aún fijan supuestos de valor tasado. A esto se adiciona, la laxa regulación sobre patrones de admisibilidad de la prueba, que se detiene solamente a la ilicitud, dejando de considerar otros supuestos que impondrían su exclusión. Esto, por mencionar algunos puntos que tienen más de 200 años de estar regulados de la misma forma.

Segundo, sobre la naturaleza eminentemente procesal de la prueba por sobre la mixtura que en antaño se le daba; como bien detalla Gómez Colomer, el considerar la admisibilidad y valoración como naturaleza sustantiva de la prueba, y la práctica probatoria como procedimental, evidencia la segregación del ámbito que corresponde, de forma propia y exclusiva, a la teoría probatoria; pero, además, denota la menor importancia que tenía la prueba para el juicio, subordinándola a la actividad procesal y ésta a la forma procedimental. Por ello, cuando el autor marca claramente la naturaleza del régimen probatorio, determina la importancia que éste tiene para el juicio, razón por la cual la regulación normativa al respecto debe ser amplia, clara y suficiente, a efecto de establecer todos los elementos que conciernen a la prueba, tanto adquisición, proposición, admisión, reproducción o práctica, valoración y, en esto con particular incidencia, la prueba en los ámbitos tecnológicos. A esto se adiciona el valor práctico que conlleva tener regulado todo el régimen probatorio en un código, evitando así acudir a otro texto legal para determinar ciertos aspectos relacionados a una prueba en particular, lo que incluso podría provocar duda aplicativa, si las regulaciones son diferentes, tanto por cuestión de tiempo en que fueron aprobadas, como de la doctrina seguida al describirlas.

Tercero, que no siempre un nuevo código superará o eliminará por completo los yerros de las regulaciones anteriores, por cuanto que, tal y como lo reseña Gómez Colomer, los distintos proyectos de Código Civil Español, desde el de 1821, pasando por el de 1836, 1851 y 1882, fieles a tradición, mantuvieron un apartado específico para regular lo relativo a “la prueba para acreditar las obligaciones”, sin reparar, como lo indica el autor, que no se acreditan las obligaciones, sino los hechos que surgen de estas. Tal situación, de mantener regulaciones normativas aún en contra de la razón o de los avances teóricos, está representada, incluso, en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que en abstracto establece prohibiciones para ser testigo, bajo la vetusta denominación de “tacha de testigos”, a pesar que hace más de 190 años Jeremy Bentham señaló las razones por las

cuáles no podía excluirse, ex ante, a un testigo para declarar en juicio; lo cual, es refrendado por la doctrina más evolucionada, que gravita la desacreditación de los testigos en juicio, a través del contra-examen, y no por supuestos normativos prejuiciosos.

Cuarto, la necesaria reforma procesal civil en Guatemala, urgente e impostergable, tanto porque el vigente código ha sido ineficaz para “resolver los conflictos jurídicos de los ciudadanos”, así como los defectos originarios que desde hace 140 años se mantienen rigiendo el procedimiento; en el primer punto, nos recuerda la trascendencia de la eficacia del juicio para considerarlo como el medio idóneo para la solución más justa del conflicto, lo que implica la prontitud de las resoluciones, la capacidad de proveer la tutela judicial, la máxima posibilidad de alcanzar la verdad sobre los hechos controvertidos, la aptitud de transformar las situaciones litigiosas, la facilidad de obtener soluciones amistosas –conciliatorias y sus variantes-, y, no menos importante, la debida ejecución de la sentencia. En el segundo punto, evaluar y en su caso desechar aquellas instituciones jurídicas y regulaciones que, desde el primer Código de Procedimiento Civiles, han establecido formas vetustas de la actividad procesal, en donde la forma ha sido más importante que el fondo del asunto controvertido; a la vez, nos exige evaluar si las mismas, que incluso eran práctica en la época colonial, siguiendo la Curia Filípica y la similar mexicana, realmente constituyen salvaguardas para asegurar el derecho de los justiciables o, por el contrario, son obstáculos para el desarrollo expedito, racional y eficaz del juicio; lo que implica que, una disposición jurídica no debe mantenerse por simple tradición, sino más bien, por la funcionalidad que entrega al juicio justo. Sin duda, las variadas injusticias y los rituales irracionales de la justicia civil en Guatemala, exigen un nuevo sistema procesal.

Quinto, Gómez Colomer da cuenta de la coherencia entre su posición teórica y su actividad práctica, al regular con total propiedad y amplitud el régimen probatorio en su Proyecto de Código Civil para Guatemala, disponiendo una amplitud de artículos que, de forma amplia y preventiva, reguló todo lo relativo a la prueba, dividido en cinco secciones, mediante las cuales se normaba los elementos más relevantes de la teoría probatoria. De estos, uno merece algunas líneas, sin menoscabar la importancia de los otros; es el relativo a la anticipación de la prueba, por cuanto que, en el sistema anglosajón, tiene una finalidad más amplia que en el sistema continental; denominado como descubrimiento probatorio, puede ser pedido, no solo con la finalidad de perpetuar un dato o información útil para el juicio, sino también, y con mayor frecuencia, para facilitar los arreglos directos o

“amistosos”, evitando incluso la presentación de la demanda. Así, el descubrimiento probatorio, que puede implicar interrogatorio de las partes o de testigos, alerta e informa a la parte contraria, de la seriedad o trivialidad de su acción futura, lo que en gran medida conlleva la toma de decisión más adecuada, optar por la vía de un acuerdo o, cuando exista poca posibilidad de cuestionar las pretensiones de la parte contraria, o por el contrario, ir a juicio cuando es poco probable, para la parte contraria, acreditar sus alegaciones.

Finalmente, el artículo entrega un indicador extra jurídico, referido a las condiciones políticas en que emergen las reformas legislativas; la evolución jurídica, en no pocos casos, pasa por el compromiso de altas autoridades capaces de liderar proyectos de reforma, como da cuenta la gestión de don Alonso Martínez como Ministro de Gracia y Justicia; y al contrario, la involución jurídica, en la mayoría de casos, radica en la mirada incompetente y ególatra de los funcionarios que buscan pleitesías inmerecidas, como el caso de los integrantes de la magistratura 2014-2020 –e ilegalmente hasta la fecha- de Corte Suprema de Justicia de Guatemala, que proscribió el Proyecto de Gómez Colomer e, irrisoriamente, presentó un proyecto de reformas mínimas al vigente Código Procesal Civil y Mercantil, cuya exposición de motivos copiaba literalmente párrafos de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España y del Código Orgánico General del Proceso de Ecuador. En similares términos puede verse la Iniciativa de Ley presentada por la indicada magistratura, que pretende aprobar un Código Procesal Laboral o de Trabajo, cuyo único aporte, si se puede considerar así, es separar las disposiciones sustantivas de las procesales, que actualmente se encuentran integradas en un solo código.

En la misma temática probatoria, Luis Arturo Archila analiza el régimen de la actividad investigativa por parte del fiscal en materia penal, para explicar la forma y condiciones en que, excepcionalmente, puede reservarse, específicamente una información o acto investigativo a los sujetos procesales.

Archila parte de la premisa, incuestionable por cierto, del derecho constitucional que le asiste al imputado para imponerse, conocer y obtener copias de los registros –escritos, magnetofónicos o de cualquier otra forma- de la investigación realizada por la fiscalía; con lo cual, confirma que, uno de los presupuestos para el efectivo ejercicio del derecho de defensa, lo constituye conocer todos los actos de investigación existentes en su contra,

sobre cuya base debe tener el tiempo suficiente para preparar su defensa. De esto derivan varios aspectos, siendo el más importante el que establece que, nadie puede defenderse de lo que desconoce, siendo imposible presentar argumentos, evidencia o refutar la presentada por el contrario, cuando no se ha tenido la oportunidad de imponerse de la misma con el tiempo suficiente; al efecto, nada más elocuente que las floridas letras de Franz Kafka, en “El Proceso”, donde la incertidumbre de los hechos que se le atribuyen a K subyace en la mayor parte de la novela y ante lo cual, razonablemente indica que, no puede presentar ningún “escrito” defensivo por no saber de lo que tiene que defenderse. Por ello, el autor reitera la importancia de acceder a las actuaciones investigativas, constituyendo un derecho básico del imputado, con mayor relevancia, pero que abarca también a la víctima del delito e, incluso, al tercero civilmente demandado, tal y como él lo señala al relacionar las disposiciones jurídicas ordinarias.

Por aparte y con merecida explicación, Archila finca claramente la diferencia de la publicidad de la investigación para los sujetos procesales y la reserva para los extraños; pareciera ser un aspecto de sentido común o de comprensión fácil de la norma jurídica; sin embargo, la realidad da cuenta de lo contrario, en tanto esa reserva es utilizada infundadamente para reservar los actos de investigación e, inclusive, los actos procesales al sindicado, hasta tanto no esté vinculado al proceso; y por aparte, algunos fiscales o investigadores sin reparo alguno osan en proporcionar información de los actos de investigación a los medios de comunicación, quienes lo difunden masivamente, incluyendo interpretaciones o conjeturas descontextualizadas. Ambos escenarios son errados, por cuanto que, el derecho del imputado, denominese de cualquier forma, le asiste desde el primer señalamiento en su contra, sin el presupuesto procesal, de existencia del proceso, como tampoco que esté ligado a proceso, siendo ambas categorías resabios del auto formal del proceso propio de los sistema mixtos e inquisitivos, obviamente superados en Guatemala; y por aparte, el derecho de acceso a la información pública y el derecho de emisión del pensamiento, no son absolutos y en consecuencia tienen límites racionales y debidamente justificados, entre los que figuran los actos de investigación y los procesos judiciales, tanto para resguardar los datos sensibles de los intervinientes, como para asegurar la eficacia de la investigación y de los procesos; claro está, las audiencias son públicas, salvo las restricciones debidamente establecidas en la ley.

Además, Archila hace referencia concreta a la reserva de las actuaciones, respecto a la cual derivan algunas circunstancias; inicialmente y coherente

con lo indicado en el Manual para Jueces de la Comunidad Jurídica de Occidente, estriba el rol que le corresponde a los fiscales y a los jueces, al señalar inequívocamente que, “decretar” la reserva es una atribución exclusiva de los fiscales, quienes deben dejar constancia de esa decisión, a través de la forma de registro que internamente se ordena, carpeteando debidamente la misma, a efecto pueda ser conocida, consultada y utilizada posteriormente por cualquiera de los sujetos procesales; por aparte, describe la función de garante de los jueces, a quienes les corresponde verificar que la reserva decreta por la fiscalía sea legal, justificada y enmarcada en los límites de plazo y forma que el Código Procesal Penal establece. Conforme a esto, se adhiere a lo consignado en el indicado Manual, en cuanto que, la práctica forense yerra al conferirle a los jueces la “intromisión” de decretar la reserva del proceso, lo que constituye una arbitrariedad judicial y en consecuencia la imposibilidad que el imputado pueda exigir el control de garantías, toda vez que son los propios jueces quienes la decretan. A esto se suma una circunstancia más, que de conformidad a las normas constitucionales y procesales, la reserva es de los actos de investigación y no del proceso, existiendo una diferencia abismal entre uno y otro, cuya asimilación implica una absoluta incoherencia práctica y una forma inquisitorial actual, por cuanto que, impedir el acceso a los actos procesales implica la secretividad del mismo, propio de la inquisición y vigente en el sistema mixto mediante el sumario, pero que, incluso, tenía sus restricciones mediante su paralelo de la cuerda pública.

Asimismo, Archila describe la forma en que debe realizarse la reserva de las actuaciones investigativas por parte del fiscal, iniciando por la identificación y descripción de la justificación, la cual debe ser objetivamente verificable y, además, necesariamente vinculada a mantener confidencialmente las actuaciones; luego describe el plazo al que está sometido y la prórroga que puede, excepcionalmente, decretarse, junto a lo cual señala el derecho de los sujetos procesales de pedir que la judicatura ordene el fin de la reserva y consecuentemente el acceso a los actos de investigación sin reserva alguna.

Archila agrega dos aspectos de significada relevancia para el tema tratado; el primero de ellos, que la reserva de las actuaciones de investigación es especialísima y excepcionalísima, por lo cual, solo puede justificarse para asegurar la eficacia de un acto de investigación, por lo que, realizado este automáticamente termina la reserva decretada; pero y más importante, que la reserva debe describir específicamente la actuación que queda en resguardo o privacidad, con lo que confirma que no es de todos los actos de

investigación, sino única y exclusivamente de aquel o aquellos que contienen la información que insta a la práctica de un acto de investigación, tal el caso de una entrevista que contenga datos de lugares, objetos, documentos u otros testigos relevantes para esclarecer la verdad, para cuyo efecto de obtenerlos, se reserva esta entrevista, no así los demás registros investigativos que sean independientes y no tengan relación con el acto de investigación futuro a practicar. Y lo segundo, que debe indicarse claramente a quien afecta la reserva de las actuaciones de investigación, porque tal y como él mismo lo indica, es probable que la víctima y no el imputado, sea quien tenga interés en obstaculizar el acto de investigación; por lo cual, la reserva puede ser parcial respecto a las actuaciones y, también, parcial respecto a los sujetos que afecta.

En otro contexto, Blanca González Gálvez devuelve la mirada en uno de los temas más polémicos en el ámbito de la justicia penal: la prisión preventiva; y sin duda, la polémica deriva por el uso de la fuerza sobre la persona del imputado, restringiendo uno de los derechos más fundamentales de todo ser humano, como es la libertad ambulatoria. Al respecto, la historia del proceso penal da cuenta de la utilización de esta coerción y, a la vez, la realidad muestra los vejámenes que en el interior de las prisiones suceden, a pesar que su resguardo perimetral pretende ocultar; tales vejámenes son producto de la propia infraestructura, roída y tenebrosa, así como de las condiciones carcelarias, insalubres, hacinadas, mala alimentación; a lo que se agrega la violencia institucionalizada, de los funcionarios encargados de la seguridad, como de los propios encarcelados exigiendo pagos a los nuevos reclusos, aparte de las agresiones físicas a que son sometidos. El informe del estado de las prisiones en Inglaterra y Gales, de John Howard no está alejado de la situación actual. Esto es más objetable cuando se trata de presos sin condena, quienes padecen tales males aun cuando no han sido declarados culpables de los delitos atribuidos.

A esta polémica se adiciona el abuso de la prisión preventiva, tanto en lo normativo como en la práctica; en el primero caso, por la imposición legislativa del encarcelamiento a los imputados por determinados delitos, y, en el segundo caso, por la displicencia de los jueces en imponer la prisión preventiva sin un mínimo de verificación y razonamiento válido; ambos casos confluyen en un mismo cause: el populismo penal, que ha transmutado de su naturaleza sustantiva y ha invadido las esferas procedimentales, cada vez con mayor intensidad, menos garantías y más arbitrariedad.

En el primer caso, es que centra su análisis González Gálvez, al cuestionar la intromisión legislativa en la función jurisdiccional, elevando argumentos para devolver a los jueces, lo que por garantía constitucional, les corresponde resolver. Para el efecto, recuerda la finalidad de la prisión preventiva: evitar los peligros procesales de peligro de fuga y de obstaculización a la averiguación de la verdad, tal y como se prescribe en la legislación adjetiva penal guatemalteca, aún y cuando, por esa misma euforia populista, algunas legislaciones han incorporado la “seguridad de la víctima” como otro fin perseguido por el encarcelamiento provisional. Este repaso, es determinante por cuanto constituyen situaciones ontológicas, que única y exclusivamente pueden ser determinadas, verificadas o acreditadas por los jueces, sobre la base de la evidencia idónea presentada en la audiencia respectiva. De tal cuenta que, por derivación, determinar cuándo debe imponerse prisión preventiva y cuando no, es una función propia y exclusiva de los jueces, irrenunciable y oponible ante cualquier injerencia, incluso legislativa.

Siguiendo esa ilación, González Gálvez señala la disposición legislativa que impone prisión preventiva para los imputados de los delitos que lista; si bien, no se detiene a referir los antecedentes de esta intrusión legislativa, cabe mencionar que la misma es producto de los denominados movimientos contra-reforma en Latinoamérica, que pretendieron, por una parte, mantener prácticas forenses mediante reformas inmediatas, trastocando la coherencia normativa; y por otra parte, reducir los derechos de los imputados, propio de los sistemas inquisitoriales. A esto se agrega, para el caso particular de Guatemala, la utilización irracional de las medidas sustitutivas a la prisión preventiva por parte de los jueces de paz, en la que quedan incluidas situaciones de corrupción. En tal sentido, la contra-reforma del año 97, irrumpió en las atribuciones de los juzgadores y prohibió el otorgamiento de medidas sustitutivas a la prisión preventiva para determinados delitos.

En ese contexto, González Gálvez reafirma que tal prohibición, constituye ilegitimidad del contenido de la norma jurídica, la que no puede prohibir el debate judicial sobre los peligros procesales en el caso concreto, para la imposición o no de la prisión preventiva. Para tal efecto, ella acude a las decisiones emitidas por la Corte de Constitucionalidad, citando las sentencias de inconstitucionalidad, en las que se establece que, la imposición de la prisión preventiva constituye una función jurisdiccional, propia de los jueces; es decir, que no es función legislativa y consecuentemente impone la obligación que en cada caso concreto, se

verifique el cumplimiento de los presupuestos procesales, para determinar sobre la necesidad de decretar o no prisión preventiva. Al respecto, las sentencias de inconstitucionalidad analizadas, establecen tanto las condiciones para la imposición de la prisión preventiva, como la dinámica o actividad procesal en la cual debe decidirse, las cuales en diferentes magistraturas, reitera el mismo criterio; ahora bien, vale un comentario particular respecto a la sentencia de inconstitucionalidad número 105-99, porque en esta los accionantes pretendían la declaratoria de inconstitucionalidad del párrafo adicionado al artículo 264 del Código Procesal Penal, que prohibió la prisión preventiva para determinados delitos; y, a pesar que el Tribunal Constitucional hace un extenso análisis respecto a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, que informan la prisión preventiva, así como constituir una función jurisdiccional, citando para el efecto la Opinión Consultiva de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 4/86, incomprensiblemente no declara inconstitucional la norma jurídica atacada en la acción; con lo cual, a pesar de tener razones suficientes para el efecto, reconoce la constitucionalidad de tal disposición, manteniendo su vigencia e, inclusive, eso animó al Congreso a ampliar los delitos y supuestos en los cuales debía imponerse prisión preventiva, tal el caso resuelto en la inconstitucionalidad número 1994-2009. Así la sentencia, pudo haber sido influida por el realismo jurídico, que basado en los datos de ese tiempo, advertía la elevación del índice delincencial, con énfasis en delitos de secuestro y homicidios, así como incipientes organizaciones criminales y mutación de formas de extorsión; o quizá más, por la posición política de más seguridad y menos delincuencia, asumiendo erradamente que la prisión preventiva incidiría en la reducción de los delitos.

Además de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, González Gálvez recurre a las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para confrontar el derecho de defensa con la obligación de prisión preventiva para determinados delitos, en cuyo caso, la indicada Corte señala la violación de tal derecho, por parte de los Estados, cuando se evita la acreditación de los presupuestos procesales para imponer la prisión preventiva, es decir, cuando en abstracto se determina el encarcelamiento de los imputados de determinados delitos. Con base a los elementos de análisis, la autora llega a la conclusión que sí es permitido otorgar medidas sustitutivas a la prisión preventiva, con lo cual reafirma la función jurisdiccional, la autonomía de los jueces en el ejercicio de las atribuciones propias del cargo.

Finalmente, en el último artículo de este número de la Revista, la Defensora Pública María Magdalena Cadenas Fuentes aborda un tema relevante en la coyuntura de la pandemia del COVID-19, como lo es el juicio virtual; al respecto, parte del derecho a la tutela judicial y de su correspondiente componente acceso a la justicia, reconociendo que constituye un derecho fundamental de todo ciudadano, insustituible e innegable, por lo que se cierne como una obligación esencial del poder judicial, de mayor intensidad en estados de excepción, como los declarados por el Presidente de la República; esto, por cuanto que, en tales situaciones, se limitan derechos de los gobernados, confiriendo mayor libertad de actuación a los depositarios de la autoridad, en especial a la fuerza pública, frente a lo cual, los jueces deben constituirse en garantes del correcto ejercicio del poder público. De esa cuenta, los tribunales no pueden ni deben suspender el servicio, como erróneamente lo dispuso la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, dejando temporalmente en desamparo judicial a innumerables ciudadanos.

Seguidamente Cadenas Fuentes, se refiere a los juicios virtuales, como un mecanismo para juzgar en un plazo razonable en el contexto del distanciamiento social que impone la pandemia. Al respecto, es imprescindible enmarcar los juicios virtuales en la realidad forense y en los diseños normativos, por cuanto que, no constituye una innovación ni descubrimiento forzado por la situación actual, más bien tiene antecedentes de cerca de una década para Guatemala, como lo refiere la autora al citar las reformas introducidas a la declaración de testigos en anticipo de prueba, regulando para el efecto el testimonio virtual; aunado a ello, el Reglamento que la anterior magistratura de la Corte Suprema de Justicia emitió, en torno al juicio virtual para acusados privados de libertad y la declaración de peritos del Instituto Nacional de Ciencias Forense, con lo cual se redujo el alto número de suspensiones de juicios, por incomparecencia de imputados o peritos e impactó en la efectiva realización de los debates. A esto se adicionan las buenas prácticas desarrolladas por el Tribunal de Sentencia de Totonicapán, presidido por el Juez Miguel Angel Noriega, que en el año 2007, realizaron una de las primeras video-declaraciones de testigo, en la causa penal en la que la víctima era española y estaba en su país de origen, desde donde declaró. Esto, por demás, denota la progresiva implementación de los juicios virtuales y la utilización de las tecnologías por la magistratura anterior, y por derivado, evidencia que la actual magistratura omitió su extensión, evolución y efectiva implementación, desconociendo los beneficios que el uso de las tecnologías provee al sistema de justicia; de

haberse establecido, los juicios virtuales, como un eje del plan estratégico del Organismo Judicial, los tribunales hubieran estado en condiciones apropiadas para continuar con el servicio de justicia, realizando las audiencias y proveyendo la tutela judicial a quienes la requirieran. Sin embargo, la realidad fue diferente y la situación sanitaria encontró un desfase entre el desarrollo tecnológico y el servicio de justicia, lo que implicó la improvisación mediante plataformas comerciales y disposiciones incoherentes y alejadas del sentido común.

A esto último se refiere Cadenas Fuentes cuando describe la naturaleza y validez del “Protocolo” emitido por la Cámara Penal. Inicialmente cuestiona la necesidad o no de esa disposición, indicando que ya normas de naturaleza ordinaria regulaban las declaraciones de testigos por video-declaración, por lo que bastaba remitirse a ellas; indistintamente de lo indicado, es importante señalar que, de acuerdo a la teoría jurídica, un protocolo no tiene fuerza normativa, por lo que, la forma correcta de proceder debió ser la aprobación de un Reglamento que regulara los juicios virtuales, siendo la autoridad competente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Ya propiamente en su contenido, la autora advierte algunas falencias, para lo cual propone formas prácticas para superarlas; particularmente, sin negar que son innumerables los errores incurridos en el “Protocolo”, ella se refiere a la declaración de los testigos, por cuanto que, no se establecieron salvaguardas para asegurar la identidad, credibilidad y libertad en los interrogatorios de los testigos; esto constituye un elemento central del análisis, inicialmente por cuanto que, alejado de cualquier concepto tradicional de la inmediación, las reglas probatorias deben asegurar con alto nivel de certeza la identidad de los testigos, para lo cual, la verificación siempre debe realizarse por un depositario de la autoridad, indistintamente judicial o administrativo, incluso diplomático, que confirme que la persona que comparece para ser interrogada es la propuesta y la admitida; esto, más que una reflexión teórica constituye una percepción de sentido común, por cuanto que, a través de medios tecnológicos es fácil suplantar identidad, mayor aun cuando los dispositivos carecen de los estándares de calidad para transmitir imagen; además, basta recordar que el único que conoce al testigo es quien lo propone, habida cuenta que ni los jueces ni la parte contraria, salvo excepciones, ha tenido acercamiento con la misma, por lo que, tendrían poca posibilidad de determinar con certeza la identidad de quien se somete al examen y contra-examen. Esto lo tuvieron claro los jueces del Tribunal de Totonicapán, que hace 13 años solicitaron la asistencia judicial de autoridades de España, para que en su sede y ante un

funcionario de ese país, declarara el testigo; antecedente que pudo orientar a la magistratura en la redacción del “Protocolo”, para evitar que dispusieran que los testigos declararan en cualquier lugar. A esto se agrega la dudosa credibilidad de las respuestas en los interrogatorios de testigos, por cuanto que, para los testigos de cargo, estos pueden declarar en la sede de la fiscalía, con lo que, fácilmente pueden enterarse de todo el desarrollo del juicio, de las respuestas de testigos que le preceden, de la línea defensiva y con esto, adelantar sus respuestas; nada asegura que, en la sede fiscal, los testigos presencien el juicio, ni siquiera el principio de lealtad procesal, cuando la mayoría de los casos el objetivo es acreditar los hechos imputados. Paralela situación puede ocurrir si los testigos de descargo declaran desde la oficina o sede de la defensa, que se agudiza en caso de abogados privados. Por ello, los testigos siempre deben declarar ante un depositario de autoridad y en sede institucional, plausiblemente en la sala de audiencias del tribunal. Finalmente, disponer que los testigos declaren en cualquier lugar facilita que sus respuestas sean proporcionadas por terceros o que utilice medios de soporte, sin que, racionalmente, los jueces y sujetos procesales puedan advertir esta situación.

Estos errores, a razón de Cadenas Fuentes, pueden superarse mediante la comparecencia de los testigos ante el juez de paz más próximo a su residencia, con un valor agregado, evitar que las personas llamadas a declarar tengan que enfrentar las complicaciones del traslado de su lugar de origen hasta la sede del tribunal de la causa, lo cual es aún más difícil en la situación actual.

Conforme a lo indicado, los artículos que conforman esta edición, revisten alta relevancia para el análisis actual, constituyendo un punto de partida para profundizar en los diversos temas abordados.

Erick Juárez

Coordinador de la Comunidad Jurídica de Occidente



LA NATURALEZA EXCLUSIVAMENTE PROCESAL DE LA PRUEBA (SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO CIVIL).

Hace poco, y por encargo del Ministerio de Justicia español, he tenido ocasión de reflexionar sobre la naturaleza de la prueba en el proceso civil.¹ Quisiera hacer ahora unas consideraciones sobre el tema, aplicables al Anteproyecto de nuevo Código Procesal Civil que tuve el honor de elaborar entre los años 2012 y 2014, por encargo de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, texto prelegislativo que lamentablemente por razones políticas se truncó.

A) Introducción

Un código procesal bien construido, a aplicar en un país libre, es el resultado de una creación artificial del ser humano para resolver adecuadamente, al menos en última instancia, los conflictos del derecho sustantivo al que está preordenado.

Como código, se pretende no recopilar normas sino regular una parte del ordenamiento jurídico en forma sistemática, unitaria, clara y segura. Si además el código es total (todo el contenido de esa parte del ordenamiento está en un mismo texto legal), mucho mejor, pero esta característica generalmente no se ha podido cumplir nunca.

La relación entre Derecho sustantivo y Derecho Procesal, entre dos códigos distintos, es, por ello, absolutamente necesaria, de manera tal que los principios y grandes estructuras del Derecho material deben influir

¹ GÓMEZ COLOMER, J.L. *La prueba y el Código*, en Autores Varios, “Código Civil: 130 aniversario”, Ed. Wolters-Kluwer, Madrid 2020, pp. 245 a 252.

necesariamente en los principios procesales y procedimentales del proceso que le servirá de cauce.

Incluso cuando la distancia entre ellos es abismal, en lo temporal o en el contenido, por más de reformas y adaptaciones a la realidad, la esencia sigue siendo la misma, aunque puedan cambiar muchas cosas.

El Código Civil español de 1889² fue posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881³, cierto, pero no por ello dejan de estar entrelazados, aunque sin duda habría sido mejor aprobar antes el Código Civil, o al mismo tiempo. El enorme retraso sufrido en nuestro país por la codificación del Derecho Privado, puesto que el principio revolucionario francés de respeto a la ley y a su supremacía se había consagrado ya en 1812 con nuestra primera Constitución política, es el responsable de esa escala temporal inversa. Lo cual se hace más patente al recordar que en lo procesal civil el respeto a la ley se había consagrado ya en la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855⁴.

Los dos textos legales, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen un claro origen francés y, además, napoleónico. El primero se basa en el *Code Civil* de 1804⁵; la segunda en el *Code de Procédure Civile* de 1806⁶, si bien evolucionando respecto al texto español de 1855, también basado en el mismo código napoleónico, que mejora notablemente.

No olvidemos que el fenómeno de la codificación, sin dejar de lado a sus detractores, principalmente los historicistas, fue una consecuencia de la importancia del racionalismo en la Ilustración⁷. Hoy diríamos que la codificación implicó una mayor y más rápida democratización legislativa,

² Publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889), entrado en vigor el 16 de agosto de ese mismo año.

³ Publicada por el Real Decreto de 3 de febrero de 1881 (Gaceta de Madrid núm. 36, de 5 de febrero de 1881), entrada en vigor el 1 de abril de ese mismo año.

⁴ He manejado el texto publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid 1858 (3ª edición oficial).

⁵ He manejado el texto publicado por L'Imprimerie Royale, Paris 1804.

⁶ He manejado el texto publicado también por L'Imprimerie Royale, Paris 1816.

⁷ Sobre ello es imprescindible recordar a THIBAUT / SAVIGNY, *La codificación*, Ed. Aguilar, Madrid 1970.

porque al difundir ordenadamente el conocimiento, hizo más segura la aplicación del Derecho.

Tanto el Código Civil de 1889, como la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, tuvieron otro nexo importantísimo, éste de carácter personal: Las bases del Código Civil de 1880, la LEC de 1881 y el Código Civil de 1889 fueron redactados bajo el mandato como Ministro de Gracia y Justicia de Alonso Martínez (también lo fue cuando se redactó la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882), quien además presidía la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, restablecida en 1875 (Alonso Martínez volvió a ser Ministro de Gracia y Justicia, después de haberlo sido en 1874 y en 1881-1883, en 1885 hasta 1888). En cuanto a las bases, fueron, aun con diferencias, la plataforma de las Bases de 1885, siendo Ministro Silvela.⁸ La Ley de Bases de 1888 es de todos conocida.

El Código Civil español de 1889 sigue vigente. Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no, ahora la vigente es del año 2000, y significó un cambio profundo en dos cuestiones clave: La simplificación procedimental (eliminación de la enorme complejidad que suponían cuatro procesos civiles ordinarios y casi sesenta especiales) y la articulación de un proceso civil oral (cambio en la forma del procedimiento y en su principio clave, de la escritura a la oralidad)⁹. Sin embargo, como no podía ser de otra manera, los principios materiales clave, principalmente el de la autonomía de la voluntad, siguen presentes en el nuevo proceso a través de los que son su consecuencia lógica: Oportunidad, dispositivo y aportación de parte.¹⁰

De estos reflejos dogmáticos (sistemáticos, estructurales), hay un tema apasionante que destaca en mi modesta opinión por encima de todos. Me refiero a la prueba, la institución ideada por el ser humano para convencer al juez de la certeza de las afirmaciones y alegaciones de las partes.

B) La naturaleza procesal de la prueba

⁸ Sólo parte de la base IV tiene naturaleza probatoria.

⁹ GÓMEZ COLOMER, *La tutela privilegiada y sus clases en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Revista Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal, 2000, núm. 4, págs. 395 y ss.

¹⁰ MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. / CALDERÓN CUADRADO, P., *Derecho Jurisdiccional*, tomo II - *Derecho Procesal Civil* (27ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

Así es. Suele afirmarse, con razón, que una buena parte de las disposiciones del Código Civil español relativas a la prueba fueron un error de ubicación debido a la enorme influencia del Código Civil que en él las reguló. No se habla de errores dogmáticos, ni de fondo, tampoco nuestra visión actual es la de hace más de un siglo. Ha sido la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 la que ha desubicado la prueba prácticamente en su totalidad y ha encajado sus normas en donde debían estar, en una ley procesal, derogando las procesales previstas en el Código Civil.

Es una cuestión trascendental, porque podría pensarse y defenderse que, respecto a las normas probatorias ubicadas en el Código Civil, su naturaleza es sustantiva; mientras que las normas sobre prueba ubicadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil tendrían naturaleza procesal. Hoy nadie discute que esto es un error histórico, porque las normas sobre prueba tienen una única naturaleza, y ésta solamente puede ser procesal.

Piénsese en las consecuencias de sostener una interpretación dual: Ante una posible laguna legislativa, tendríamos que acudir al Código Civil para resolver la cuestión si el problema hubiera surgido en la interpretación de normas ubicadas en él, mientras que, si hubieran estado ubicadas en la legislación procesal, ésta sería la base interpretativa.

Es muy interesante atender a las razones por las que su ubicación originaria fue en un código sustantivo. Las normas sobre prueba en el Código Civil venían recogidas en los artículos 1214 a 1253 del Código Civil;¹¹ mientras que las normas sobre prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se detallaban en sus artículos 550 a 666.¹² La mayor parte de los primeros están hoy derogados; todos los segundos han sido sustituidos, a veces radicalmente, por los artículos 281 a 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

La influencia francesa era clave en esta distinción. La doctrina francesa que redactó ambos códigos napoleónicos distinguió, en esa época, entre el procedimiento para presentar y practicar la prueba en el proceso y todo lo demás, es decir, otorgó naturaleza procesal al procedimiento probatorio y lo

¹¹ Es decisivo consultar LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, tomo 4, 2 vols., *Codificación Civil*, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Gráficas Uguina, Madrid 1970 y 1979.

¹² LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, tomo 2, *Procedimiento Civil*, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Gráficas Uguina, Madrid 1970, págs. 129 y ss.

fijó en el código procesal, y determinó que las normas sobre admisibilidad y valoración de esa prueba eran sustantivas, y las reguló en el código material.

El Código Civil vigente es ciertamente el primer código de Derecho Privado aprobado en nuestro país que entró en vigor, pero antes hubo muchos intentos que recogieron en mayor o menor medida la tradición napoleónica, especialmente en el tema probatorio, de manera que lo que se hace en 1889 es sencillamente reflejar el código galo y continuar la propuesta dual francesa que muchos proyectos anteriores al vigente ya querían consagrar¹³:

- a) Proyecto de Código Civil de 1821, elaborado durante el Trienio Constitucional por una comisión especial nombrada por Las Cortes, ubicó la prueba en sus arts. 192 a 263 (Título VII del Libro I: “De los medios establecidos por la Ley para acreditar los derechos y obligaciones”). Quiso regular por vez primera no sólo las pruebas en general, sino también los medios de prueba en concreto (instrumentos, testigos, juramento, confesión e inspección ocular). Se estableció la prueba legal o tasada. Se dice que, en este punto, aun siguiendo al código francés, se nota la influencia propia de nuestras Partidas.¹⁴

- b) Proyecto de Código Civil de 1836, elaborado bajo el gobierno conservador de Martínez de la Rosa por una comisión especial en la que estaba Eugenio de Tapia. Reguló la prueba en sus arts. 2084 a 2200 (Título XXI del Libro III: “De los modos de acreditar en juicio los derechos y obligaciones; o sea, de la prueba judicial”). Continuó el esquema del proyecto anterior regulando no sólo las pruebas en general, sino también los medios de prueba en concreto (confesión de parte, escrituras y otros documentos fehacientes, inspección del juez acompañado de testigos o peritos, testimonial o de testigos, y presunciones). Es curioso constatar que la Exposición de Motivos fuera consciente de la naturaleza dual de la prueba y dejara para el código procesal lo que es estrictamente procesal, si bien la falta de un código procesal civil hizo que se fuera más allá de lo previsto.¹⁵

¹³ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, tomo 4, vol.1 y vol. 2, *Codificación Civil (Génesis e Historia del Código)*, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Gráficas Uguina, Madrid 1970 y 1979, págs. 62 y ss., 107 y ss., 151 y ss., 163 y ss., 375, 381, 422 y 578 (vol. 1); 44 y ss., 289 y ss., 421 y ss., 497 y ss., 667 y ss. (vol. 2).

¹⁴ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, Codificación Civil, tomo 4, vol.1, cit., pág. 81.

¹⁵ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, Codificación Civil, tomo 4, vol.1, cit., pág.142; y vol. 2, págs. 122 y 123.

- c) Proyecto de Código Civil de 1851, elaborado por la Comisión General de Codificación presidida por Bravo Murillo,¹⁶ partió de unas bases para un desarrollo más ordenado del texto futuro, ninguna de las cuales por cierto se refería a la prueba. Ésta se regulaba en su texto articulado, arts. 1196 a 1234, siguiendo el mismo esquema que los proyectos anteriores (Título V del Libro III, Capítulo VII: “De la prueba de las obligaciones”). Al lado de unas brevísimas disposiciones generales se regulan como medios de prueba concretos la instrumental, la testimonial, las presunciones y la confesión y juramento. El título general del capítulo pasaría al código civil vigente, en vigor hasta el año 2000. Se considera un proyecto de gran influencia francesa.¹⁷ No se olvide que unos pocos años después la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 regularía la prueba, en su vertiente procesal, en los arts. 257 a 336 (distinguiendo unas normas sobre la prueba y luego los medios concretos, a saber, documentos públicos y solemnes, documentos privados, correspondencia, confesión en juicio, juicio de peritos, reconocimiento judicial, testigos y las tachas). El precedente de que antes se aprobara la Ley de Enjuiciamiento Civil que el Código Civil, lo encontramos ya aquí.
- d) Proyecto de Código Civil de 1869, que no contempló la prueba al afectar sólo al Libro I.
- e) Anteproyecto de Libros III y IV del Código Civil de 1882 (Capítulo IV: “De las pruebas de las obligaciones”), elaborado por la Comisión General de Codificación. Reguló la prueba en sus arts. 1231 a 1266, tras dos breves preceptos relativos a las disposiciones generales, se regulaban la prueba documental (primera vez que aparece con este nombre, desapareciendo la prueba de instrumentos), la confesión, la inspección personal del juez, los peritos (aparece como tal por vez primera así también), los testigos y las presunciones.

Añadiré que la influencia francesa no sólo se produjo en España, también en Italia el *Codice civile* del Reino de Italia de 1865 (arts. 1312 a 1377), y el

¹⁶ Recuerdo que por Real Decreto de 19 de agosto de 1843 se creó la Comisión General de Codificación, una de cuyas secciones se dedicó al Código Civil.

¹⁷ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, Codificación Civil, tomo 4, vol.1, cit., pág. 290.

Codice di Procedura Civile del Reino de Italia de 1865 igualmente (arts. 206 a 318) aceptaron esa doble naturaleza, basándose en la tradición¹⁸; en Alemania la influencia fue menor (el *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896, un texto legal pandectístico curiosamente sujeto a codificación, previó casos de carga de la prueba y presunciones, pero es la *Zivilprozessordnung* de 1877, muy anterior en el tiempo -otra escala temporal inversa-, la que la reguló en sus §§ 336 a 455).¹⁹ No hay mucho que comprender: Napoleón, tras arrasar los países europeos con sus generales, enviaba a sus juristas para pacificar y legalizar a los ciudadanos dominados, por tanto imponía sus leyes, que de alguna u otra forma, por la fuerza o por la razón, las acababan aceptando, al menos en parte.

No debemos olvidar tampoco que no es posible entender el retraso en la codificación civil sin recordar el convulso siglo XIX español. La política influyó notablemente en este tema, no sólo por el vaivén entre democracia (período liberal) y dictadura (período conservador), sino por las leyes forales, que en esa época se visualizaron siempre como un obstáculo para un único código.

En fin, el tema es que el reparto de las normas probatorias fue (hasta 2000), el siguiente:

1º) En el Código Civil se regularon los medios de prueba tradicionales (confesión, documental pública y privada, reconocimiento judicial, pericial, testifical y presunciones, que no son un medio de prueba sino un método probatorio). Se pensaba que los temas relativos a su influencia en las relaciones jurídicas entre ciudadanos debían conservar naturaleza material.

¹⁸ He manejado el texto publicado en Torino por la Estamperia Reale para el *Codice Civile* y para el *Codice di Procedura Civile* el publicado por la Regia Tipografia Domenico Ripamonti, Roma 1886.

¹⁹ Así WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2ª ed.), Ed. Wandenhoek & Ruprecht, Göttingen 1996, págs. 468 y ss. Vide también ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* (16ª ed.), Ed. C.H. Beck, München 2004, págs. 765 y 766. He manejado la publicación oficial del Reichs-Gesetzblatt Nr. 6, de 30 de enero de 1877; y LEIBLE, *Proceso Civil Alemán*, Ed. Konrad Adenauer -Stiftung y Diké, Bogotá 1999, págs. 247 y ss.

2º) La Ley de Enjuiciamiento Civil, atendiendo a la Base 6ª contenida en la Ley de 21 de junio de 1880,²⁰ reguló el procedimiento probatorio general y el particular de cada una de esas pruebas.²¹

En el año 2000 se derogan todos los artículos relativos a la prueba residenciados en el Código Civil, excepto los siguientes:

- a) Prueba documental pública (artículos 1216 a 1224).
- b) Prueba documental privada (artículos 1225, y 1227 a 1230).

Pero no es suficiente con la explicación dada hasta ahora. Corremos el peligro de quedarnos con ser el fruto de un capricho del legislador. No, hay razones más profundas, que paso a exponer.

La mejor doctrina procesal española ha demostrado que la regulación dual era un grave error, por estas razones:²²

1ª) Determinar los requisitos para ser testigo es una norma procesal y no civil; y

2ª) La prueba en absoluto es de las obligaciones, sino de los hechos de los que nacen las obligaciones.

Debo añadir que la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (apartado XI) quiere aclarar que, para la derogación de las normas probatorias del Código Civil, se ha atendido a la relevancia procesal o material del precepto concreto. Pero ello no lo aclara, sino más bien lo perturba, pues toda norma destinada a ser aplicada en un proceso por la autoridad judicial es procesal, con lo cual la consecuencia es que las debería haber derogado todas.

Es perturbador porque el que tenga también efectos fuera del proceso no le priva de esa naturaleza, que sólo no tendrá, estando correctamente ubicada en el Código Civil, cuando se regule la existencia del propio acto o negocio (por ejemplo, artículo 694 del Código Civil: Requisitos del testamento abierto), o cuando el acto exige la concurrencia de testigos (por

²⁰ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, tomo 2, Procedimiento Civil, cit., pág. 142.

²¹ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III (2ª ed.), Imprenta de la revista de Legislación, Madrid 1905, págs. 146 y ss., uno de los redactores más importantes del texto, nos dice que las disposiciones del Código Civil y las de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hallan en armonía.

²² MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil* (7ª ed.), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2012, págs. 61 a 63.

ejemplo, artículo 695 del Código Civil: En el testamento abierto). Es inevitable considerar, sin embargo, que algún precepto no puede tener más que doble naturaleza, sustantiva y procesal. Por ejemplo, el artículo 1216 del Código Civil definitorio de los documentos públicos, que por esta razón tanto podría haber estado en este texto legal como en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por ello, no debería sorprender que un futuro moderno Código Civil, si alguna vez se aprobara en sustitución del vigente, dejara toda la materia probatoria en manos del proceso civil, acabándose con más de 200 años de influencia francesa, en aras de una dogmática científica correcta e irrefutable.

No piense el lector que haya llegado hasta este punto de su lectura, lo que como autor agradezco profundamente, que éste es un artículo en contra del Código Civil, porque pongo de manifiesto el error cometido con relación a la regulación de la prueba. En absoluto. Si lo he escrito, como procesalista, es por destacar cómo un código unitario, serio y riguroso, no puede resistirse al avance de los tiempos, en este caso a las opiniones de la mejor doctrina científica, tantas veces despreciada en nuestra práctica judicial diaria, que la ignora casi siempre. El Código Civil supo moldear su esencia y adaptarse a la realidad que en el año 2000 le mostró la Ley de Enjuiciamiento Civil, y renovarse o morir es también un mérito en materia de codificación, se mire como se mire.

C) La necesaria reforma guatemalteca

La Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, por encargo escrito fechado el 30 de abril de 2012,²³ me pidió que elaborara un texto que sirviera como base de discusión para un nuevo Código Procesal Civil, cuya justificación esencial era:

“1º) La Cámara Civil considera unánimemente que Guatemala debe emprender con urgencia la tarea de renovar completamente su legislación procesal civil, ante la ineficacia del Código Procesal Civil de 1963 para resolver los conflictos jurídicos de los ciudadanos, un texto anticuado que no responde ya a las necesidades de un mundo

²³ Firmado por los Sres. Magistrados Dr. D. Rogelio Zarceño Gaitán, Presidente de la Cámara y Magistrado Vocal VI, Dr. D. Erick Alfonso Álvarez Mancilla, Magistrado Vocal I y Presidente en funciones de la Corte Suprema, y el Dr. Gabriel Gómez Méndez, Magistrado Vocal X.

globalizado y moderno, en el que se integra Guatemala, que ha necesitado crear y reformar muchas instituciones jurídicas para garantizar la seguridad del tráfico jurídico mercantil, el movimiento de capitales y la tutela de la propiedad, sin olvidar por su importancia real y constitucional la tutela de los derechos subjetivos privados de los ciudadanos.

2º) Ante esta verdad incuestionable, la Cámara Civil ha tomado la decisión de elaborar un nuevo Código Procesal Civil, fundado para su mejor práctica en la construcción científica de sus instituciones y en la celeridad procedimental, a través de la oralidad y la simplificación procedimental, a modo y semejanza de los códigos alemán, italiano, español, hondureño, salvadoreño y chileno, sin dejar de lado las importantes aportaciones del Código Proceso Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, ni las peculiaridades guatemaltecas propias. Conservar y mejorar todas las instituciones patrias que han funcionado jurídicamente en forma correcta es una obligación de la Cámara Civil y desde esta perspectiva debe trabajarse la propuesta.”

En cumplimiento de dicho encargo, presenté mi texto, que fue publicado por la Cámara Civil como anteproyecto, en junio de 2014.

A los efectos que aquí interesan, el texto seguía a pie juntillas los últimos avances europeos en materia de configuración y desarrollo del principio de oralidad, incorporando las experiencias del derecho anglosajón, lo que afectaba especialmente a concebir dos audiencias para la saneación del proceso y para la práctica de la prueba. Ello suponía un cambio radical para Guatemala, que al ser socializado fue bien aceptado en general por todas las partes interesadas.

Como consecuencia de la profundidad de la reforma, el Anteproyecto de nuevo Código Procesal Civil para Guatemala aceptaba las tesis sobre la naturaleza exclusivamente procesal de la prueba, en este comentario consideradas *supra*, y regulaba toda la materia probatoria (cuestiones generales, medios de prueba y procedimiento probatorio), por tanto, no sólo la procedimental, en dicha sede, derogando todas las disposiciones que, habiéndose entendido hasta entonces erróneamente sustantivas, se regulaban en el Código Civil o en el Código de Comercio.

El Título III de mi propuesta se dedicó a “La Prueba”, artículos 164 a 269 (más de 100 artículos, como se observa). Su estructura distinguía entre:

1º) Normas probatorias generales, en donde se contenían estas secciones:

Sección 1ª. Objeto de la prueba.

Sección 2ª. Inadmisión de pruebas y prueba prohibida.

Sección 3ª. Proposición y admisión.

Sección 4ª. Procedimiento probatorio general.

Sección 5ª.- Anticipación y aseguramiento de la prueba.

2º) Los medios de prueba, regulándose su enumeración y contenido necesario para poder ser eficaz. El texto apostaba por los siguientes:

a) Interrogatorio de partes.

b) Documentos públicos y privados.

c) Medios científicos.

d) Medios técnicos de reproducción del sonido y de la imagen e instrumentos técnicos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase.

e) Testimonial.

f) Pericial.

g) Reconocimiento judicial.

Se regulaban también básicamente las presunciones, que no son prueba sino un método probatorio, como he indicado.

En definitiva, una propuesta audaz, valiente y necesaria para la modernización de Guatemala, que lamentablemente por razones políticas no pudo salir adelante. Confiemos en que la amada Guatemala encuentre la forma de poder realizar finalmente esta reforma, a través de un texto en el que el bienestar de la ciudadanía sea el primer pensamiento político, bienestar que en el ámbito procesal civil únicamente se puede conseguir basando sus grandes principios en la oralidad y en la simplificación procedimental.



APLICACIÓN DE LA RESERVA DE LAS ACTUACIONES QUE DETERMINA EL ARTÍCULO 314 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL CORRELACIONADO CON EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

“La función persecutoria en materia penal, es definida como una tarea neutral, objetiva e imparcial, orientada a obtener la recta aplicación del derecho penal y de la ley, a proteger los intereses de todos los miembros de la comunidad y, al mismo tiempo, a hacer respetar los legítimos derechos de la persona sometida a persecución penal”. Alberto Bobino.

I. Introducción.

La aplicación de la reserva de las actuaciones que describe el artículo 314 del Código Procesal Penal en el sistema judicial en nuestro país ha causado diversas reacciones ante su práctica por el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales, entre ellas, por ejemplo que es inconstitucional y otras que por el contrario manifiestan su aceptación. En el presente estudio presento mi punto de vista en relación con el tema y me encuentro entre los que de alguna manera creemos que la normativa no es inconstitucional y que resulta válida su aplicación siempre y cuando la misma se realice como está establecido y como el legislador quiso que se desarrollara dentro del proceso penal guatemalteco.

II. Contenido.

Así las cosas inicio el desarrollo del tema abordando lo que es el proceso penal guatemalteco, luego lo que es la fase preparatoria, de instrucción o de investigación y por último como debe ser la aplicación de la reserva que contiene el artículo 314 del Código Procesal Penal haciendo ver que la normativa no riñe con lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 14, tomando en consideración que la Corte de Constitucionalidad ha abordado en algunos fallos lo relacionado

con la reserva de las actuaciones que desarrolla el artículo 314 del Código Procesal Penal, en el sentido que cuando la publicidad podría obstaculizar la investigación y con ello la averiguación de la verdad, en los casos que no se haya dictado auto de procesamiento, el Ministerio Público podrá disponer, la reserva total o parcial de las actuaciones, es decir que, la viabilidad de éste instituto procesal es factible en la práctica forense.

a) Proceso Penal Guatemalteco.

El proceso penal, determina de alguna manera el marco de actuación de todos los que intervienen en él y bajo qué condiciones, es importante tener claridad respecto de esto toda vez que el proceso penal surge como una necesidad del Estado para que a través de él se pueda dar respuesta a los hechos delictivos que menoscaban la tranquilidad y paz social de la sociedad, en un Estado establecido dentro del marco democrático, donde gobernados y gobernantes están sujetos a la ley y ninguno es superior a ella.

Así las cosas Alberto Binder en su obra *Introducción al Derecho Procesal Penal* expone que el proceso penal es: “... *el conjunto de actos realizados por determinados sujetos –jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.,- con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y, en el caso de que tal existencia se establezca, la cantidad, calidad y modalidad de la sanción....*” La Corte de Constitucionalidad al explicar esta definición de Binder del proceso penal hace la siguiente reflexión: “*que el proceso penal cumple con una función de satisfacción jurídica de interés social, consistente en la realización del ius puniendi por los canales y formas establecidos en la ley*”. (Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 15 de enero de 2008, expediente 2837-2006, página 13).

De lo anterior inferimos que el proceso penal es un instrumento y una herramienta del Estado para la satisfacción de intereses sociales de la colectividad y no solo para quienes intervienen en él directamente, recordemos que al final del proceso se dicta una sentencia que tendrá efectos de prevención general para todos los ciudadanos que legitiman esa sentencia y especial para el condenado o absuelto; de ahí que todo lo que ocurre en el proceso penal trasciende por sus repercusiones para generar tranquilidad y paz social o por el contrario incertidumbre o insatisfacción.

b) De la Etapa Preparatoria, de instrucción o investigación. (Así lo regula el artículo 309 del Código Procesal Penal).

El proceso penal no se desarrolla así de simple y se llega a una sentencia. Tal como está estructurado en nuestro país que asume un sistema acusatorio, implica el desenvolvimiento lógico y sistemático de fases que deben agotarse para llegar a la sentencia, que nacen como consecuencia de un Estado Democrático de Derecho, es decir, que su sustento legal esta dado desde la Constitución Política de la República de Guatemala y los Convenios y Tratados Internacionales en materia de derechos Humanos ratificados por Guatemala, por ello se dice que el proceso penal es Constitucionalizado, implica entonces que todos los poderes y facultades desarrollados en el proceso penal por quienes tienen los papeles determinantes son absolutos. No obstante ello, este mismo marco legal también determina límites de actuación, basados en la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de proteger derechos y garantías constitucionales y procesales, como veremos más adelante en este trabajo.

Es importante agregar desde mi punto de vista que lo que establece el artículo 314 del Código Procesal Penal, con lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Política de República de Guatemala, no entran en colisión, tomando en consideración que el principio de publicidad de las actuaciones judiciales no es absoluto ni excluye la posibilidad de que el legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, diseñe etapas o momentos procesales en los que limite la intervención de la comunidad o, incluso, de algunos sujetos procesales. En otras palabras, a pesar de que la regla general es la aplicación del principio de publicidad en la administración de justicia, es perfectamente posible que la ley disponga la reserva de algunas actuaciones judiciales para preservar valores, principios superiores y derechos que también gozan de protección constitucional. Es decir, que el interés de la averiguación de la verdad para la salvaguarda de derechos de las víctimas o agraviados y de la sociedad en general también deben verse preservados, no únicamente los del sospechoso, por ello se deben ponderar ambos intereses y ponerlos en equilibrio, eso se materializa con la existencia de la norma contenida en el artículo 314 del Código Procesal Penal, cuya efectividad radica en el interés por la búsqueda de la verdad. Permite que el Ministerio Público utilice como herramienta la reserva de las actuaciones para la obtención de información que pueda ser relevante para el esclarecimiento de ilícitos pues de esta manera cumple con los fines del procedimiento penal.

Al respecto el Manual de Fiscal apunta en la página 14 lo siguiente: *“El fin del proceso penal es la averiguación del hecho delictivo, sus circunstancias y el grado de participación del imputado (arts. 5 y 309 del Código Procesal Penal). No obstante, este fin no es absoluto, estando limitado por el respeto a los Derechos Individuales de las personas, contenidos en la Constitución y los Tratados Internacionales”*.

Tomando en consideración que el tópico que se pretende explicar en éste trabajo se discute en la fase inicial de la investigación y persecución penal, que en nuestro país es conocida como etapa preparatoria, la que puede iniciarse por denuncia, querrela, prevención policial y conocimiento de oficio, en donde el papel principal para iniciar esa investigación y desarrollarla la tiene el Ministerio Público a través de sus fiscales y los jueces como contralores de la legalidad de esa actuación. “artículos 3, 4, 5, 7, 8, 46 y 47 del Código Procesal Penal . Implica que el Estado asume el monopolio del poder punitivo –ius puniendi- y acapara la función de persecución y sanción de los delitos, por medio de la investigación que realiza y los requerimientos que formula fundadamente a los órganos jurisdiccionales, entre ellas autorizaciones judiciales y la aplicación de medidas de coerción personal.

Esa investigación inicial como se ha indicado debe ser llevada por el Ministerio Público a través de sus fiscales, de una forma ordenada y cronológica, puesto que debe estar a disposición de quienes tengan interés en ella –detenido, sindicado, imputado, defensor, víctima o agraviado y del juez que controla la investigación- en su momento oportuno. Esta intervención debe estar legítimamente establecida en el procedimiento para poder tener el acceso pleno y en cualquier momento, cuando hablamos de legitimidad implica que de acuerdo al registro del fiscal esa persona –sindicado- aparece señalada como sospechoso de la comisión de un delito así como la persona –víctima o agraviado- que se ha visto afectada por esa acción en un bien jurídico tutelado, toda vez que cualquier otro individuo o sujeto se considera extraño al procedimiento y le está vedado el conocimiento de lo investigado y que está por investigarse. En esta parte es importante resaltar que la actuación del fiscal debe realizarse apegada a los principios de legalidad, objetividad, imparcialidad y debida diligencia que demanda la Constitución Política de la República y los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, y no menos importante como lo regula el Código Procesal Penal, y, lo que dispone la Ley Orgánica del Ministerio Público por ser una institución jerarquizada por las

instrucciones que emanen del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 42, 45, 47, 48, 49, 50, 66 y 67 Ley Orgánica del Ministerio Público). Resalto esto porque la averiguación de la verdad realizada en la etapa preparatoria constituye los cimientos para un resultado exitoso del proceso penal, si es realizada de manera objetiva y apegada a la legalidad.

Aunque hay una tendencia a que todos los actos de la administración incluida la administración de justicia se realice bajo los postulados de cero papel, lo que implica que los expedientes físicos deben desaparecer y que todo sea de forma electrónica, virtual y sistematizada. Por ahora eso no ocurre y por lo mismo seguirá siendo importante la elaboración de expedientes. Así las cosas el Ministerio Público tiene la obligación y responsabilidad de llevar un registro ordenado de todos los medios de investigación y de convicción que reúna durante la etapa preparatoria, así como de todas las decisiones que asuma dentro del procedimiento que permita el control del superior jerárquico, de la víctima y/o agraviado, del sindicado, la defensa y demás partes. (Artículo 48 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). Por otro lado, el Código Procesal Penal al referirse a las actuaciones o expediente indica que son las actas, informes, pruebas documentales y otros escritos procesales que se van acumulando durante la investigación. Deviene tener claro esto, porque en el actual proceso penal acusatorio, el expediente o carpeta de investigación el objetivo de su existencia es fundamentar la petición que realiza el Ministerio Público al finalizar la etapa o procedimiento preparatorio, por lo que ese expediente debe guardar toda la información y decisiones asumidas de manera que refleje el actuar de la fiscalía dentro del marco de la legalidad, en caso contrario puede dar lugar a acciones administrativas o deducciones penales si fuere el caso.

c) Análisis del artículo 314 del Código Procesal Penal y posición del autor.

Se debe tener claro que lo que dispone el artículo 314 del Código Procesal Penal en sus primeras líneas es que todos los actos de la investigación serán reservados para los extraños. He aquí la norma es congruente con lo que dispone el artículo 12, 14 y 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Es decir que todo aquel que no esté legítimamente acreditado dentro del procedimiento no puede tener acceso a la investigación porque le está vedado, como lo dice más adelante el artículo citado cuando advierte que las actuaciones si podrán ser examinadas por el imputado y las demás

personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, es decir, no existe limitación para el acceso de lo actuado. Es importante acotar que el análisis que se realiza en el presente trabajo no está dirigido a otras incidencias relacionadas con el derecho de defensa, presunción de inocencia o acceso a las actuaciones iniciales del proceso, que considero están plenamente garantizados y desarrollados. Sino a la aplicación que en la práctica se realiza de la reserva de las actuaciones en la que sí se limita el acceso a su conocimiento parcial o total para efectos de garantizar la realización eficaz de diligencias para obtención de información relevante.

En el tercer párrafo del artículo de estudio hace alusión a los eventos de investigación en situ, los cuales durante su recopilación pueden estar siendo perturbados por quienes intervienen en ellos y el fiscal puede determinar la reserva mientras los lleva a cabo para garantizar su debida obtención. Es obvio que como el fiscal está registrando ese evento mediante acta u otro tipo de registro, debe dejar sentado en ella y darlo a conocer o informar como dice la ley de esa decisión, ahí radica esencialmente la salvaguarda de la reserva, en la realización de la diligencia de obtención de evidencias lo que no implica ninguna violación al debido proceso puesto que la está llevando a cabo de conformidad con la ley lo que deberá informar oportunamente al juez contralor de la investigación, toda vez que la regla no discrimina.

El cuarto párrafo del artículo citado dispone que siempre que la publicidad entorpezca y si no hubiere auto de procesamiento el Ministerio Público para determinada diligencia pueda disponer la reserva total o parcial de las actuaciones, por un plazo que no podrá ser superior a diez días. Es decir que, nos encontramos ante un acto reglado y determinado y de excepción al principio de publicidad, al cual puede acceder el Ministerio Público, conlleva el poder y la facultad, la cual está limitada a la realización de diligencia determinada y por un tiempo establecido de diez días, al ser una decisión que incide en la investigación debe registrarla en el expediente o carpeta fiscal, si es total o parcial la reserva, y señalar para la realización de que diligencia esta dada la reserva e informar a los interesados por el mecanismo más accesible que tenga a su alcance. Estimo que la facultad está dada porque como se señala en otras legislaciones nos encontramos en una fase en la que todavía no hay elementos suficientes para imputar a una persona determinada la comisión de un delito, puesto que en tanto existan tales elementos el Fiscal debe iniciar la instrucción. Es lógico que las actuaciones orientadas a la búsqueda de tales elementos se mantengan en

reserva, lo cual no significa que el Fiscal pueda prescindir de las garantías procesales, de manera que, sí debe adoptar medidas para las cuales se requiera autorización judicial, deberá previamente obtener dicha autorización. Y eso es así porque la normativa constitucional y procesal efectivamente restringe el actuar arbitrario del Fiscal y le indica en qué casos debe prevalecer la autorización judicial para la realización de actos de investigación. No existe instrucción general, protocolo o reglamento que le indique al fiscal como debe registrar y llevar a cabo la reserva de las actuaciones durante la investigación, ello no implica que a ultranza la lleve a cabo sin ningún control por eso el autor de este trabajo reconoce que tal como está establecido en el artículo 150 del Código Procesal Penal el fiscal debe llevar un registro de todo lo actuado.

Hay que dejar claro que la norma exige que el Fiscal tenga claro en relación con la reserva a qué sujetos –puede ser al sospechoso, a la víctima y/o agraviado- alcanza por un lado y sobre qué actuaciones y documentos tiene efectos por el otro. Esto es congruente con lo que determina el quinto párrafo del artículo 314 del Código Procesal Penal, es decir, es una limitación especialísima y excepcional. En primer lugar, establece un recorte temporal a un derecho fundamental, el derecho a la defensa, que puede operar respecto a una o más de las partes debidamente apersonadas –a las que les haya dado intervención en el procedimiento- a la investigación y su duración máxima es de veinte días, siendo el señalamiento de los primeros días facultad del Ministerio Público y su eventual prorroga puede ser concluida por el juez de garantías –juez contralor de la investigación-.

La reserva en algún momento también puede estar dirigida remotamente a la víctima o agraviado o al tercero civilmente demandado que pueda también entorpecer la investigación, no olvidemos que en esta etapa recién se están obteniendo datos e información necesarios para la formación de convicción en el fiscal para una eventual persecución penal, por lo que en el desarrollo de la investigación una presumible víctima o agraviado podría convertirse en cómplice o incluso en sindicado. De la misma manera un agraviado o víctima podría (sin tenerlo planificado) obstaculizar la investigación si toma conocimiento de una actuación, que, según su libre juicio y entendimiento pudiera perjudicarlo, por ello queda al arbitrio del fiscal determinar contra quienes opera la reserva en algún momento, como estrategia de su investigación.

Se puede afirmar entonces que la reserva puede operar contra una parte procesal cualquiera o contra todas ellas debiendo el fiscal señalarlo expresamente. También debe indicar en el expediente o carpeta de investigación el plazo que durara la reserva (fecha de inicio y fecha de final) y las actuaciones o documentos sobre los que recaerá (la indicada reserva) e informar a los interesados por el mecanismo que tenga a su alcance.

Finalmente esto es congruente con lo que ha indicado la Corte de Constitucionalidad en el expediente 2837-2006 en sentencia de fecha 15 de enero de 2006. Que en una de sus partes considerativas expresa: *“Durante la investigación, es importante resaltar que generalmente, exige la adopción de medidas de naturaleza cautelar que implican restricción a derechos sustanciales del individuo. Entre estas medidas destacan los allanamientos de morada, la interceptación de telecomunicaciones, apertura y examen de correspondencia y la prisión preventiva. Pero dichas medidas son constitucionalmente aceptadas si su realización:*

Tiene como fin la protección y defensa de intereses sociales, y si se efectúan de acuerdo a los pronunciamientos permitidos, aspectos que corresponde apreciar, considerar, acordar y vigilar a los jueces y a los sujetos procesales.

Respetar los derechos individuales y que no se afecte el pudor.

Ser proporcionales al hecho investigado y que se practiquen para la constatación de circunstancias importantes para la investigación criminal. Entre tales restricciones, se puede encontrar la limitación al principio jurídico de la publicidad de los procesos, contenida en los artículos 14 y 30 constitucionales y en el artículo 8 inciso 5 de la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, la cual literalmente indica: El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. La norma invocada trae aparejada tanto el derecho que recae en el principio jurídico de publicidad como en la salvedad que éste encuentra a la publicidad del proceso, cuando sea necesario para preservar los intereses de la justicia, esto a razón que la publicidad tiene un componente negativo, por cuanto el simple hecho de ser sometido a proceso implica un daño en el reconocimiento social del imputado y a la averiguación de la verdad (fin último del proceso penal). Por ello nuestro ordenamiento jurídico contempla en el artículo 314 del Código Procesal Penal, el carácter de las actuaciones en el procedimiento preparatorio y específicamente en la investigación, limitando la

publicidad a las partes procesales y el deber de reserva. Por otra parte, teniendo en cuenta que la publicidad también podría obstaculizar la investigación y con ello la averiguación de la verdad, en los casos en que no se haya dictado auto de procesamiento, el Ministerio Público podrá disponer, la reserva total o parcial de las actuaciones.

De lo antes expuesto, esta Corte establece que no existe conflicto entre la norma ordinaria y la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que la publicidad de las actuaciones a que se refiere el artículo atacado por las accionantes puede perjudicar los intereses de la justicia, en concordancia a ello las personas que son investigadas no deben ser impuestas de la investigación hasta que se les haga alguna imputación directa de la comisión de un posible hecho ilícito, esto en atención a la secretividad de la misma y a la presunción de inocencia resguardada en la Carta Magna y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos; además, en atención al resguardo a los derechos y garantías constitucionales de todas las diligencias efectuadas tendrá conocimiento la persona que fue investigada al momento de hacerle la imputación respectiva, para que haga valer su derecho de defensa respecto a ellas”. Fin de la cita. Si bien es cierto la sentencia que cita el autor del presente trabajo no es específica en relación con el artículo 314 del Código Procesal Penal y 14 Constitucional, la misma si los relaciona de manera muy explícita y su interpretación puede ser aplicable al caso concreto de estudio en esta oportunidad puesto que advierte lo relacionado con la reserva de las actuaciones y la importancia de su práctica en la fase de investigación, especialmente que la misma deriva de la ponderación de intereses sobre la cual debe basarse, es decir la averiguación de la verdad y la salvaguarda de otros derechos garantizados constitucionalmente.

III. Conclusión.

Concluyo entonces tal como lo advierte la Corte de Constitucionalidad que en la ponderación de intereses, la averiguación de la verdad (la reserva) llevada de conformidad con la ley puede ser viable puesto que lo que se pretende es la salvaguarda de derechos y garantías del individuo. Al respecto el profesor Klaus Tiedemann en el texto *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal* señala “*Si, por tanto, la verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo la dignidad humana y los derechos fundamentales del inculpado, se reitera con ello claramente la estrecha unión del Derecho Procesal Penal con el Derecho Constitucional*”. En ese orden de ideas el profesor Juan-Luis Gómez Colomer en el mismo texto citado agrega: “*...En efecto, en nuestro proceso penal, como consecuencia además de tener*

que investigar la verdad con instrumentos legales predeterminados, es decir, no a cualquier precio,...” De esa cuenta corresponde al Ministerio Público [si bien es cierto la fiscalía es dueña y señora del procedimiento de averiguación] ser garante de esas garantías al llevar adelante la investigación y ordenar la reserva total de las actuaciones la cual debe darse dentro del plazo establecido lo que debe señalar en el expediente y dejar constancia y respecto a que partes afecta -la reserva- así como la fecha de inicio y finalización. Si fuese necesaria una prórroga el juez a solicitud de parte legitimada puede poner fin a la misma. Igualmente cuando se trate de reserva parcial debe indicar con claridad sobre qué actos o diligencias y siempre indicando el plazo de la misma y a quienes afecta, es decir que, solo se reserva el acto procesal, para alcanzar su eficaz realización y consecución de los resultados esperados para la averiguación de la verdad.

Queda claro que transcurrido el plazo de reserva determinado por el Ministerio Público y en su caso después de la prórroga a la que puso fin el juez contralor de la legalidad (juez de garantías) el imputado y demás partes a las que se les haya acordado intervención tendrán acceso total al expediente o carpeta fiscal, sin ninguna limitación. Por ser un mecanismo para la averiguación de la verdad predeterminado en el Código Procesal Penal, debe entenderse que no puede haber dentro del procedimiento más reserva que la establecida en el artículo 314, sin que sea arbitraria y contraria al debido proceso y a los principios de inocencia y defensa del imputado.-

IV. Bibliografía.

- Binder Alberto M. Justicia Penal y Estado de Derecho.
- Roxin Claus, Arzt Gunther y Tiedemann Klaus, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal.
- Manual del Fiscal Ministerio Público segunda edición 2001.



¿ES POSIBLE APLICAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA PRISION PREVENTIVA, EN DELITOS QUE EXPRESAMENTE PROHIBE EL ART. 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL?

I. Introducción.

La prohibición de otorgar medidas sustitutivas de la prisión preventiva es un tema que siempre me ha llamado la atención, porque considero que se contrapone a lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala que, entre otros bienes jurídicos esenciales, en el Artículo 2º., garantiza la libertad, como uno de los deberes del Estado, derecho también protegido por el Bloque Constitucional.

El hecho que la ley ordinaria contenga tal prohibición, no implica que no tenga que discutirse la medida de coerción que se aplicará a una persona que ha sido ligada a proceso, precisamente porque nuestra ley suprema, establece en el artículo 204: “Los tribunales de justicia, en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1985)

De igual manera, siempre nuestra carta magna, en el artículo 46 preceptúa: “Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1985)

En la práctica, la mencionada prohibición se ha aplicado sin discusión alguna, lamentablemente el Ministerio Público se concreta a solicitar la prisión preventiva por existir prohibición o disposición legal y se despreocupa de argumentar y fundamentar los peligros procesales que pudieran existir para el otorgamiento de una medida sustitutiva; y, cuando

la Defensa, sea privada o particular solicitan la aplicación de las mismas, los Jueces no acceden, bajo el mismo argumento, que existe prohibición legal, extremo que no comparto porque especialmente los Jueces tenemos que motivar nuestras decisiones observando la Constitución y demás tratados y Convenciones que protegen el derecho a la libertad.

Las razones que me han motivado para abordar el tema, se concretan en lograr los siguientes objetivos:

1. Comentar el artículo 264 del Código Procesal Penal en cuanto a la prohibición que contiene, que se refiere a no otorgar medidas sustitutivas de la prisión preventiva.
2. Establecer que, pese a esa prohibición, el Juez puede otorgar medidas sustitutivas de la prisión preventiva, porque es el único que puede decidir sobre la libertad de una persona, por ser una atribución de responsabilidad racional y humana del mismo, por estar investido de jurisdicción, no así el legislador al momento de emitir la norma.
3. Con el análisis que se realiza de doctrina legal de Corte de Constitucionalidad y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, promover la discusión de la aplicación de la prisión preventiva, en los delitos que prohíbe el artículo 264 del Código Procesal Penal, de tal manera que en la audiencia inicial se evidencie y quede demostrado que concurren o no, los peligros procesales de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad y que sea el Juez quien decida sobre la aplicación de la prisión preventiva; o, por el contrario, aplicará una medida sustitutiva de la misma.

II. Sustitución de la Prisión Preventiva.

El artículo 264 del Código Procesal Penal se refiere a la sustitución de la prisión preventiva por las medidas que encontramos en los numerales del 1 al 7 del mismo; y, dentro de este último encontramos otro, que si bien es cierto no está enumerado, también lo es que establece que en casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento, baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad, entendiéndose en consecuencia, que la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento, es una medida de coerción más.

El artículo mencionado, en el penúltimo párrafo establece que:
...no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado. (Decreto 51-92 Congreso de la República de Guatemala, 1992)

Anteriormente existía prohibición de otorgar medidas sustitutivas por *hurto agravado*; sin embargo, fue declarado inconstitucional según expediente 105-99, sentencia de fecha 28-01-2000 de la Corte de Constitucionalidad.

El artículo continúa regulando:

...También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el capítulo VII del decreto No. 48-92 del Congreso de la República, la Ley Contra la Narcoactividad. ... En procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas a las que se refiere este artículo, excepto la de prestación de caución económica. (Decreto 51-92 Congreso de la República de Guatemala, 1992)

La Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1555-2011, sentencia de fecha 18 de noviembre del 2002, declaró la inconstitucionalidad del siguiente texto del artículo 264 ya referido: “siempre y cuando la misma no sea inferior al cien por ciento (100%) de los tributos retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios, que a petición del Juez determine la administración tributaria.”. Al resolver la Corte de Constitucionalidad afirmó que:

... esta Corte ha considerado que el artículo 14 de la Constitución contiene una garantía referida a que toda persona debe presumirse inocente, en tanto no se le haya declarado responsable, en sentencia judicial debidamente ejecutoriada. En ese sentido, la jurisprudencia de este tribunal, refiriéndose a tal garantía, ha considerado que ésta ‘constituye una presunción iuris tantum, dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad’ (sentencia de treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y ocho, dictada en el expediente 1011-97, página 109) ; y, por aparte, se ha

considerado que las medidas asegurativas de una persona en el proceso, como lo es el caso de las de sustitución de prisión, es una atribución de responsabilidad humana y racional del juez de la causa... (sentencia de dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada en el expediente 105-99). Tomando como base lo anterior, se aprecia que el límite que se pretende regular en la norma impugnada, referido a que la medida sustitutiva de caución económica, para el evento de procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero debe concederse siempre y cuando la misma no sea inferior al cien por ciento (100%) de los tributos retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios, que a petición del Juez determine la administración tributaria, carece de razonabilidad y atenta contra la presunción de inocencia contenida en el artículo 14 del texto matriz, pues sin tomar en cuenta que el proceso penal no está en su etapa conclusiva, se impone como condición para el otorgamiento de una medida sustitutiva de caución económica, el pago de un mínimo del cien por ciento de los tributos que se denuncia como retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios, lo que configura un pago anticipado de una sanción económica que implícitamente debe cumplir el procesado para gozar de una medida de sustitución, lo cual resulta ser un contrasentido del espíritu de la norma que regula de manera general el goce de las medidas de sustitución de la prisión preventiva, que se hace más evidente si se atiende al hecho de que en el momento procesal en el que se decide el otorgamiento de una medida sustitutiva de prisión, aún no se ha determinado la culpabilidad del imputado; y aparte de ello, en contraposición a dejar al arbitrio del juez quien de una manera racional decide sobre la procedencia del otorgamiento de una medida sustitutiva de prisión de acuerdo con los parámetros generales que fija el propio Código Procesal Penal, la norma impugnada condiciona el raciocinio judicial respecto de dicho otorgamiento, a una determinación (de suma dineraria) que debe hacer una autoridad que carece de potestad jurisdiccional, segregándose con ello la potestad de juzgamiento que a los jueces ordinarios ha conferido el artículo 203 de la Constitución. Evidenciando esta Corte que el párrafo antes transcrito viola lo dispuesto en los artículos 14 y 203 constitucionales procede declarar la inconstitucionalidad del mismo; y así debe resolverse en esta sentencia al hacer el pronunciamiento legal correspondiente. (Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 18 de noviembre de 2002).

No obstante manifestar la Corte de Constitucionalidad en las sentencias arriba mencionadas, que ya es jurisprudencia de la misma el hecho que el otorgamiento de medidas sustitutivas de la prisión preventiva, **únicamente es función jurisdiccional**. También se mencionan otras dos sentencias ampliamente conocidas, a saber:

1. La que declara inconstitucional la frase: “hurto agravado”, en el artículo 264 del Código Procesal Penal, al resolver el expediente 105-99, publicada en el Diario Oficial de Centro América el 28 de enero de 2000.
2. Sentencia dictada dentro del expediente 1555-2001, publicada en el Diario de Centro América el 23 de enero de 2003, vigente desde el 24 de enero de 2003. Dicha sentencia declaró inconstitucional el texto tachado del artículo 264 del código procesal penal.
3. Expediente No. 1994-2009, dentro del cual se declaró inconstitucional el Art. 27 de la Ley del fortalecimiento de la persecución penal el 17 de febrero de 2011, el cual establecía que: *“Cuando la pena de prisión a imponerse, de acuerdo a las disposiciones de las leyes que se reforman y la presente, sea inconmutable, no procederá medida sustitutiva alguna”*.

En el mismo sentido se ha pronunciado la CIDH, y llama la atención que se trata de asuntos recientes, siendo éstos:

1. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019.
2. Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020.

En ambas se pronuncia en el sentido que, se viola la presunción de inocencia, porque para que se cumplan los requisitos para restringir el derecho a la libertad personal a través de una medida cautelar como la prisión preventiva, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito.

Es necesario enfatizar que este presupuesto no constituye en sí mismo, una finalidad legítima para aplicar una medida cautelar restrictiva a la libertad, ni tampoco es un elemento que sea susceptible de menoscabar el principio de presunción de inocencia contenida en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por el contrario, se trata de un supuesto adicional a los otros requisitos relacionados con la finalidad legítima, la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad, y opera como una

garantía suplementaria a la hora de proceder a la aplicación de una medida cautelar restrictiva de la libertad.

El Artículo 13 de la Constitución Política de la República, en cuanto a los motivos para auto de prisión, establece: “No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1985).

Dicho artículo, según interpretación de Corte de Constitucionalidad, contenida en el expediente 1034-2001, señaló:

Al iniciar en su texto con una expresión de negación (**“No podrá dictarse auto de prisión”**) admite implícitamente que la regla general debe ser la libertad, aunque también admite que, excepcionalmente, y bajo ciertas circunstancias (información de haberse cometido un ilícito penal, y motivos racionales para creer que una persona -detenida- lo ha cometido o ha participado en su realización), ese derecho puede ser restringido a través de la prisión preventiva. La denominación de prisión preventiva (o provisional como se le denomina en la Constitución y se le denominaba en el anterior Código Procesal Penal Decreto 52-73 del Congreso de la República), obedece a que este tipo de medida de coerción personal tiene carácter cautelar con fines eminentemente procesales, por lo que su aplicación debe garantizar la realización de los fines del proceso penal y no tener finalidad distinta que solamente puede ser atribuida a una pena. La doctrina predominante que recoge la normativa procesal penal vigente afirma que el proceso penal tiene como finalidad la correcta averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal (artículo 5º, del Código Procesal Penal vigente) por lo que en función de ello la prisión preventiva debe proteger dichos fines, que pueden ser puestos en peligro, como lo cita el autor Julio Maier “cuando es posible fundar racionalmente que el imputado con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o ejecución de una condena eventual (peligro de fuga) u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica” (Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I, Edición Del Puerto, Buenos Aires, 1996, páginas 522-523.) El carácter de excepcionalidad de la prisión provisional o prisión preventiva también es reconocido en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, citando esta Corte a guisa de ejemplo lo dispuesto en los artículos 7 inciso 5) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contempla que la libertad de una persona puede estar condicionada a garantías que aseguren su

comparecencia en juicio, lo que excluye como regla general en proceso penal a la prisión provisional -aspecto que observa el actual Código Procesal Penal en el artículo 264-, y el Artículo 9, inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que expresamente dispone que “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”; normativa a la que evidentemente deben adecuarse las normas de carácter ordinario, y que no pueden pasar por alto por este tribunal, al analizar la intelección del último párrafo del artículo 161 constitucional a efecto de no caer en contradicción con lo dispuesto en el artículo 46 del texto supremo. (Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 17 de octubre de 2001).

Por lo anterior, es evidente que la prohibición contenida en el artículo 264 del Código Procesal penal, de otorgar medidas sustitutivas de la prisión preventiva en determinados delitos es contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7 inciso 5) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9, inciso 3) y siendo que la Corte de Constitucionalidad ha emitido sentencias al resolver que, otorgar medidas sustitutivas de la prisión preventiva es únicamente “función jurisdiccional” y que es una atribución de responsabilidad racional y humana del Juez de la causa, encontramos que el Funcionario Judicial debe atender solamente los peligros procesales de fuga o de obstaculización a la averiguación de la verdad, los cuales deben ser debidamente argumentados y fundamentados por el Ministerio Público; caso contrario, debe privilegiarse la libertad, aplicando medidas sustitutivas de la prisión preventiva, buscando el equilibrio, en la medida de lo posible en cuanto a los derechos de los delincuentes, de las víctimas y de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito, de conformidad con el objetivo fundamental 1.4 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

La prohibición contenida en el Artículo 264 del Código Procesal Penal podría considerarse como una violación a la Independencia Judicial, por parte del Organismo Legislativo, porque contraviene el segundo y tercer párrafo del artículo 203 de la CPRG, así como a la soberanía del Estado, según el artículo 141, también de nuestra ley suprema.

III. Conclusiones.

En conclusión, puede afirmarse que no obstante la prohibición contenida en el artículo 264 del Código Procesal Penal, sí es posible otorgar medidas

sustitutivas de la prisión preventiva, siempre y cuando se superen los peligros procesales de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad; y, como lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad, el otorgamiento de las mismas son una atribución de responsabilidad humana y racional del juez de la causa, lo que implica que el Funcionario Judicial debe motivar su decisión como lo exige el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, observando el contenido del artículo 14 del mismo cuerpo legal que establece que el procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección, así como del artículo 16 que preceptúa que los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la Constitución y los tratados internacionales sobre respeto a los derechos humanos; y, por supuesto, aplicando la correcta razón.

IV. Referencias.

- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad. (17 de octubre de 2001). Sentencia de Inconstitucionalidad Expediente 1034-2001.
- Corte de Constitucionalidad. (18 de Noviembre de 2002). Sentencia de Inconstitucionalidad Expediente 1555-2011.
- Decreto 51-92 Congreso de la República de Guatemala. (1992). *Código Procesal Penal*. Guatemala.



EL JUICIO VIRTUAL Y SUS DESAFÍOS.

I. Introducción.

La Pandemia del Covid 19 puso de manifiesto la fragilidad del sistema de salud, las debilidades del sistema de educación y la inestabilidad económica en nuestro país, pero a su vez también la necesidad de contar con un sistema de justicia que responda a las necesidades de todos los ciudadanos, pues no se puede dejar de lado, que el deber del Estado con Pandemia o sin Pandemia es garantizar a los ciudadanos la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la personas.

Es preciso visualizar la justicia como un derecho humano, constituyendo este uno de los fines y deberes del Estado, sin embargo, la Pandemia del Covid 19 no es una crisis afrontada únicamente por el Estado de Guatemala, sino también por el resto de países del mundo, y ante la puesta en vigencia de los juicios virtuales es intensión de este artículo establecer los desafíos que representa la puesta en marcha de los juicios virtuales en Guatemala.

La puesta en vigencia de los juicios virtuales en países de Latinoamérica trajo consigo diversas reacciones por estudiosos del derecho y funcionarios de justicia; en Chile por ejemplo, la jueza Marcela Nash emitió el siguiente voto razonado: *“El juicio oral supone una relación interpersonal cuyas vertientes más importante por razones humanitarias es el contacto de los jueces con el acusado, pero también lo constituye la relación con los testigos y peritos, puesto que debe existir una percepción directa de la prueba, lo que significa verla y oírla claramente (Nash, 2020).”*

En el caso de Guatemala dado la vigencia del artículo 317 del Código Procesal Penal y su desnaturalización, muchos jueces de sentencia no

tienen la oportunidad de percibir de manera directa la prueba del testigo principal dentro del proceso, lo cual representa la imposibilidad de verla y oír-la claramente, pero no solamente los jueces pasan por esta experiencia, también a los abogados defensores y fiscales les toca comparecer a juicios en donde el principal testigo ya ha declarado en prueba anticipada, lo cual podría evitarse con un procedimiento de investigación más dinámico y un juicio justo donde se respete la inmediación del juez de sentencia, y se juzgue al procesado dentro de un plazo razonable, especialmente si guarda prisión, aquí vale la pena citar a Cesar Bonesana o Marqués de Beccaría en su tratado De Los Delitos y Las Penas cuando dice: *“Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y mas vecina al delito cometido. La cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo, y esta custodia siendo por naturaleza penosa, debe durar el menor tiempo posible (C. Beccaria, 2003).”*

Por la relevancia que supone la etapa de juicio dentro del proceso penal, se estima prudente referirse en este tema únicamente a dicha fase y los desafíos que enfrenta con la puesta en marcha de los juicios virtuales a través de un protocolo emitido por la Corte Suprema de Justicia el que a pesar de que se fundamenta en los principios de voluntariedad, buena fe y lealtad procesal tiene como principales desafíos: 1.) El desafío que representa llevar la correcta inmediación en un juicio virtual, frente a la necesidad de juzgar a un procesado dentro de un plazo razonable; 2.) La observancia de las reglas básicas y esenciales en la recepción y producción probatoria, especialmente de peritos y testigos en la búsqueda de la verdad; 3.) Mantener la solemnidad que conlleva la etapa de juicio, pues aún que jueces y partes lleven la inmediación de manera virtual, deben estar conscientes, que cuando se juzga a una persona se está decidiendo sobre una de las garantías más sublimes que tiene la Constitución, como lo es la libertad. 4.) Asumir con responsabilidad la observancia de Debido Proceso.

II. Contenido.

Por supuesto que la crisis sanitaria del Covid 19 y el Decreto Gubernativo 5-2020 que declaró Estado de Calamidad, puso en el ojo del huracán la capacidad de reacción de Organismo Judicial para no dejar en estado de incertidumbre judicial a la población, pues como bien lo afirma el Maestro Erick Juárez fue un gran desacierto de parte de la Corte Suprema, mediante acuerdo de fecha diecisiete de marzo de dos mil veinte, cerrar las puertas de los tribunales dejando el servicio de veinticuatro horas únicamente en tres departamentos, de los veintidós que tiene el país,

olvidándose de que el servicio de justicia es esencial. Situación que seguramente sirvió de caldo de cultivo para que la población quedara a merced de viejas prácticas abusivas por parte de corruptas autoridades de policía.

Según información rendida, por el Centro de Información y Estadística del Organismo Judicial del dieciséis de marzo al veintiuno de mayo de 2020 se suspendieron aproximadamente treinta y un mil seiscientos cincuenta y nueve audiencias programadas en materia penal, lo cual obligó al Organismo Judicial a reconocer su independencia y buscar la implementación del teletrabajo para tribunales y jueces, así como el establecimiento de un Protocolo Operativo para la realización de audiencias virtuales en el ramo penal, bajo los principios de voluntariedad, buena fe y lealtad procesal. Sin embargo, la invocación de estos principios no demeritan en lo absoluto la observancia y garantías del debido proceso en una audiencia tan relevante como el juicio.

Quizá es importante determinar si era o no necesario que la Corte Suprema de Justicia emitiera un Protocolo Operativo, para la puesta en marcha de los juicios virtuales pues no se debe perder de vista que con la entrada en vigencia del Decreto número 17-2009 del Congreso de la República de Guatemala Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal se adicionaron los artículos 218 bis y 218 ter, del Código Procesal Penal y con ello la declaración de testigos, peritos y colaborador eficaz, por medios audiovisuales de comunicación, estableciendo el procedimiento para su realización durante el debate oral y público. Lo cual es coherente con los artículos 20, 21 y 22 del Reglamento Interior de Juzgados y Tribunales Penales y los artículos 1, 3, 16, 17 y 19 de la Ley del Organismo Judicial, por lo que se advierte que diseñar un protocolo para la realización de juicios virtuales, no obstante la buena intención de la Corte Suprema, el contenido de sus disposiciones no deja de ser arriesgado pues en algunos aspectos violenta el debido proceso por ejemplo cuando dispone: Que se puedan recibir a testigos del Ministerio Público desde la sede de dicho ente, así como recibir declaración de testigos de la defensa desde cualquier lugar, esto aparte de romper con la solemnidad del acto propiamente de juzgar a un ciudadano, violenta las reglas básicas de reproducción de la prueba en el juicio, lo cual conllevaría a incurrir en actividad procesal defectuosa. Sin embargo, no puede dejarse de lado que para conseguir la anulación de un acto procesal debe ser debidamente protestado por el sujeto procesal al que le afecte y agotar el recurso de reposición correspondiente, según las

circunstancias del caso, para luego discutir mediante una apelación especial la anulación de la sentencia, seguramente esta es una de las razones por las que el Protocolo busca la voluntariedad de las partes lo cual en ningún momento debe implicar el sacrificio de la garantía de debido proceso, ante la necesidad de juzgar a un procesado dentro de un plazo razonable.

Son varios los principios que conforman la investidura del debido proceso, y desde ya se estima que el principio de voluntariedad, buena fe y lealtad procesal, contenidos en el Protocolo Operativo para audiencias de Juicios Virtuales, no riñen con el resto de principios y garantías que conforman el debido proceso, sin embargo, ante la crisis sanitaria que vive el país con el Covid 19 y ante la excepcionalidad de los juicios virtuales, puede ser un instrumento útil para sopesar la necesidad de que la persona procesada pueda ser juzgada dentro de un plazo razonable, sin sacrificar la necesidad de un juicio justo. Por lo que resulta importante saber en que consisten los tres principios que contiene el Protocolo Operativo de audiencias virtuales:

- **Principio de Voluntariedad:** Este principio es básicamente la voluntad que deben tener los sujetos procesales, de aceptar llevar a cabo una audiencia en forma virtual en un Juzgado de Instancia o Tribunal de Sentencia, para ello los sujetos procesales deben contar con tecnología que el sistema requiere, pero no solamente esto, en el caso de los abogados defensores, deben contar con la anuencia de su defendido y esto implica explicarles de forma debida la manera en que se va a llevar a cabo la audiencia. Algo interesante que tiene este sistema es que el Centro de Informática y Telecomunicaciones del Organismo Judicial, creó salas privadas, las cuales permiten que los sujetos procesales se comuniquen entre sí y sin ninguna interferencia asegurando el distanciamiento social, sin riesgo de contagio, lo que también contribuye a contar, antes del inicio de la audiencia con la manifestación del procesado para aceptar o no la realización de su audiencia en forma virtual, pues no debe olvidarse que por seguridad sanitaria, los Centros Preventivos han restringido las visitas carcelarias. Por otra parte, debe hacerse hincapié que mediante este principio, el protocolo advierte que para someterse a un juicio virtual, jueces y sujetos procesales deben tomar en cuenta la cantidad de prueba a producir en el debate, pero tomando en cuenta la voluntad de las partes para someter a juicio virtual sus pretensiones, debe también considerarse la efectividad en el procedimiento de producción de la prueba, confiabilidad, veracidad, libertad y seguridad probatoria, aspectos ampliamente discutidos en la Comunidad Jurídica de Occidente.

- **Buena Fe:** Dice Montesquieu en su tratado Del Espíritu de las Leyes: “Para ser hombre de bien es preciso tener la intención de serlo, amar al estado por él mismo y no en interés propio.”

Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (Decreto 2-89, 1989). Buena Fe es: *rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder* (Cabanellas, 2003). Significa entonces que todos los sujetos procesales que participan en una audiencia virtual, incluyendo a los jueces están obligados a proceder de buena manera. Por supuesto que este principio es importante y no solamente en una audiencia virtual, pues tan mal puede proceder un abogado que compra testigos o trafica influencias como un fiscal que oculta prueba de descargo, o un juez que al no conformarse con lo que sucede dentro de la audiencia sale a la calle a buscar la supuesta verdad de los hechos. Es decir, la Buena Fe es un valor que va más allá de un juicio virtual.

- **Lealtad Procesal:** La Lealtad procesal radica en la credibilidad y confianza que todos los usuarios del sistema, en especial los sujetos procesales, se tienen entre sí, al momento de requerir y ser convocados a una audiencia (Reglamento Interior de Juzgados y Tribunales Penales Acuerdo, 2008). Según este principio la actitud de los sujetos procesales estará orientada a evitar que se alteren los datos y las circunstancias de los actos procesales, con el simple hecho de obstaculizar la gestión. La actitud manifiesta contraria a la lealtad procesal por parte de los abogados, deberá ser comunicada inmediatamente al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios. En caso de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, se comunicará también al régimen disciplinario respectivo. El Protocolo Operativo para la Realización de Audiencias Virtuales en el Ramo Penal, tiene disposiciones específicas para la preparación de audiencias y su desarrollo por parte del Juzgado de Primera Instancia Penal, Audiencias Virtuales en Materia de Extinción de Dominio y Audiencias Virtuales en Tribunales de Sentencia Penal, incluidos los especializados (Organismo Judicial, 2020). Proponiendo que el Tribunal de sentencia ya sea de oficio o a petición de parte, seleccione los casos cuya audiencia pueda realizarse por video conferencia y por medio virtual para el efecto propone cuatro criterios: a.) La cantidad de sindicados; b.) La cantidad y tipo de pruebas a recibir; c.) El tiempo estimado que podría durar el debate; d.) La priorización de los casos que tengan privado de libertad que puedan declarar mediante videoconferencia, es decir que el juicio virtual tiene carácter excepcional.

El Protocolo en el intento de prever las incidencias que podría suscitarse en el juicio comete algunos desaciertos, como ya quedo indicado, especialmente con la declaración de testigos, pues a pesar de que el sistema informático ofrece salas virtuales de espera, no se prevé la limitante de transporte que eventualmente podría tener los órganos de prueba, para acudir al lugar en donde pueda o deba conectarse a la audiencia. Por lo que se estima que de haberse tomado en cuenta el Decreto 17-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, testigos e incluso los procesados, que gozan de medidas sustitutivas, podría concurrir a los juzgados de paz de sus correspondientes municipios y desde allí intervenir, según el caso, en la audiencia virtual, pudiendo dar fe de la legalidad del acto el juez de paz. Incluso para dar fe de su debida identificación de quienes conforme a la ley están obligados a acudir y evitar así cualquier tipo de desacierto y conseguir que tanto testigos como sindicados declaren, si es el caso, de manera totalmente libre y sin valerse de cualquier tipo de apoyo o injerencia al momento de brindar su declaración y consecuentemente brindar a los jueces de sentencia: confianza, certeza, confiabilidad, objetividad y razón suficiente para dictar un fallo que cumpla con los fines del proceso penal.

Sin lugar a duda la garantía del debido proceso, es la concurrencia de todas las garantías y principios, contenidos tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala como en las leyes sustantivas y adjetivas penales, así como las convenciones ratificadas por el Estado de Guatemala en materia de derechos humanos, constituyendo estos los verdaderos límites al poder punitivo del Estado.

“Las ideas que anidan en el corazón de los hombres de conseguir la paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado. Las garantías orgánicas y de procedimiento forman parte de esa plataforma jurídica de cuya observancia y efectividad el Estado es garante” (Muñoz Conde y García Arán, 2000). De allí la importancia de observar las garantías y principios que conforman la plataforma de un debido proceso y su integración con los principios contenidos en el Protocolo Operativo para audiencias virtuales en el Ramo Penal.

Es importante tomar en cuenta que los principios contenidos en el Protocolo Operativo para Audiencias de Juicio no excluyen en lo absoluto las garantías y principios del debido proceso, tales como: imperatividad, tutela judicial efectiva, independencia del Ministerio Público, obediencia, prevalencia de criterio jurisdiccional, fundamentación, obligatoriedad, gratuidad, publicidad, tratamiento como inocente, declaración libre del imputado, respeto a los Derechos Humanos, continuidad, defensa e intermediación y especialmente con relación al principio de intermediación, que dicho sea de paso es uno de los más cuestionados, con la puesta en marcha de los juicios virtuales, debe tomarse en cuenta, que mediante este principio y garantía los jueces de sentencia ya sea en forma presencial o virtual están obligados a percibir por sí mismos la producción de la prueba, es decir, a tener una relación directa con ésta para poder emitir un razonamiento lógico al momento de su valoración, lo cual les prohíbe hacer cualquier tipo de divagación o distracción al momento de la producción de la prueba, pues es la única garantía de que el tribunal, ya sea unipersonal o colegiado, va a tener la capacidad de responder de manera imparcial y con justeza las pretensiones de las partes. Lo cual constituye un verdadero desafío para los jueces que participan en los juicios virtuales, pues están obligados a obtener una correcta percepción de la prueba que se produce en el debate, a mediar la audiencia observando todas las garantías y principios del debido proceso, a mantener mediante la interpelación con las partes la disciplina de un juicio solemne, conscientes de que se está decidiendo sobre uno de los privilegios más sublimes del ser humano como lo es la libertad.

III. Conclusiones.

- El sistema de Justicia Guatemalteco debe responder a las necesidades de todos los ciudadanos de manera permanente, independientemente de cualquier eventualidad que se viva.
- El juzgamiento de una persona dentro de un plazo razonable no implica sacrificar las garantías de un debido proceso.
- El sometimiento de una causa a Juicio Virtual depende, de la voluntad de los sujetos procesales, así como de situaciones particulares de cada caso.
- La Buena Fe es un Valor que va más allá de una audiencia de juicio virtual.

- La Lealtad procesal es un valor que se genera dentro de un marco de credibilidad y confianza.
- La selección de casos a conocer en Juicio Virtual debe hacerse observando los criterios que fija el protocolo, por lo que los juicios virtuales son de carácter excepcional.
- La Garantía del debido proceso es la concurrencia de todos los principios y garantías contenidos en la Constitución, Leyes sustantivas y adjetivas de carácter penal, así como de los convenios ratificados por Guatemala en materia de Derechos Humanos.
- Las Garantías y Principios de carácter penal no se excluyen entre sí.
- Al amparo del Decreto 17-2009 Los Jueces de paz de los municipios del país, deben mediar en la producción de pruebas, especialmente testimonial y pericial, así como la presencia del sindicado en el juicio virtual, lo cual garantiza la validez y legalidad de su participación en el debate.
- Para garantizar el principio de inmediación los jueces ya sea en forma virtual o presencial, están obligados a percibir por sí mismos la producción de la prueba, lo cual no admite ningún tipo de distracción a fin de emitir un razonamiento lógico al momento de la valoración probatoria.

IV. Referencias.

Asamblea Nacional Constituyente (1985) Constitución Política de la República de Guatemala.

Becaria, C. (2003). Tratado de los Delitos y de las Penas (1 era. ed.). Carlos III

Universidad de Madrid.

Convención Americana Sobre derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Congreso de la República de Guatemala (1989) Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial.

Congreso de la República de Guatemala (1992) Decreto 51-92 Código Procesal Penal de Guatemala.

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala, 30 de mayo de 1985

Cabanellas, G. (2003). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (28.a ed.). Heliasta.

Judicatura CSJ. (2018, June 8). PROGRAMA ADMINISTRANDO JUSTICIA AUDIENCIAS VIRTUALES EN SECCIONAL BOGOTÁ [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=VJ-5B08iP6U&feature=youtu.be>

Luigi Ferrajoli (2006) Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal (Madrid) Editorial Trotta S. A.

Muñoz Conde, F., y García Arán, M. (2000). Derecho Penal (4.a ed.). Tirant lo Blanch.

Nash, M. (2020). *Se corta la señal, su señoría: Las quejas por los juicios virtuales*. La Tercera. Recuperado el 5 de octubre de : <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/se-corta-la-senal-su-senoria-las-quejas-por-los-juicios-virtuales/5A3H5KAHH5BRPL5CCPL3A5KB4Y/?outputType=amp>

Organismo Judicial Reglamento Interior de Juzgados y Tribunales Penales, Acuerdo 24-2005 modificado por Acuerdo 7-2006.

Organismo Judicial. (2020). Protocolo para la implementación de audiencias virtuales en el ramo penal. Guatemala C. A.

Presidente de la República de Guatemala, (2020). Acuerdo gubernativo 5-2020 y 6-2020.

Real Academia Española (5 de octubre 2020) Diccionario de la Lengua Española obtenido de <https://dle.rae.es>

JURISPRUDENCIA

(Criterio sostenido en sentencia de cuatro de febrero de dos mil dieciséis, dictada en el expediente 2185-2014)

(Criterio sostenido en sentencia de veintiocho de julio de dos mil quince, dictada en el expediente 6108-2014).



**COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE**

**REVISTA DE LA COMUNIDAD
JURÍDICA DE GUATEMALA**

**Edición Digital
Año 3 Sementre 1
Edición: Enero - Junio 2020
Quetzaltenango, 2020**

AÑO 3 | SEMESTRE 2
EDICIÓN JULIO - DICIEMBRE 2020

REVISTA

DE LA COMUNIDAD JURÍDICA DE OCCIDENTE



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE