

REVISTA

DE LA COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

“DISCERE MAGIS IURIS”
-Aprende más Derecho-



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE



**REVISTA DE LA COMUNIDAD
JURÍDICA DE GUATEMALA**

“DISCERE MAGIS IURIS”
-Aprende más 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.

CONTENIDO

Presentación

Erick Juárez Elías.

**La legalidad de las preguntas sugestivas en la práctica del con-
trainterrogatorio en el sistema procesal penal adversativo en el
salvador.**

Rommell Ismael Sandoval Rosales.

**Principio de legalidad, en la esfera sustantiva del derecho penal.
Análisis crítico de los tipos penales.**

Moshe Dayan Mazariegos González.

**Principio de legalidad en la esfera procesal del derecho penal.
Análisis crítico sobre los tribunales ad-hoc.**

Martha Vanessa Faillace Cantoral.

**Principio de legalidad en la esfera ejecutiva del derecho penal. Plan
individualizado de la sanción impuesta.**

Sergio Adolfo Pastor Álvarez.

Pág.

1

10

37

48

61



PRESENTACIÓN

La adquisición de la verdad, en el proceso, constituye una finalidad legitimadora para la solución justa del conflicto subyacente, de lo que da cuenta el juicio penal en su evolución histórica. De esa cuenta, las reflexiones teóricas gravitan en aspectos tan generales de cómo? y con qué? se debe probar y adquirir la verdad; hasta aspectos tan específicos sobre las reglas de reproducción de la prueba.

En este último aspecto, se enmarca el artículo de Rommell Sandoval, quien desde el escenario normativo y la realidad forense de El Salvador, traza una serie de ideas y elementos útiles para profundizar en la reproducción de la prueba de testigos y peritos, a efecto de, obtener en la medida posible, la mayor credibilidad de estos y de los hechos que narran en el juicio, que en suma, determinaran la verdad procesal para la emisión de la sentencia.

A tal efecto, Rommell Sandoval desagrega los puntos normativos y técnicos para el examen y contra-examen de testigos y peritos, sobre una idea básica y central: por qué y cuándo creerle a las personas que declaran en juicio; cuestión que ha sumergido a teóricos en análisis jurídicos y filosóficos, por la profundidad que el tema implica, por cuanto se trata de la prueba más utilizada en juicio, ser perceptiblemente subjetiva y estar proclive a la influencia y manipulación; además, en no pocas ocasiones, ha sido revertida de credibilidad a través de revocación instancial e incluso en revisiones vía proyectos de inocencia de varios países.

En ese contexto, Rommell Sandoval finca el escenario declarativo en una idea básica: el compromiso de los testigos con la verdad y no con una de las partes del proceso; tal ideal no es cumplido en absoluto, de lo que deriva la necesidad de someter al testigo y su testimonio a un test de credibilidad, cuyo mejor mecanismo hasta el momento es el del contra-examen o contra-interrogatorio amplio y libre, que asegure en gran medida tal objetivo. Si bien es cierto, en los inicios de la reforma procesal penal iberoamericana, de la cual Guatemala inició tal proceso, aún se mantuvo un escenario formal y formalizado del examen y contra-examen de testigos; también cierto es que, esto evolucionó conforme se avanzaba en las reformas secuenciales de los sistemas procesales en los países latinoamericanos, tanto normativamente como en la práctica forense, lo que se refleja en una profundización en la reproducción de la prueba testimonial.

De esta conversión, da cuenta el sistema judicial penal de El Salvador, con tres puntos relevantes: a) la doble oportunidad de examen a los testigos y peritos: propio del sistema anglosajón, la posibilidad de re-examinar o volver a examinar al testigo, implica la oportunidad de “rescatar” la credibilidad de la persona o de su versión, luego que ha sido desacreditado por la parte contraria; esto permite que, no se desatienda el valor probatorio de un testimonio veraz o cierto, por un simple error del testigo o una treta sutil del litigante, que en el escenario del juicio suele ocurrir. En ese entorno, Rommell Sandoval traza los lineamientos, adecuados y propios, para hacer uso correcto de esta segunda oportunidad, al igual que describe el límite dentro del cual debe enmarcarse el re-examen, al estar vinculado directamente a lo proveído en el contra-examen. Junto a ello, se permite a la parte contraria, nuevamente volver a contra-examinar, con los límites y condiciones que se describen en el artículo. Como bien indica el autor, esta metodología de reproducción de la prueba de testigos y peritos, ha sido implantada por pocos países, como Colombia, República Dominicana, entre otros; quedando fuera de este escenario países como Guatemala, en donde no está dispuesta esta posibilidad y solo se concede una oportunidad a las partes del proceso, lo cual limita la posibilidad de determinar, con mayor información, la credibilidad o desacreditación de los testigos y peritos.

b) impugnación de testigos y peritos: El diseño formal del interrogatorio y contra interrogatorio de testigos y peritos, no describió expresamente la forma y condiciones para impugnar u objetar a los testigos o peritos y sus versiones, por lo cual, la práctica forense fue y ha sido ambivalente al respecto, llegando al extremo incluso, de considerar impertinentes las preguntas que estén destinadas a tal fin; sin embargo, es estimable que aun y cuando no se describa expresamente en la norma jurídica, no implica que se prohiba tal proceder y por ende, debe permitirse en el contra-examen el ejercicio litigioso con tal objetivo. Anticipando esa ambivalencia, el Código Procesal Penal de El Salvador, regula expresamente la impugnación de testigos y peritos y dispone las causas, que entre otros casos puede suceder por, el comportamiento de testigos o peritos mientras declaran, naturaleza o carácter del testimonio o dictamen pericial, capacidad para percibir o comunicar hechos, prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad, cuestión de amistad, manifestaciones anteriores confrontadas con las vertidas en juicio, e incluso, el carácter o conducta mendaz del testigo.

Este escenario asegura en gran medida el sometimiento a un test de credibilidad a los testigos y peritos y sus versiones, lo que en gran medida provee mayores elementos para determinar el valor probatorio; sin embargo, de los supuestos de impugnación indicados, es imprescindible detenerse en el que considera “el comportamiento mientras declaran”, por ser eminentemente subjetivo y suele confundir al espectador, tal y como la doctrina dominante describe al respecto y la práctica canadiense da cuenta, que la lentitud en las respuestas, el pensar las respuestas, el nerviosismo al responder, la evasión de la mirada, las reacciones inesperadas o, incluso, la inseguridad y falta de exactitud al declarar, no necesariamente implican que el testigo miente, sino por el contrario pueden

ser reacciones normales de personas que acuden por primera vez a un escenario de juicio, frente a jueces, interrogados por abogados, vistos por público, así como tantas variables más; por tal razón y no ser objetivizable este supuesto, es cuestionable que se enmarque como una causa de impugnación de testigos.

c) prueba pertinente sobre credibilidad: el cuestionamiento de la credibilidad de testigos y peritos, encuentra un resguardo objetivo a través de la utilización de prueba; porque de lo contrario, el escenario sería eminentemente discursivo a través de preguntas, que aún sugestivas, limitarían aquella finalidad. De ello resulta importante lo indicado por Rommell Sandoval, al indicar que es pertinente la prueba utilizada para determinar la credibilidad de los testigos y peritos, razón por la cual no pueden rechazarla y muy por el contrario deben permitirla; junto a ello, describe la forma y condiciones en las cuales puede utilizarse tal prueba y los límites a que está sujeta. Debo recordar, que la utilización de prueba para desacreditar a testigos y peritos fue ampliamente descrita en los fundamentos del Decreto Legislativo 7-2011, en sus dos modalidades, como elemento de confrontación y como elemento de determinación; sin embargo, aún la práctica forense, la más aquilatada en los tribunales de la República, limitan y hasta prohíben su utilización, con argumentos insostenibles, que solo muestran el menosprecio a la posibilidad y disponibilidad de adquirir la verdad.

En torno a ello, el artículo de Rommell Sandoval resulta oportuno al momento actual, para provocar sinergias necesarias que mejoren la litigación en juicio, que en suma, contribuyan a elevar el estándar de credibilidad de testigos y peritos, posibilitando la adquisición de la verdad y la legitimidad de la sentencia.

Además del artículo referido, este número de la Revista se integra con 3 artículos más, escritos sobre la base y en el contexto del seminario sobre principio de legalidad en el derecho penal, que se desarrolló en las sesiones de la Comunidad Jurídica de Occidente; en tal sentido, las ideas base y el enfoque de los mismos, constituye el abordaje realizado en el seminario.

De esa cuenta, Moshe Mazariegos hace un repaso del principio de legalidad y su relación con el elemento tipicidad, de lo que deriva la materialización del principio en este elemento del delito. Así, el principio de legalidad deja de verse con simple referente doctrinario, para concebirse en su esfera funcional: delimitador en la estructura del tipo penal objetivo, lo que implica que en el proceso de criminalización primario, el legislador debe cumplir con la exigencia que impone el principio de legalidad, estructurando el tipo penal con claridad, estrictividad y taxatividad.

Conforme a ello, afirma que todo tipo penal debe describirse con claridad, a efecto de evitar imprecisiones que provoquen interpretaciones desmedidas, o incluso, incoherencias que hagan imposible la aplicación correcta de la norma jurídica.

Asimismo, invoca la condición estricta del supuesto de hecho, con la finalidad de evitar la ampliación del espectro penal, que fácilmente puede suceder cuando no se comprende la condición de contención del tipo penal; en torno a esta condición, se evidencia la analogía en dos manifestaciones, la dispuesta por la norma jurídica y la construida por los jueces; la primera que es propia de los sistemas de mera legalidad, que consideran que se cumple con el principio de legalidad con la simple reserva de ley, con tener dispuesto el tipo penal sin cumplir un mínimo de condiciones; la segunda, que por la laxitud del tipo penal, permite a los jueces irrumpir en la esfera propia del legislador, incorporando más supuestos de hecho y consecuentemente, ampliando el espectro de la disposición penal.

Además, describe la condición taxativa que debe cumplir la norma jurídica penal, con el objeto de evitar, excluir o impedir las valoraciones subjetivas de los jueces, que conformen o configuren el supuesto de hecho; para ello, todo tipo penal debe describir elementos o supuestos objetivos, evitando connotaciones valorativas, porque estas dependerán de quien las juzgue, haciendo impredecible su proceder y consecuentemente incierta la reserva legal.

Por aparte, Moshe Mazariegos, siguiendo el enfoque de la Comunidad Jurídica de Occidente, describe el contenido del término “expresamente” que conforma la redacción del artículo 1 del Código Penal, indicando su naturaleza inclusiva de las condiciones de claridad, taxatividad y estrictividad del tipo penal; para ello, hace acopio de la exposición de motivos del proyecto de Menéndez de la Riva, en donde claramente se indica la importancia, alcance y trascendencia del principio de legalidad en la redacción del proyecto de Código Penal, en especial cuando indica que se acopla a las condiciones y exigencias del derecho comparado; esto conlleva a afirmar, que tal expresión, no constituye un simple complemento de la redacción, sino por el contrario, es un término que sintetiza las condiciones de la estricta legalidad que debe observarse en la redacción y aplicación de los tipos penales.

Finalmente, el artículo se complementa con la identificación y señalamiento de tipos penales que incumplen con las condiciones indicadas; al efecto, se indica o incluso se transcribe la norma jurídica, se resalta el pasaje o apartado que constituye el incumplimiento y se indican las razones por las cuales se estima la violación del principio de legalidad. Al respecto, merece la atención el señalamiento de la moralidad como conformante de algunos tipos penales, evidenciando así que, en la época en que se redacta el Código Penal, aún se mantiene y reconoce un sistema “moralista” en una sociedad conservadora.

El tercer artículo, de este número de la Revista, escrito por Vanessa Fallaice, centra el análisis en los “Tribunales Ad Hoc”; un tema asumido como “normal”, sin cuestionamiento actual y visto, como una situación histórica, pasada y ya superada. Sin

embargo, no es así y por el contrario exige una reflexión y objeción a formas actuales de tribunales creados deliberadamente para conocer y resolver, de una forma predeterminada, los casos o las personas sometidas a su competencia.

A efecto de recordar las atrocidades e injusticias de estos tribunales, hace un repaso por el desarrollo histórico de la garantía a un Juez Natural y a tribunales preestablecidos, que es la contraposición de los denominados tribunales de fuero especial o ad-hoc; parte de la memorable Carta Magna Inglesa, que en el contexto de la época y el lenguaje en uso, fijó una idea remota del derecho a jueces y procedimientos instituidos antes de la causa a juzgar, con el objeto de asegurar en gran medida, un juicio imparcial e independiente. Luego, somete a la consideración del lector, uno de los juicios más polémicos de la historia: “Los Juicios de Nüremberg”, que, para un sector, constituyó una necesidad incuestionable para juzgar y condenar a los responsables de las atrocidades en contra de la humanidad; y el otro sector, que cuestiona la ilegitimidad de los delitos atribuidos, los juicios realizados y la conformación de los tribunales. Esto evidencia, como siempre, la percepción consecuencialista -donde los efectos son más importantes que las reglas-; y la imperativista -donde las reglas determinan y legitiman los efectos-. La referencia a los juicios referidos, constituye un indicador para la ubicación del lector: estricta o lata legalidad.

En ese escenario, sobresale la constitución e integración del tribunal, al no haber estado pre-constituido por ley anterior a la perpetración de los delitos que juzgó; similar a ello, en los países latinoamericanos se instituyeron tribunales “especiales”, constituidos por leyes de emergencia o de facto, e integrados por jueces sometidos al régimen dictatorial, con la finalidad de “sentenciar” conforme a los intereses de quien los instituyó. Ante tribunales de tal naturaleza, ninguna defensa es efectiva.

Por ello, el derecho a tribunales preestablecidos y al juez natural de la causa, constituye un elemento integrante del debido proceso, a efecto de evitar las injusticias derivadas de decisiones prejuiciosamente concebidas y parcialmente determinadas, porque, obviamente, los jueces que integran estos tribunales, se constituyen en fieles sirvientes de quien los instituyó.

En el contexto propio del análisis sobre los tribunales Ad Hoc, Vanessa Fallaice deslinda la diferencia entre, la naturaleza especializada o de jurisdicción privativa de los tribunales y la naturaleza especial o Ad Hoc; la primera, referida a un área o materia del derecho, que por su segmentación jurídica requiere tribunales que aborden, de forma específica y excluyente, las causas que corresponde a esta; en este caso, su instauración se justifica por el derecho particular y específico que aplica, procedimientos distintos o diferentes a los de otras materias; además de principios procedimentales que requieren una comprensión diferente y propia, que hacen una jurisdicción particular o, como tradicionalmente se le denominó “privativa”. Por aparte, los tribunales especiales, son aquellos que, no tienen un área o materia particular del derecho, tampoco procedimientos diferentes a los demás ámbitos procesales, y aún menos, tienen

principios procedimentales propios que exijan un conocimiento y expertiz particular; más bien, son tribunales, que aplicando el mismo segmento jurídico, los mismos procedimientos y las mismas reglas del juicio, se instauran para aplicar el derecho y resolver conforme a los intereses de quienes los instauran; predictivamente carecen de independencia.

Por aparte y en el mismo contexto, prescribe la diferencia entre la simple reserva de ley en su constitución y la exigencia de legitimidad para su instauración. Reafirma que solo la ley, concebida esta como la creada por el órgano legislativo, es la que puede y debe establecer los Tribunales Especializados; de lo que deriva, que ningún reglamento o acuerdo de Corte Suprema de Justicia puede ni debe instaurarlos, habida cuenta que a esta solo corresponde establecer la “competencia” más la constitución de los tribunales; de ello, solo la ley ordinaria es la creadora de los tribunales “especializados”, que en la experiencia legislativa iberoamericana es sobreentendido, así los tribunales privativos de familia, de trabajo, de niñez y adolescencia, de cuentas, de contiendas administrativas, entre otros, son instituidos por la ley que regula la materia procesal. Incluso, en materia penal, de conformidad al Código Procesal Penal, se instauran, aparte de los tribunales penales propiamente, los especializados en materia de Narcoactividad y delitos contra el Ambiente, aún y cuando se ha incumplido en su establecimiento a nivel nacional.

En cuanto a la exigencia de legitimidad en la instauración de los tribunales denominados especializados, indica que, aún y cuando estos sean creados por normas jurídicas ordinarias, como los de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo, esto no es suficiente para considerarlos como especializados, debiendo cumplir para el efecto las condiciones que determinan la naturaleza “especializada”; siendo este el mayor aporte para la reflexión, por cuanto desplazada la aceptación común de la simple reserva de ley para estos tribunales, cuestionando en consecuencia, la ilegitimidad de los mismos, cuando no reúnen el mínimo de requisitos técnicos para asumir una jurisdicción “privativa”. Aceptar, latamente, que se cumple con la reserva de ley para instaurar los tribunales especializados, sin que reúnan el mínimo de condiciones, es tolerar atrocidades jurídicas y ser parcos ante las graves afectaciones al juicios justo; aceptar actualmente como especializados los tribunales creados por la ley, pero sin cumplir con el rigor técnico de su especialización, implica convalidar tácitamente el Decreto Ley 40-82, que instauró los Tribunales de Fuero Especial. Nótese la inconsistencia que provoca tal aceptación.

Así y en ese constexto, Vannessa Fallaice, señala directamente a 2 tribunales, uno creado por una norma ordinaria y que formalmente cumple con la reserva de ley en su instauración -Tribunales de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo; y, otro creado por la Corte Suprema de Justicia -para autorizar diligencias urgentes de investigación. El primero, como se indica en el artículo, a pesar de tener reserva de ley, no reúne el mínimo de condiciones para instituirlo como un tribunal especializado, de

lo que deriva que es, por naturaleza, un tribunal especial, es decir, ad hoc, de fuero especial, determinado a juzgar perfiles delincuenciales antes que “hechos”; obligados a condenar, antes que juzgar; orientados a utilizar el derecho para reprimir y suprimir derechos, antes que garantizar un juicio justo. Y si bien, la justificación fue la de “proteger a jueces”, ínsitamente incorpora un elemento oculto “el temor de los jueces a juzgar determinados perfiles delincuenciales”; y cuando el temor invade a los jueces, no existe justicia. Estos tribunales, se sitúan en la línea gris, muy tenue, entre los tribunales de fuero especial, de lo que da cuenta la iniciativa de ley número 4034 del Congreso de la República, presentada por el cancelado partido LIDER, que proponía instaurar los jueces, agentes fiscales y testigos sin rostro en la justicia guatemalteca, un símil de los Tribunales sin Rostro implantados en Colombia, de cuyas atrocidades da cuenta el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Independencia de Jueces, en su informe del año 1996 y en paralelo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El calificativo de Tribunales Especiales, se sustenta en las variables ontológicas de su proceder, implementando la justicia secreta, la presunción de culpabilidad, la prisión preventiva como regla, y reduciendo la defensa efectiva ante el alto porcentaje de sentencias de condena.

El segundo de los tribunales, ilegal e ilegítimo, por no cumplir con la reserva de ley ordinaria en su instauración y por no reunir ninguna característica de su constitución específica; además, porque trastoca las reglas básicas de la competencia, la prohibición de prorrogarla y la imposibilidad de invadirla. Estos tribunales irrumpen insolentemente en las reglas mínimas de juez natural e inauditamente en la racionalidad de cualquier iniciado en derecho; son tribunales creados deliberadamente para despachar, sin fundamento ni análisis alguno, las autorizaciones que requieren los fiscales. Invaden la función jurisdiccional de otros jueces, alteran las vicisitudes del proceso, irrespetan la competencia de los jueces naturales, y obviamente, reducen cualquier derecho de la persona sometida a juicio, en suma, no son más que órdenes judiciales emitidas por tribunales de fuero especial.

A estos tribunales, se suman aquellos, que sin reunir las condiciones indicadas, se han constituido como jurisdicciones especializadas, entre otros, los tribunales tributarios y otros más, donde las secretarías, las coordinaciones y las cooperaciones internacionales invaden su independencia, con instrucciones y órdenes de como condenar.

Finalmente, Sergio Pastor aborda el principio de legalidad en la ejecución de la pena; hace un análisis normativo, tanto internacional como nacional, constitucional, ordinario, reglamento e individualizado, a efecto de identificar la disposición legal que resguarde, la reserva de ley, en la etapa de cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, refiere las normas jurídicas correspondientes a cada cuerpo normativo, explicando las razones por las cuales no figura, en ninguna de ellas, de forma clara, específica e incuestionable, el principio de legalidad ejecutivo.

Al no existir norma jurídica específica, determina el alcance del principio de legalidad para la ejecución de la pena, a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en la sentencia de condena en el caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú, indica que, entre otros aspectos, el principio de legalidad se extiende o incluye la etapa ejecutiva; de esa cuenta, la exigencia de su observancia y orientación en la práctica, encuentra resguardo y corresponde a las jurisdicciones nacionales su desarrollo.

Por aparte, analiza la sentencia de condena como referente para la legalidad en la ejecución de la pena, a efecto que se ésta se cumpla en la forma y condiciones dispuesta en aquella; sin embargo, advierte que para tal proceder, debe evolucionarse en la sentencia de condena, en dos eventos: en una etapa de discusión de la pena a imponer y el plan individualizado -mediante la cesura del debate- y en la integralidad de la sentencia, describiendo tal plan en la parte respectiva. Tal análisis deriva de su paralelo de la sentencia de condena para adolescentes en conflicto con la ley penal, en donde los jueces, por imperio legal ordenan la cesura del debate, para discutir en la segunda parte, la sanción a imponer y el plan individualizado.

Este análisis implica dos aspectos: el primero, que la sentencia constituye ley particular o individualizada, según la jerarquía normativa y en tal sentido, en la misma se dispondría la legalidad de la ejecución de la pena, al establecer específicamente cómo y en qué condiciones debiese cumplirse la pena impuesta; eliminando así, formas distintas de cumplimiento de la pena, o hacer, en el peor de los casos, la ejecución de la pena de prisión en un simple encierro de la persona del condenado. Y el segundo, que los planes individualizados debiesen ser establecidos por órganos jurisdiccionales y no por el ente administrativo del Régimen Penitenciario, porque éste último podría recurrir a una simple automatización en la elaboración de los planes, sin considerar la situación específica y personal de cada condenado.

Asimismo, Sergio Pastor cuestiona, si la elaboración del plan individual para la ejecución de la pena de prisión, encomendada a los tribunales, debe ser competencia de los jueces de sentencia o de los jueces de ejecución; a cuyo respecto, asume que los planes deben ser establecidos por los primeros y ejecutados por los segundos.

En este contexto, encara un aspecto fenomenológico de las judicaturas de ejecución: su irreverencia a la sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada, asumiendo funciones litigiosas al cuestionar la legalidad de su contenido, de sus términos y alcances, de las declaraciones que incorpora, hasta del debido procedimiento que la precede; de esa cuenta, tales judicaturas pretenden constituirse en tribunales revisores, que de oficio, revisarán la “legalidad de las sentencias y de los procedimientos que las preceden”, lo cual hace recordar la época absolutista y verticalizada de las judicaturas, donde el control de oficio se ejercía por el tribunal superior de apelación, a través de la consulta

de oficio, que fue suprimida hace más de 25 años y que solo pervive en los fueros militares y en algunas mentes totalitarias de los regímenes monárquicos y despóticos. Al respecto, Sergio Pastor indica que estos juzgados deben ejercer su función de “ejecutar la sentencia”, que es el ámbito de su competencia, sin irrumpir en la competencia de los otros tribunales, ya finalizada; como tampoco irrumpir en el ámbito del derecho a impugnar las sentencias defectuosas, que solo corresponde a los sujetos procesales ante los tribunales competentes.

Finalmente, identifica el incumplimiento de la reglamentación e implementación de los aspectos técnicos, físicos y administrativos que la Ley del Régimen Penitenciario establece, que después de 13 años de vigencia de la ley no se ha implementado debidamente. Esto recuerda nuevamente, que lo que sucede en las cárceles importa a pocos, sin embargo, todos esperan los resultados sean los mejores: una reinserción social total, una transformación de los reos; lo cual es difícil, cuando la realidad penitenciaria agudiza su crisis y la anarquía constituye la cotidianidad.

En suma, los artículos abordados en esta edición de la Revista de la Comunidad Jurídica de Occidente, someten varios temas a la reflexión y a la crítica, y que mejor que provoquen los cambios debidos.



Coordinador

Comunidad Jurídica de Occidente

LA LEGALIDAD DE LAS PREGUNTAS SUGESTIVAS EN LA PRÁCTICA DEL CONTRAINTERROGATORIO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ADVERSATIVO EN EL SALVADOR.

ROMMELL ISMAEL SANDOVAL ROSALES¹

INTRODUCCIÓN.

Uno de los problemas relevantes en la práctica de la prueba y en la decisión del juez es ¿cómo saber si un testigo es creíble? Y ¿cómo verificar si lo manifestado, es decir, el testimonio, es verdad? Es muy difícil para un tribunal o un juez darle tremenda responsabilidad. Todos los sistemas judiciales le atribuyen al juez la facultad de tomar decisiones sobre información que es practicada por las partes, es decir, por sujetos procesales que tienen un “interés”. No tienen una función neutral o imparcial como la del juez o tribunal.

En efecto, en los sistemas acusatorios o adversativos son las partes, fiscal y defensor, los que ofrecen las fuentes de prueba, testigos o peritos. Son las partes los que tienen la mayor responsabilidad de interrogarlos en audiencia pública, usando las técnicas de oralidad. Ahora bien, ¿cómo han resuelto los sistemas adversativos el “examen” de la verdad de la información o de la credibilidad de los testimonios? La respuesta está en autorizar un contrainterrogatorio sugestivo, por medio del cual, la parte contraria a la que ofreció al testigo o perito, puede realizar preguntas sugestivas para atacar al órgano de prueba y a su información. Las preguntas sugestivas son aquellas en las que va implícita o expresamente una respuesta. La técnica permite o autoriza que el abogado que contrainterroga, lo haga dándole la respuesta al testigo, solo para que manifieste su

¹ Abogado y notario salvadoreño, Doctor en Derecho por Universidad Autónoma de Barcelona, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” de El Salvador. Fue miembro de las comisiones redactoras de los proyectos de Código Procesal Penal Y Código Procesal Civil y Mercantil en El Salvador. Ha sido subdirector y consultor de programas de Reforma Judicial para USAID, SICA y OEA en El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Costa Rica, República Dominicana, Panamá y Honduras. Ha sido capacitador de derecho probatorio y litigación oral en los países mencionados. Es socio de la firma de abogados SBA y de la consultora en modernización del Estado I&D Consulting. Email: rommellsand@yahoo.com

respuesta de forma positiva o negativa. No le da margen para dar una respuesta abierta o explicativa de los hechos.

Este ejercicio de “impugnación”, permite al juez verificar a través de las preguntas que hace la contraparte, si el testigo sobrevive o sucumbe al contrainterrogatorio, determinar su veracidad. Esta práctica no era permitida en los sistemas inquisitivos ni en los sistemas mixtos “orales” de Iberoamericana de tendencia acusatoria. Ello se debe a la tradición jurídica que prohíbe preguntas impertinentes, capciosas y sugestivas.

La oralidad, debe ser entendida como el procedimiento por el cual se produce o practica la actividad probatoria, por las partes (no por el juez) en audiencia en el proceso penal salvadoreño. Por lo que la oralidad no se debe concebir como una mera actividad argumentativa de los sujetos procesales. El juicio oral adversativo tiene un rango constitucional en El Salvador así lo determinan los arts. 1, 11 y 12 Cn, adicionalmente, el derecho de audiencia adversativo, tiene una protección reforzada en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En estos instrumentos jurídicos se determina que toda persona tiene derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional, es decir, debe interpretarse la regla constitucional del artículo 11 que toda persona tiene el derecho de ofrecer prueba y tiene la facultad de confrontar la prueba de la parte contraria en una audiencia judicial. Ahora bien, el mecanismo que el legislador desarrollo para que las personas puedan ofrecer la prueba es por medio del interrogatorio directo. Si la prueba es ofrecida por la parte contraria, entonces, tiene el derecho de contrainterrogar o realizar un interrogatorio cruzado con preguntas sugestivas.

En el año 1996, antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal (CPP), que ya fue derogado por el Código Procesal Penal (CPP) del 2010 ahora en vigencia, hubo un intercambio para conocer el sistema adversativo, entre funcionarios salvadoreños, fiscales y jueces, con sus colegas puertorriqueños. Este diálogo sobre las reglas de evidencia y sobre el modelo procesal adversativo, permitió introducir la regla del contrainterrogatorio y el recontrainterrogatorio con preguntas sugestivas en el Código Procesal Penal derogado y que fue conservado en el vigente. Además, fueron incorporadas dichas reglas en el Código Procesal Civil y Mercantil del 2010, en vigencia, por lo que se han establecido como reglas procesales para todas las materias.

Es así, que la Asamblea Legislativa modificó las reglas de interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos y peritos del CPP del año 1996, admitiendo preguntas sugestivas, debido a que no se había considerado, siguiendo la línea tradicional de la reforma judicial Iberoamericana. Con la reforma al CPP se autorizó la realización de preguntas sugestivas para el contrainterrogatorio y recontrainterrogatorio. Es decir, el legislador autorizó a que en las preguntas sean en realidad proposiciones afirmativas o negativas, para que las confirme el testigo.

Incluso se admitió en el CPP, la realización de preguntas sugestivas, de forma excepcional, si la propia prueba durante el interrogatorio directo, no contesta, olvida o modifica los hechos, se muestra nervioso u otra circunstancia, que le impiden declarar. Es decir, el abogado o fiscal podía efectuar preguntas sugestivas contra las propias fuentes de prueba en el desarrollo del interrogatorio directo y redirecto, calificándolo previamente de “testigo hostil” y con la venia del Tribunal.

En el año 2008 se presentó a la Asamblea Legislativa una iniciativa legislativa con un nuevo Código Procesal Penal, ampliando las reglas adversativas probatorias para el juicio oral penal, conservando las reglas de interrogatorio y contrainterrogatorio (sugestivo), con la finalidad de favorecer la búsqueda de la verdad.

1.- EL JUICIO ORAL EN LA CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA.

El constituyente salvadoreño de 1983 instituye un modelo de “juicio” *oral, adversativo y público*, independientemente de su naturaleza procesal o de su contenido material, sea civil, penal, familia, mercantil o cualquier otro. La Constitución reconoce el derecho de toda persona a plantear su pretensión procesal ante los tribunales, u oponerse a la presentada, en un modelo adversativo oral.

En el juicio oral, según se interpreta de la letra del constituyente, las partes procesales tiene el derecho de ejercer todos los actos procesales que estimen convenientes para la defensa de su posición. Asimismo, se les reconoce la garantía a que el proceso se tramite y decida conforme a la normativa constitucional y a las disposiciones legales².

Esta interpretación se basa en la lectura del art. 11 Cn que expresa “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente *oída y vencida en juicio* con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

El juicio oral o la vista pública, de acuerdo a legislación secundaria salvadoreña, es la etapa principal del proceso en el procedimiento común en el que es indispensable la presencia de todos los sujetos procesales (tribunal, Fiscal, defensor, imputado, víctima y querellante si los hubiere) para que pueda celebrarse. Los arts. 367, 371, 380 y 386 CPP establecen que es un requisito de validez de las actuaciones judiciales, que el juicio plenario, se celebre con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes. La prueba deberá de desarrollarse ante el tribunal competente del enjuiciamiento y fallo. Ello implica la proclamación del principio de inmediación, que supone que el tribunal ha de formar su convicción sobre los hechos objeto del juicio, de la que nacerá la sentencia condenatoria o absolutoria, a partir de la valoración de las pruebas practicadas en su

² HIDALGO MURILLO, entiende que debido proceso, no es, un derecho único del imputado, es un derecho de todos los sujetos de la relación procesal penal. HIDALGO MURILLO, José Daniel; *Introducción al Nuevo Código Procesal Penal*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1998, p. 74.

presencia, con lo visto y oído en la audiencia, por lo que tiene una estrecha relación con el de oralidad³.

A partir de este cambio del paradigma probatorio, el legislador separa la función investigadora de la decisora, atribuyendo estas facultades a órganos distintos. La Fiscalía dirige la investigación o investiga directamente, prepara la promoción de la acción penal fundada en evidencia de cargo y promueve el dictamen de acusación. El Juez de instrucción es un juez de garantías durante la etapa de investigación formal. No es un juez-co fiscal, tiene inhibida la iniciativa probatoria de cargo o descargo. Sería una prueba ilegal. El Tribunal de sentencia conoce de la práctica de la prueba que realizan los fiscales y los defensores por medio de sus interrogatorios y conainterrogatorios a sus fuentes de prueba. De la información que reciba de la práctica de la prueba forma su decisión a partir de dichas aportaciones⁴. Es decir, el juez debe ser convencido de los hechos a través de las fuentes de prueba aportadas por las partes.

El sistema adversativo gira en torno a la protección de los derechos a la presunción de inocencia y defensa. Ambos derechos tienen relación directa con el ámbito probatorio, puesto que la prueba de culpabilidad debe ser suministrada por la acusación y no por el inculpado⁵.

³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p.267. Como dice MIRANDA ESTRAMPES “el sumario...pasó a convertirse en una mera actuación preparatoria del proceso y el acto del juicio oral en el único escenario de la prueba penal, por tanto, el juzgador en el momento de dictar sentencia únicamente puede formar su convicción en base a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y, por consiguiente, con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción. En el sumario no se practica ningún acto de prueba”

⁴ Para GONZALEZ-CUELLAR, las actividades del sumario bien podrían trasladarse en el sistema español al Ministerio Fiscal, “nosotros compartimos la opinión de aquellos que sostienen que la instrucción al no ser propiamente enjuiciamiento, puede encomendarse a un órgano no dotado de independencia, siempre que no se practiquen por éste diligencias que precisen la intervención de un órgano jurisdiccional, independiente, como la limitación de derechos fundamentales y la práctica de la prueba. Por lo demás no hemos de incurrir en lo que SERRA, en relación con la polémica sobre la naturaleza de la instrucción, ha denominado “discusiones estériles”, aunque resulte obligado realizar algunas precisiones sobre el tema de la independencia y el Ministerio Fiscal, en relación con la naturaleza de éste y su papel en el proceso penal”. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, pp. 125-126.

⁵ En las audiencias inicial y preliminar en el proceso penal, las partes tienen la carga procesal de practicar, mediante interrogatorios a testigos o a la víctima, la prueba con la que desean llevar al Juez de paz o instrucción, en su caso, para que tome una determinada decisión. Si los jueces toman decisiones sin que se produzcan interrogatorios, asumen su responsabilidad. ORTELLS RAMOS, Manuel; *Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal*, con AAVV, en Cuadernos de Derecho Judicial La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 194.

GIMENO SENDRA sitúa los principios de inmediación y concentración, como integrantes de los principios del procedimiento, que se refieren a la relación entre el órgano jurisdiccional y el material fáctico introducido por las partes en el juicio⁶.

La inmediación puede definirse como la relación particular del Juez, del tribunal o del jurado con la prueba y con las partes; así como con los espectadores de la audiencia. Para identificar al principio de inmediación en un procedimiento penal o de cualquier otra índole, todo el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional deberá desfilar en la audiencia. En la audiencia es en donde las partes exponen sus fuentes de prueba con la intención de lograr el convencimiento judicial⁷. Si el Juez decide con base en las actas, sin que las partes lo discutan en su presencia, el juicio se degeneraría a uno escrito y no existiría la inmediación procesal⁸.

Otra ventaja que tiene la aplicación práctica del principio de inmediación en el juicio oral salvadoreño, es justamente la posibilidad que el juzgador evalúe la conducta de la persona que se encuentra deponiendo sobre lo que conoce de hechos. En el derecho anglosajón, el análisis que hace el Juez sobre el lenguaje corporal del testigo que depone

⁶ GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal*, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981, pp. 228 a 232. GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, en AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 83.

⁷ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, pp.261, 395 y 404. Según sostiene FAIRÉN GUILLEN “el principio de inmediación se refiere al modo de utilizar la prueba judicial. Esta forma es inmediata cuando el tribunal realiza la recepción de la prueba original directamente por sus propios sentidos”

⁸ Para MIRANDA ESTRAMPES el principio de inmediación tiene un aspecto subjetivo o formal y un aspecto material u objetivo. En su aspecto subjetivo la inmediación implica que el Juez o tribunal se relacione y presida la práctica de los medios de prueba. Es decir, que la actividad probatoria se efectúa ante el juzgador que ha de dictar sentencia. Por otra parte, continúa diciendo, el aspecto material u objetivo del principio de inmediación significa que el juzgador debe preferir la práctica de los medios de prueba “que se encuentren en más directa relación con el hecho que se pretende probar”. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, op.cit., 1997, p.271. CASTILLO BARRANTES, J. Enrique; *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1977, pp. 43 a 49. Para CASTILLO BARRANTES solo en un proceso oral, se pueden verificar la condición de que el juzgador se ve inducido a dar prevalencia a la verdad material de los hechos, debido al contacto directo del Juez con los elementos probatorios, así como con los sujetos procesales entre sí y frente al Juez (principio de inmediación).

en audiencia se denomina “demeanor”⁹. De allí la importancia del principio de inmediación importado por el derecho continental del derecho anglosajón: la posibilidad que el Juez esté en contacto directo con la práctica de la prueba.

El *demeanor*, es la facultad del Juez de evaluar la conducta, el rostro o ademanes del testigo o víctima mientras declara en audiencia y sometido a confrontación (contrainterrogatorio de la parte contraria), es un aspecto relevante para que el juzgador pueda darle credibilidad al dicho del testigo. Y de igual manera importante, para ser explotado por las partes en un interrogatorio, con el objeto de que pueda impugnar (contrainterrogatorio) y, en su caso, rehabilitar (mediante interrogatorio redirecto) la credibilidad de un testigo.

En la sala de audiencias el testigo se encuentra, bajo juramento, sujeto al interrogatorio de la parte que ofreció dicho medio probatorio y bajo la posibilidad de ser confrontado por la parte contraria a través de un contrainterrogatorio. El art. 209 del CPP ofrece a las partes y al Juez la posibilidad de practicar el medio probatorio testifical a través de un interrogatorio adversativo¹⁰. El legislador, en este sentido, superó la anacrónica tendencia de los sistemas mixtos de practicar un testimonio dirigido por el Juez, en el que se dejaba a la fuente de prueba a expresar de manera libre y espontánea el conocimiento de los hechos. Ahora depende de la habilidad de los fiscales y defensores en la práctica de los interrogatorios.

2.- EL DERECHO DE LA CONTRADICCIÓN Y EL CONTRAINTERROGATORIO.

Desde la perspectiva de GIMENO SENDRA, el principio de contradicción o confrontación, puede ser considerado junto al principio de igualdad, como principios inherentes a la estructura del proceso. Estos principios determinan y explican un proceso penal de vocación democrática. Es decir, que los sujetos procesales, especialmente las partes, tienen la posibilidad de ejercer sus oportunidades procesales

⁹ STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999, p. 49. Señala la importancia de atacar la credibilidad de un testigo por el abogado de la parte contraria mientras declara en audiencia. Así manifiesta, que hay tres grupos de reglas sobre credibilidad “the first relates to the attempts by a witness to bolster the witness’s credibility even before it has been impeached. The second concerns the various techniques which the opponent may employ to attack or impeach the witness’s credibility. Finally, a third set of rules addresses the methods which the witness’s proponent may use to rehabilitate the witness’s credibility after impeachment, in effect to undo the damage done by impeachment”.

¹⁰ Como se ha mencionado, el 348 CPP derogado, ya establecía un procedimiento de prueba adversativo.

de manera adversarial en el procedimiento¹¹. Por supuesto que en el modelo español e Iberoamericano están restringidas las preguntas sugestivas, o proposiciones afirmativas o negativas al testigo. No se permite inducir la respuesta al testigo. No se admiten ni el interrogatorio directo ni en el cruzado.

En un proceso adversativo, el órgano requirente o acusador tiene la carga probatoria frente al individuo que tiene calidad de imputado, a quien se le reconocen sus derechos para ejercer su defensa material y técnica para confrontar las imputaciones que obran en su contra. Esta relación tiene que ser equilibrada y en igualdad de condiciones. Por esta razón, los principios inherentes a la estructura del proceso son los de contradicción e igualdad, sin cuya existencia material el derecho a un debido proceso sería una ficción.

Una de las exigencias para que se verifique el principio de contradicción es el acceso de los sujetos procesales (fiscal, querellante, acusador o defensor) al órgano jurisdiccional para exigir la tutela de sus pretensiones y oposiciones. Junto a esta posibilidad, el órgano jurisdiccional les debe reconocer un estatuto procesal de “partes”, para que éstos hagan valer sus derechos y cumplir con las cargas u obligaciones procesales.

La existencia de los sujetos que confrontan sus pruebas en el proceso penal es esencial para buscar la verdad, garantizar la lucha entre dos tesis que se contraponen (pretensión y resistencia) y para equilibrar las fuerzas en el proceso penal bajo las reglas del juego limpio, arts. 11 y 12 Cn. A primera vista el poder persecutorio del Estado resulta aplastante frente al poder de la defensa, de ahí que se diga que la Fiscalía al ejercitar sus funciones las debe realizar de manera imparcial y objetiva, y que la defensa pueda tener la oportunidad de confrontar la prueba de cargo por medio del contrainterrogatorio en cualquiera de las audiencias, sea la inicial, preliminar o la vista pública, art. 209 CPP.

El principio de confrontación, como derivación del derecho constitucional de defensa, exige que el acusado pueda “carearse” con los testigos de parte contraria. Pero el careo no significa la realización del inquisitivo acto de investigación a que hace referencia el CPP, en la que se pone a un testigo frente a otro para que el juez intermedie quién dice la verdad. Esa es una práctica inconstitucional, porque no es la función del juez de instrucción, para eso están las audiencias. Será el juez el que le dé credibilidad a las manifestaciones.

El derecho al careo implica que el imputado pueda estar presente en la audiencia en donde los testigos de la parte acusadora estén deponiendo y pueda confrontarlas, si así lo desea, por medio de un contrainterrogatorio. El contrainterrogatorio es la verdadera efectivización del derecho de defensa en una audiencia. Asimismo, le asiste el derecho

¹¹GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, con AAVV, op.cit, p. 48-49.

al acusado de confrontar a sus propios testigos, cuando el testimonio de éstos le resulta adverso en la audiencia¹².

En el ejercicio del derecho de defensa el acusado puede contrainterrogar a los testigos de cargo, ello basado en los Art. 8.2 f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el 14.3 e) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que determinan el derecho del imputado a interrogar testigos. En el proceso pena, tal reconocimiento constituye la diligencia más importante para definir la situación jurídica del imputado, con mayor razón resulta un imperativo permitir la confrontación a la prueba de cargo en la audiencia inicial y preliminar. De allí que sea necesario exigir la práctica de interrogatorios a la víctima y testigo de cargo por parte de la Fiscalía, para luego someterlo a un contrainterrogatorio. Con ello se cumpliría un mínimo de actividad probatoria para la decisión del juez de paz y del juez de instrucción¹³.

El objetivo del contrainterrogatorio sugestivo es restar credibilidad a la fuente de prueba. Se trata de poner en duda la capacidad de la fuente de prueba testifical para recordar los hechos correctamente o con detalles, se trata de impugnarlo directamente por su compromiso con una de las partes y no con la verdad, se intenta restar valor probatorio por su falta de capacidad narrativa.

En lo que concierne a los peritos, el objetivo es intentar restarle credibilidad al propio experto, sea porque carece de los estudios, preparación o especialidad técnica o científica en las ciencias criminalísticas, porque se descubra que ha cometido un error

¹² CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, V.1*, 1ª. Reimpresión, Editorial Forum, San Juan, 1995, p. 389-390. De allí que los contenidos de la Ley de Protección de Testigos y Víctimas, no sea constitucionalmente aceptable, al permitir que los testigos y víctimas declaren en audiencias con el rostro oculto. Obviamente por el contexto de violencia generalizada el Estado es incapaz de ofrecer seguridad a los ciudadanos que colaboran con la aplicación de la ley.

¹³ SANDOVAL ROSALES, Rommell Ismael y AAVV, *Código Procesal Penal comentado: volumen 1*, 1ª. Edición, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2018, pp. 3 y otros. Así se dice: “Los jueces de paz y de instrucción para poder decidir con mayor justicia y conocimiento de los hechos en las audiencias, deberían ir modificando la práctica forense actual, en el cual solo se reciben diligencias policiales y de la fiscalía derivadas de actos urgentes de comprobación, documentos y argumentaciones de las partes (que no son prueba). Con ello se obligaría realizar en las audiencia inicial y preliminar prueba para el objeto de la decisión de la misma vinculada a las pretensiones de las partes, mediante interrogatorio y contrainterrogatorio. Es decir, se exigiría, un mínimo de actividad probatoria para que se pueda adoptar una medida cautelar, y para que, en su caso, se ordene una apertura al juicio oral. El juez de paz y el juez de instrucción tienen la potestad de sobreeser de manera provisional o definitiva a un imputado si no se demuestra la existencia del delito o de la participación del imputado (art. 350 CPP). Con esta práctica forense se podría resguardar testimonio o declaraciones de víctimas y testigos, que luego que pasa el plazo de la instrucción es imposible localizarlas o tienen miedo de declarar”.

en la identificación o tratamiento de la evidencia, o porque utilizó un procedimiento erróneo o que pudo haber contaminado la escena del delito o el resultado de la pericia.

3.- FUENTES DE PRUEBA TESTIMONIAL.

Según los artículos 202 y 203 del CPP toda persona tiene capacidad para ser testigo, así dice: “Capacidad de testigo Art. 202- Toda persona es apta para ser testigo, salvo disposición legal en contrario” y “Obligación de testificar Art. 203.- Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan, salvo las excepciones establecidas por la ley.”

Consecuentemente, el “testigo” es la persona natural, que de forma accidental o casual tiene conocimiento propio y directo sobre unos hechos, y que luego de ser identificada por los sujetos procesales, es citada por el órgano judicial con el fin que preste declaración de hechos relevantes que le consten y que haya presenciado a través de sus facultades sensoriales¹⁴ . La calidad de testigo, se adquiere durante la etapa investigación o preparación del caso.

En el proceso penal, el testigo tiene el deber de comparecer al acto de la audiencia probatoria, asimismo está obligado a decir la verdad, debiendo responder a las preguntas que se le formulen, estando sujeto a las responsabilidades por desobediencia a un mandato judicial. Sin embargo, el CPP admite circunstancias por medio de las cuales el testigo tiene facultades de abstención de testificar en contra de la persona imputada o inculcado si es el cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, art. 204 CPP. De igual manera, el testigo tiene el deber de abstención de declarar, art. 205 CPP, en razón a su deber de guardar un secreto profesional o confesional, como abogado, médico o facultativo, por su carácter de ministro religioso.

El procedimiento para la práctica de la prueba testifical y pericial en el proceso penal salvadoreño (art 369 y 371 CPP) es por medio del interrogatorio directo y contrainterrogatorio en el que se admiten preguntas sugestivas (así como examen redirecto y recontrainterrogatorio). Es decir, bajo la técnica de litigación adversativa es que debería de llevarse a cabo la producción probatoria en la vista pública, bajo los

¹⁴ MORENO CATENA, Víctor, *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso penal*, Editorial Motecorvo S.A., Madrid, 1980, p. 26-27. Si bien el modelo de prueba testimonial bajo la Ley de Enjuiciamiento Criminal español es muy diferente al salvadoreño en cuanto a su práctica probatoria, su concepto como fuente de prueba son similares.

principios propios del proceso penal (arts. 387, 388 y 389 CPP). El procedimiento legal para desarrollar la técnica de interrogatorio es el siguiente:

El procedimiento del interrogatorio de testigos (y peritos) dice:

“Forma de la declaración Art. 209.- Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto les leerán los artículos pertinentes del Código Penal y prestarán juramento o promesa de decir verdad, bajo pena de nulidad.

A continuación, el juez requerirá al testigo su nombre, apellido, edad, estado familiar, profesión, domicilio y documento de identidad que indique la ley, en caso de no tenerlo su juramento comprenderá los datos de identificación.

Las partes interrogarán separadamente a los testigos propuestos. El juez moderará el examen del testigo y resolverá sobre las objeciones que las partes formulen.

El juez le concederá la palabra a la parte que presenta al testigo, para que formule el interrogatorio directo; si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá la palabra al efecto. La parte que lo sometió al primer interrogatorio, podrá interrogarlo nuevamente, después del contrainterrogatorio; así como también, la parte contraria podrá someterlo a nuevo contrainterrogatorio, a continuación del precedente. Estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior. El juez podrá interrogar, para efectos aclaratorios, con las limitaciones que el deber de imparcialidad le imponen.

El juez que preside, moderará el examen del testigo y evitará que conteste a preguntas capciosas e impertinentes, procurando que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante. En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas; sin embargo, quien preside podrá permitir la sugestividad en el interrogatorio directo, cuando el testigo sea hostil, cuando se interroge a la parte contraria, al testigo identificado con ésta, a una persona que, en virtud de su mayor edad, limitada educación o causa semejante, tenga dificultad de expresión, o que por razones de pudor esté reacio a deponer libremente.”

De acuerdo a la regla antes relacionada, el interrogatorio directo es el primer interrogatorio que uno de los abogados efectúa a un testigo¹⁵, art. 209 inciso 4o CPP dice “el juez le concederá la palabra a la parte que presenta al testigo, para que formule el interrogatorio directo”. En efecto, el interrogatorio directo es la oportunidad procesal del

¹⁵ STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999, pp. 10-18. El examen directo, es efectuado por el abogado o fiscal que ofreció la fuente probatoria.

abogado o fiscal que llama a los testigos que está en su turno de presentación de prueba. En el interrogatorio directo el abogado o fiscal que presenta al testigo en el interrogatorio directo, tiene el objetivo de delinear su teoría del caso o afirmaciones fácticas con las respuestas que dé el testigo. En este primer interrogatorio, el rol del que depende del caso está en el testigo, y no en el abogado que examina.

El abogado o fiscal que interroga a su propio testigo (lo mismo aplica al perito) solo puede efectuar preguntas abiertas en el interrogatorio directo; ni el fiscal ni el abogado le puede hacer preguntas sugestivas. Esta es una prohibición que se deriva del art. 209 inciso final CPP “En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas...”. La misma disposición a continuación dice que será permitida la sugestividad cuando se interroge a testigos o peritos de la parte contraria; y, en el interrogatorio directo, cuando el testigo se identifique con aquella, se vuelva hostil, cuando se interroge a una persona que, por su mayor edad, limitada instrucción o causa similar, se le dificulte expresarse o que por razones de pudor esté renuente a declarar libremente. En todo caso se deberá respetar la dignidad del testigo.

Es decir, que a manera de excepción los tribunales podrían autorizar a un abogado a hacer preguntas sugestivas en el interrogatorio directo, la “excepción para que se permita preguntas sugestivas durante el interrogatorio directo está basada en que si no se permitieran, sería muy difícil obtener información valiosa para la resolución de la controversia”¹⁶, como en los casos en los testigos de la propia parte se comportan de manera hostil, es de escasa cultura o no puede expresarse adecuadamente.

Dice el artículo 209 CPP con respecto al contrainterrogatorio de manera lacónica que, si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá para tal efecto la palabra. Después de que el testigo o perito haya declarado en el interrogatorio, la parte contraria puede informar al juez que desea contrainterrogado. Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio, admitiéndose las preguntas sugestivas.

El contrainterrogatorio lo lleva a cabo el abogado de la parte contraria al testigo o perito ofrecido por la parte que realiza el interrogatorio directo¹⁷. Como se trata de un testigo que es presentado como prueba por la parte contraria, el abogado que contrainterroga

¹⁶ EMMANUELLI JIMÉNEZ, Rolando; *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño* Reimpreso en Reprográfica, San Juan Puerto Rico, febrero 1999, p. 296.

¹⁷ STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999. pp. 34 y sgtes. Durán Ramírez, op. Cit. pp. 265-266.

puede hacer preguntas sugestivas ya que el propósito del contrainterrogatorio es buscar la verdad o impugnar la credibilidad del testigo¹⁸.

Ahora bien, a partir de la entrada en vigencia del CPCM, bajo la regla del art. 367 CPCM, la técnica de interrogatorio y contrainterrogatorio es el mecanismo procesal para incorporar la prueba testimonial de testigos y peritos en todas las materias. Así dice el art. 367:

“Contrainterrogatorio

Art. 367.- Finalizado el interrogatorio directo, si la parte contraria manifiesta su deseo de contrainterrogar al testigo, el juez o el presidente del tribunal le concederá la palabra al efecto, permitiendo las preguntas sugestivas.

Durante el contrainterrogatorio, la parte que lo haga podrá utilizar, documentos, actas de declaraciones anteriores del testigo o deposiciones que hubiera rendido y que versen sobre los hechos en cuestión, para el efecto de demostrar o desvirtuar contradicciones, o para solicitar las aclaraciones pertinentes. La parte que sometió al testigo al interrogatorio directo podrá interrogarlo de nuevo. La parte contraria podrá someterlo a otro contrainterrogatorio. En estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas que deriven del interrogatorio anterior.

El contrainterrogatorio en materia procesal civil y mercantil tiene los mismos objetivos del penal: encontrar contradicciones o falsedades. Ahora bien, también puede ser útil para destacar las debilidades o aspectos negativos del caso de la parte contraria y también el mismo puede aportar aspectos positivos para la teoría del caso del abogado que contra interroga¹⁹.

El art. 209 CPP manifiesta que luego que el abogado de la parte contraria termina el contrainterrogatorio, el abogado (o fiscal) que llevó a cabo el directo del testigo tiene la opción de hacer el interrogatorio re-directo. Dice el art. 209 CPP “La parte que lo sometió al primer interrogatorio, podrá interrogarlo nuevamente, después del contrainterrogatorio; así como también, la parte contraria podrá someterlo a nuevo contrainterrogatorio, a continuación del precedente. Estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior”. Esto último no quiere decir, que en algún momento para que sea efectivo el contrainterrogatorio se tenga que abrir a hechos relevantes y pertinentes para rehabilitar al testigo. El juez puede requerir a la parte que realice el interrogatorio

¹⁸ CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998, p. 363.

¹⁹ IMWINKELRIED, Edward J.; *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, LexisNexis, USA, 2002, pp. 6 y ss.

a mantenerse en los hechos, si considera que está abusando, siempre a impulso de parte por medio de las objeciones.

Al igual que el caso del contrainterrogatorio, el fiscal que hizo el interrogatorio directo tiene discrecionalidad de efectuar un re-directo, tomando como referencia que el contrainterrogatorio le hubiera afectado la credibilidad de su testigo o testimonio. En este interrogatorio re-directo, el abogado no puede hacer preguntas sugestivas, sino que las preguntas tienen que ser abiertas similares al directo, pero para aclarar las respuestas que el testigo brindó a preguntas del abogado de la parte contraria.

Es decir, el fiscal (o abogado) debe limitarse a aclarar asuntos y permitirle que su testigo ofrezca las explicaciones que el abogado contrario no permitió cuando lo contrainterrogaba. El llevar a cabo este segundo interrogatorio es opcional, no es obligatoria su realización, por lo que la parte (el litigante) debe evaluar si el contrainterrogatorio le hizo daño a su medio de prueba.

El interrogatorio re-directo debe limitarse a preguntar sobre los temas o materias afectadas por el contrainterrogatorio. No tiene la función de introducir nuevo material probatorio, a menos que, el contrainterrogatorio lo hubiese habilitado, por eso dice el art. 209 CPP “estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior”.

Si la parte que ofreció al testigo realiza el interrogatorio re-directo, la parte contraria tendría derecho a un segundo contrainterrogatorio. La última fase del examen de testigos, sería entonces el re-contrainterrogatorio. Esta fase tendría que ocurrir inmediatamente después que un testigo hubiera sido sometido al interrogatorio re-directo, para que el abogado de la parte contraria tenga la opción o la facultad de llevar a cabo el re-contrainterrogatorio. Sobre el segundo recontrainterrogatorio, la parte contraria podrá someterlo a, a continuación del precedente redirecto. Estas dos últimas intervenciones habrán de limitarse a preguntas sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior.

En el re-contrainterrogatorio, el CPP autoriza que el abogado efectúe preguntas sugestivas, pero se deberán limitar a cubrir solo las materias examinadas en el re-directo, puede incluir materias nuevas si se pretende impugnar credibilidad sobre su persona en cuanto a su capacidad de memoria o expresión o en cuanto a sus relaciones personales o interés en el resultado del juicio²⁰. Bajo el re-contrainterrogatorio se pretende ratificar la impugnación realizada a la credibilidad del testigo o testimonio efectuado en el primer contrainterrogatorio. De allí que se recomienda seguir los mismos

²⁰ FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002, p. 145. El contrainterrogatorio no solo debe limitarse a las preguntas y respuestas efectuadas en el directo, puede abrirse para impugnar el testimonio y al testigo, en cuanto a su credibilidad.

consejos que se hicieron para el ejercicio del concontrainterrogatorio, con la finalidad que el procurador mantenga el control sobre el medio probatorio.

En el proceso penal salvadoreño no existen reglas para “tachar” a priori a testigos o peritos, por lo que la función del concontrainterrogatorio es abrir la posibilidad al abogado contrario a que pueda atacar la credibilidad del testigo o del testimonio. El objeto estratégico es impugnar la declaración emitida en el interrogatorio directo. Las funciones confrontativas del concontrainterrogatorio buscan, entonces, reducir el testimonio del testigo o perito adverso y/o pretenden atacar la credibilidad del testigo debido a su posible parcialidad, parentesco o afinidad con alguna de las partes materiales. Se intentará demostrar que existe interés en el resultado del juicio, o que carece de credibilidad por la incompleta percepción de los hechos o la falta de memoria.

I) 4.- CONFRONTACIÓN E IMPUGNACIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS.

Bajo el principio de pertinencia tradicional en el sistema procesal iberoamericano, solo son admisibles las preguntas relacionadas al objeto del proceso, es decir a los hechos del proceso. Sin embargo, al desaparecer el sistema de tachas de testigos o peritos en el vigente CPP adversativo salvadoreño, la técnica para efectuarla es a través del concontrainterrogatorio. Lo que se hacía antes en el sistema inquisitivo, en el que se manifestada por escrito impedimentos que atacan la objetividad e imparcialidad del testigo, ahora se hace a través de las preguntas sugestivas en el concontrainterrogatorio. Es decir, no se realiza un examen previo si no durante la práctica probatoria, y normalmente la efectúa la parte en su turno del concontrainterrogatorio.

Entonces, el testigo que esté sentando en la silla de deposición en la audiencia, debe contestar (está obligado a hacerlo ante el juez) no solo preguntas sobre los hechos relacionados directamente a la controversia o hecho investigado, sino sobre lo que afecte su credibilidad: relaciones con el imputado o el caso, parentesco o interés; si efectivamente ha presenciado los hechos y que no es prueba de referencia; las condiciones del entorno cuando estuvo presente ante los hechos; la capacidad sensorial; capacidad de memoria u otros.

Las declaraciones testificales determinan el resultado del juicio, lo cual es cierto al menos en cuanto a la credibilidad de éstos. Para que el juez crea en la información proporcionada por el testigo, en primer lugar, debe lograrse que sea creíble y que lo manifestado por éste sea verdad²¹. Ello implica que el derecho a concontrainterrogar permite al juez un mejor panorama sobre los hechos.

²¹ GOLDBERG, Steven H, *Mi primer Juicio Oral*, 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 86 y ss. Para este autor, la habilidad del abogado puede influir de manera relevante para que el órgano juzgador adquiera conciencia en la credibilidad de su testigo y en el descrédito de la parte contraria.

La impugnación o refutación de testigos son las actuaciones procesales probatorias y pertinentes para impugnar un testigo que un abogado (sea defensor o fiscal) de la parte adversa realiza durante una audiencia, introduciendo evidencia o prueba durante el conainterrogatorio para arremeter contra la credibilidad de un testigo o de su deposición²². Su objeto estratégico es disminuir el valor probatorio o la credibilidad del testimonio vertido en el interrogatorio directo, al testigo o a ambos ante los ojos del tribunal.

En el sistema judicial americano los abogados tratan de impugnar a los testigos durante el conainterrogatorio o “cross examination”²³. El medio de prueba para impugnar la declaración testifical es la que pretende desacreditar el testimonio de un testigo. La parte que conainterroga, lo que pretende es restar fe ante el Juez o jurado sobre un testigo o sobre la confiabilidad del conocimiento de los hechos de éste.

De acuerdo a la doctrina norteamericana, expuesta por CHIESA APONTE, “la credibilidad de un testigo puede ser impugnada por cualquier parte, incluyendo a la parte que llama al testigo. El testigo está obligado a contestar cualquier pregunta pertinente a su credibilidad, aunque en cuanto se le pregunte sobre materia que solo se relaciona con su credibilidad y no con los hechos sobre los que ha declarado, puede invocar el derecho contra la autoincriminación”²⁴. En ese sentido, bajo las regulaciones del juicio oral adversativo toda prueba que pretenda impugnar o sostener la credibilidad de un testigo, en cuanto a su veracidad o mendacidad, es pertinente y admisible.

Esta doctrina de impugnación de testigos, de acuerdo al art. 209 CPP son utilizadas por los abogados y fiscales en los tribunales salvadoreños, como una innovación frente a los demás modelos continentales de juicio oral, desde el año 1998²⁵.

²² QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, PAS/DPK Consulting, El Salvador, septiembre 2003, p. 235.

²³ IMWINKELRIED, Edward J. *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, LexisNexis, USA, 2002, p. 185

²⁴ CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 324. Para este autor, con la evidencia de impugnación lo que una parte pretende es arrojar “sombras” sobre la credibilidad de un testigo o sobre la confiabilidad de un testimonio.

²⁵ En ocasiones es necesario también impugnar un testigo propio particularmente cuando ha variado sustancialmente su testimonio. Cuando se impugna al testigo lo que se busca es afectar o poner en entredicho la credibilidad de su testimonio para que el juzgador lo descarte o no le dé entero crédito a todo lo que dijo. Es decir, la impugnación va dirigida a modificar el valor probatorio de la declaración y no necesariamente su admisibilidad. CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998, p. 365.

5.-CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DE TESTIGOS.

La impugnación de un testigo sólo puede hacerse con prueba que sea pertinente que esté relacionada a su credibilidad²⁶. De allí la importancia de resaltar que el art. 177 CPP permite interpretar que la prueba referente a la credibilidad de los testigos es pertinente para la solución de la controversia penal.

Dice el art. 177 inciso inicial CPP:

“Pertinencia y utilidad de la prueba. Art. 177.- Será admisible la prueba que resulte útil para la averiguación de la verdad y pertinente por referirse directa o indirectamente a los hechos y circunstancias objeto del juicio, a la identidad y responsabilidad penal del imputado o a la credibilidad de los testigos o peritos”.

Por su parte el Código Procesal Civil y Mercantil, también adversativo, como derecho común o supletorio del proceso penal, dispone que a los testigos se pueden contrainterrogar con preguntas sugestivas y además dispone los motivos de impugnación de credibilidad, por lo que se pueden aplicar al proceso penal. Así manifiesta:

“Credibilidad del testigo Art. 356.- La credibilidad del testigo dependerá de las circunstancias o hechos que determinen la veracidad de sus declaraciones.”

La parte que resulte perjudicada por la declaración de un testigo podrá alegar falta de credibilidad, mediante cualquier medio de prueba pertinente, con base en el comportamiento del testigo mientras declara o en la forma en que lo hace; en la naturaleza o carácter del testimonio, en el grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicarlos hechos sobre los que declara, en la existencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad que pudiera afectar el testimonio, o en manifestaciones o declaraciones anteriores del testigo. Si se presenta un acta o documento escrito donde conste dicha declaración, la parte que adversa tiene derecho a inspeccionar el escrito, a contrainterrogar al testigo sobre dicha declaración y a presentar prueba pertinente contra lo declarado por el testigo.

La credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida mediante prueba de su carácter o reputación. No será admisible la prueba para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo que se refiera a sus creencias religiosas, a la carencia de ellas o a sus convicciones políticas.

²⁶ MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995, pp.183 y ss.

Pierde credibilidad un testigo cuando queda establecido en autos que su deposición está basada en un mero juicio de valor derivado de sus creencias particulares”.

Las principales causas de impugnación de testigos (o peritos) en la audiencia de acuerdo a los artículos 209 CPP y 356 CPCM son los siguientes:

1º) COMPORTAMIENTO DE TESTIGOS O PERITOS MIENTRAS DECLARAN.

La materialización en el proceso penal del derecho de defensa y del principio de inmediación es la posibilidad de que los testigos declaren sobre los hechos frente al acusado, las partes y el Juez. No se trata de cumplir una formalidad sino de hacer operativo el derecho de confrontación a la prueba de la parte contraria, establecida en la Constitución de El Salvador. Coincide al mismo tiempo una razón de carácter probatorio: el Juez puede aquilatar o valorar la credibilidad o mendacidad del testigo con solo observar y evaluar su declaración testifical y la forma en cómo lo hace.

Así se debería de entender el sentido y los alcances del principio de inmediación del juicio oral en el proceso penal continental, recogido en el CPP y CPCM salvadoreño. No solo se debe tratar de cumplir una mera formalidad procesal, sino darle valor a su finalidad probatoria, así como al sentido del principio de inmediación del sistema de juicio oral.

Esta evaluación se conoce como “demeanor” del testigo²⁷. Un testigo puede ser impugnado por sus actitudes, comportamiento o conducta mientras declara, mostrando inseguridad, nerviosismo o cualquier otra, mientras declara y la forma en que lo hace. Esto quiere decir que el abogado puede señalar o destacar por medio de preguntas sugestivas ante el Tribunal de Sentencia (y ante el juez de paz en audiencia inicial y juez de instrucción en audiencia preliminar), el comportamiento emocional o corporal del testigo independientemente del testimonio de este cuando exhibe irregularidades, siempre bajo el conainterrogatorio y permitiendo al testigo o perito que explique. Por ejemplo, cuando el testigo llora o se ríe sin justificación alguna, o luce nervioso, agresivo, preocupado o inseguro cuando contesta.

2º) POR LA NATURALEZA O CARÁCTER DEL TESTIMONIO O DICTAMEN PERICIAL.

Un testigo puede ser refutado en la vista o audiencia mientras está declarando por las contradicciones que realiza en su declaración o por lo inverosímil que pueda parecer.

²⁷ QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op. cit y FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, op. cit., coinciden que los jueces, observan y evalúan la conducta y forma de declarar. La experiencia de los jueces les permite detectar la sinceridad de quien declara.

Tanto las contradicciones como la improbabilidad de la existencia u ocurrencia de los hechos narrados por el testigo pueden permitirle al Juez tener dudas sobre ellos²⁸. Si el testigo cae en contradicciones importantes, versiones increíbles o exageradas, quedaría impugnado por su propio testimonio y obviamente el abogado lograría su propósito de que no se le crea²⁹.

3°) CAPACIDAD PARA PERCIBIR, RECORDAR O COMUNICAR LOS HECHOS.

Las personas tienen diversas capacidades sensoriales para captar la realidad. Cuando suceden hechos de violencia, las personas que están allí son por casualidad, de forma accidental, no han previsto estar presentes (a menos que sean copartícipes y deseen colaborar con la justicia a cambio de inmunidad). Entonces, sus capacidades sensoriales como la vista u oído no están pendientes de un hecho delictivo. Además, el ruido o el resultado de un delito le causa un temor o una reacción de miedo, de huida o protección personal. No están concentrados en los hechos delictivos.

Por esta razón, cuando se practica en la audiencia o vista judicial el interrogatorio de testigos, la parte que ofrece al testigo trata de establecer su capacidad para percibir o recordar los hechos. En cambio, el abogado que contrainterroga le inquiriere sobre la capacidad de visión del testigo, distancia en la que se encontraba cuando ocurrieron los hechos, puede ser relevante si fue de día o de noche por la visibilidad o grado de luz, o si fue en una época del año, la descripción del lugar en dónde se encontraba y los motivos por lo que estaba allí.

De acuerdo a CHIESA APONTE “cuando un testigo declara en el juicio o vista correspondiente, lo que hace es narrar el recuerdo de sus percepciones sobre determinado asunto. Si el testigo no tiene conocimiento personal sobre el asunto no puede declarar. Pero las dificultades del testigo para percibir adecuadamente los hechos sobre los que va a declarar son pertinentes al momento de evaluar su testimonio”³⁰. En efecto, cuando un testigo declara en audiencia, ya ha pasado suficiente tiempo para que sus recuerdos comiencen a ser olvidados o a perder detalles de los hechos.

²⁸ “Witness impeachment is an important tool by which the lawyer can seek to discredit the image being presented by her opponent and to give the factfinders reasons to prefer her own presentations”, dice MURRAY, en MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, op.cit, p. 182.

²⁹ QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit, p. 237.

³⁰ CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 325. La Regla de Evidencia número 38 de PR establece que el testigo debe declarar sobre los hechos percibidos directa y personalmente. Si esto no es así entonces se entenderá como prueba de referencia.

El testigo puede ser impugnado alegando que no se encontraba con todas las capacidades sensoriales para percibir los hechos, por ejemplo, cuando vio los hechos que narra en el tribunal estaba ebrio, bajo los efectos de drogas, había muy poca visibilidad, u objetos o ruidos que obstaculizaban la visión, el oído, etc. También puede ser impugnado por su incapacidad para recordar hechos importantes o porque recurre con frecuencia al “no recuerdo”.

Además de las posibilidades de evaluar la capacidad de percepción del testigo, los abogados pueden intentar atacar la memoria del testigo, ya que si éste tiene mala memoria su testimonio será menos confiable.

Cuando se interroga a un testigo puede ser que éste conteste que no recuerda cuando se le pregunta. En tal caso, si le conviene al abogado, puede solicitar al testigo que se refresque su memoria con algún documento que esté disponible como una declaración previa realizada en sede fiscal o de la Policía, el informe pericial, un documento público o una fotografía. El escrito o documento con el cual el testigo se refresca la memoria no tiene que haber sido preparado necesariamente por el propio testigo.

Para FONTANET, toda evidencia que demuestre al Juez que el testigo al momento de percibir los hechos ha estado bajo efectos del alcohol o drogas es admisible. Es admisible, pero está sujeto a confrontación y puede ser impugnado por su capacidad de percibir los hechos y su capacidad de recordar lo que sucedió. El que el testigo se encontrare en un grado de excitación o nerviosismo en el momento en que presencié los hechos también puede ser utilizado para impugnar la capacidad de deposición del testigo³¹.

4°) POR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE CUALQUIER PREJUICIO, INTERÉS U OTRO MOTIVO DE PARCIALIDAD POR PARTE DEL TESTIGO.

Al desaparecer del CPP y CPCM salvadoreño, el sistema de tachas de testigos para evaluar el grado de parcialidad o imparcialidad de un testigo, se ha hecho necesario dotar a las partes en litigio de la posibilidad de impugnar frente al Juez la parcialidad de un testigo o el interés de éste en el resultado³².

³¹ FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, op.cit, pp. 161-165.

³² El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha advertido la existencia de los denominados “testimonios estereotipados” que son los vertidos por los agentes policiales encubiertos en los tribunales. El Tribunal ha advertido sobre la parcialidad del testimonio y sobre el grado de verosimilitud del mismo. Ver PUEBLO V. GONZÁLEZ DEL VALLE, 102 DPR 374 (1974) Y PUEBLO V ORTIZ ZAYAS, 88 JTS 136.

Para evaluar el grado de credibilidad de un testigo es posible hacer del conocimiento del Juez, a través del test del interrogatorio y conainterrogatorio, las relaciones de parentesco, amistad, relaciones laborales u amorosas entre el testigo y el imputado o víctima. Igualmente, ayuda mucho a examinar la credibilidad de un testigo, al inquirir la existencia de relaciones de enemistad, rencor, celos profesionales o amorosos, etc.

Para hacer valer el derecho de confrontación, los jueces deben permitir, en el desarrollo del conainterrogatorio, el escrutinio de cualquier motivo de parcialidad, tanto del testimonio que favorece como el que desfavorece a cualquiera de las partes. Ahora bien, antes de permitir la admisión de otros medios de prueba independientes para atacar la credibilidad de un testigo por una alegada parcialidad, debe consentírsele la oportunidad de aclarar o explicar dicha circunstancia en el mismo desarrollo del conainterrogatorio³³. Si la parte que conainterroga no permite al testigo explicar el supuesto motivo de interés o parcialidad, puede hacerlo la parte que lo ofreció en el interrogatorio re-directo (art. 348 CPP salvadoreño).

La parcialidad es uno de las situaciones más eficaces para impugnar la credibilidad un testigo y cuando se demuestra que el testigo está parcializado puede razonablemente inferirse que no está diciendo la verdad. Muchos de los testigos son parientes, amigos o enemigos de alguna de las partes, y esta relación siempre sugiere algún grado de parcialidad³⁴. El abogado siempre debe explorar el por qué un testigo fue presentado por la parte contraria y muchas veces es necesario hacerle la pregunta directamente sobre si conoce o tiene alguna relación con las partes. Si contesta que conoce o es amigo de la parte casi siempre se puede impugnar su testimonio por estar parcializado.

Cuando el testigo niega la existencia de la relación de parcialidad o interés, entonces puede ser conveniente presentar evidencia extrínseca o independiente, como por ejemplo otro testigo que explique la existencia de la relación de prejuicio, parcialidad o interés entre el anterior testigo y la parte.

³³ CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 326. Para CHIESA, el testigo tiene derecho a explicar, admitir o negar el supuesto motivo de parcialidad de su declaración. Así manifiesta el caso DELAWARE V. VAN ARSDALL 475 US 673 (1986) Y DAVIS V. ALASKA, 415 US 308 (1974). En el sistema español, el art. 714 de la LECRIM establece la lectura de las declaraciones contradictorias. Es decir, que en las situaciones en las que exista contradicción entre la declaración de un testigo en el sumario con la realizada en el juicio, se autoriza la lectura de la declaración testifical sumarial.

³⁴QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit,p. 247.

5°) MANIFESTACIONES ANTERIORES DEL TESTIGO.

Señala CHIESA APONTE que el medio “más eficaz para impugnar la credibilidad de un testigo es traer ante la consideración del juzgador declaraciones anteriores del testigo incompatibles con su testimonio en corte. Esto no solo pone en entredicho la credibilidad del testigo en relación con el asunto específico al que se refiere la contradicción, sino también la credibilidad general del testigo”³⁵. Entre las manifestaciones realizadas en la audiencia judicial y la anterior debe, entonces, existir una incompatibilidad o diferencias significativas. También procede la impugnación de la veracidad del testigo, cuando éste realiza declaraciones que había omitido anteriormente, entendiéndose que esta información es básica para el descubrimiento de la verdad de los hechos controvertidos.

El art. 367 CPCM inciso segundo es consistente con la doctrina y la regla procesal del art. 209 CPP cuando dice: “durante el contrainterrogatorio, la parte que lo haga podrá utilizar, documentos, actas de declaraciones anteriores del testigo o deposiciones que hubiera rendido y que versen sobre los hechos en cuestión, para el efecto de demostrar o desvirtuar contradicciones, o para solicitar las aclaraciones pertinentes.”

En efecto, existe una zona oscura o gris (como el lector lo califique) cuando se intenta impugnar a un testigo (o al perito) por la falta de concordancia entre una manifestación anterior, y el interrogatorio directo que se encuentra realizando ante el Juez, en relación a un documento escrito específicamente la realizada en entrevista ante Policía o Fiscalía, o cualquier otro soporte que permita comprender que hubo una declaración que es inconsistente (incluso Facebook).

En ocasiones las inconsistencias pueden ser sobre asuntos importantes, en cuyo caso podría quedar en entredicho todo lo declarado por el testigo y en otras ocasiones la impugnación es por detalles o asuntos secundarios que no afectan sustancialmente la credibilidad del testimonio. FONTANET, recomienda seguir una fórmula o un orden para maximizar la impugnación: “a) comprometer al testigo con lo declarado en el interrogatorio directo; b) establecer la importancia de la inconsistencia en el caso; c) acreditar las circunstancias en que fue prestada la primera declaración de testigo; d)

³⁵ Cualquier declaración anterior que haya hecho un testigo ya sea fuera del tribunal o en alguna de las etapas procesales del caso sirve para impugnarlo si la misma es inconsistente con su actual declaración judicial, como declaraciones en televisión, radio, declaraciones juradas, cartas etc. Por lo tanto, se trae esa manifestación anterior no para admitir su contenido como evidencia en el caso sino para atacar la credibilidad de su actual declaración en el tribunal. CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, 1995, p. 326.

dar oportunidad de que el testigo acepte o niegue la declaración anterior; y e) Confrontación con declaración anterior”³⁶.

También los testigos pueden ser impugnados porque omitieron en declaraciones anteriores hechos importantes que producen por primera vez cuando declaran en el proceso judicial. En tal situación se impugnaría al testigo por la omisión, ya que lógicamente debía haber expuesto con anterioridad el hecho esencial.

Si al testigo se le impugna en el tribunal por declaraciones anteriores escritas, se le debe indicar la fecha y lugar en la que persona la hizo para que lo reconozca o niegue, se le debe mostrar y entregar copia a la parte contraria.

Cuando el abogado va a usar prueba independiente, es decir evidencia extrínseca, para impugnar al testigo por haber dado una manifestación anterior es necesario que se le dé al testigo la oportunidad de que explique o niegue la misma. Si no se sienta esta base en el interrogatorio del testigo, no se podría presentar la prueba extrínseca. Este requisito se cumple preguntándole al testigo que va a ser impugnado si hizo o no la declaración anterior expresándole la fecha, el lugar y quien se la hizo.

Sobre este particular, es pacífica la práctica en los tribunales de sentencia o jueces de sentencia, en El Salvador, al permitir a las partes que puedan utilizar los documentos de la Policía o de la Fiscalía en la que constaran declaraciones o entrevistas de testigos o víctimas³⁷.

Esta interpretación es correcta en tanto la prueba únicamente se puede producir en el juicio o vista pública y las actuaciones de la Policía y Fiscalía son actos de investigación, no prueba. Sin embargo, lo que interesa es que el órgano jurisdiccional tenga el mejor panorama posible para tomar una decisión justa, por lo que los tribunales de sentencia deben permitir confrontar las declaraciones de testigos con manifestaciones anteriores realizadas sea en sede fiscal o en la Policía. No se trata de convertir en prueba las actuaciones de investigación. Esas declaraciones, por regla general, han sido vertidas con mucha mayor espontaneidad por los testigos, por haber sido obtenidas de manera pronta. “En los procesos acusatorios orales -dice QUIÑONES VARGAS- esta es la forma por excelencia utilizada por los fiscales para confrontar al testigo con las

³⁶ FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, op.cit, p. 150.

³⁷ El CPCM dice con respecto al conainterrogatorio, además del art. 356, lo siguiente en el art. 367: “Durante el conainterrogatorio, la parte que lo haga podrá utilizar, documentos, actas de declaraciones anteriores del testigo o deposiciones que hubiera rendido y que versen sobre los hechos en cuestión, para el efecto de demostrar o desvirtuar contradicciones, o para solicitar las aclaraciones pertinentes”

contradicciones que pudiese haber entre esa primera versión y la expresada en la vista (pública)”³⁸; pero no solo los fiscales la utilizan, si son testigos de cargo, es seguro que un buen defensor explotará las inconsistencias.

La regulación de la práctica testimonial del art. 209 CPP y 367 CPCM permite que un testigo que se encuentra declarando en audiencia judicial pueda utilizar un escrito para “refrescar” su memoria con relación a cualquier aspecto de su testimonio. El escrito podría ser una declaración anterior rendida por el testigo, podrían ser sus apuntes, bitácora o diarios personales con respecto a los hechos sobre los que se encuentra testificando. Como requisito de admisibilidad, exige que el escrito sea presentado en la audiencia ante el Juez y la parte contraria, para que éstos puedan examinarlo. La parte contraria puede utilizar el escrito del testigo para contrainterrogarlo, si lo considera conveniente a su estrategia probatoria.

Ahora bien, en la normativa salvadoreña se considera como medio de prueba el testimonio que se practica en audiencia con la garantía de la inmediación del juez y sujeto a confrontación, no el contenido del escrito utilizado por el testigo para refrescar su memoria, ya que lo que se está vertiendo en audiencia judicial es el conocimiento personal y directo del testigo sobre los hechos controvertidos. Para que pueda ser admitido un documento escrito o soporte electrónico como prueba, tendría que ser considerado como prueba de referencia y, por lo tanto, es admisible, según lo dispone el art. 221 número 3 CPP.

Así dice el art. 221 CPP, y en específico el número 3:

“Admisión excepcional del testimonio de referencia. Art. 221.- Será admisible la prueba testimonial de referencia en los casos siguientes:

- 1) Muerte, enfermedad grave u otra circunstancia que haga imposible o difícil que comparezca el testigo a rendir su declaración personalmente en la vista pública.
- 2) Operaciones policiales encubiertas.
- 3) Retracción de la víctima o el testigo, para controlar la credibilidad de éstas.
- 4) Manifestaciones expresadas de manera consciente y espontánea, en circunstancias que implicaban un perjuicio a los intereses de quien las efectúa o de un tercero en su caso”.

El art. 209 CPP salvadoreño admite que la parte que interroga a un testigo el uso de un escrito para refrescar la memoria. Lo que pasa es que no dice nada o no se regula a qué

³⁸ QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit, p. 244.

le dará credibilidad el órgano jurisdiccional si a lo que está escuchando o al escrito, en caso de contradicciones. Este es un aspecto a legislar.

De conformidad al art. 209 CPP, la declaración anterior de un testigo puede ser admitida por el Juez dándole valor probatorio al contenido mismo, en desmedro de la declaración que hubiera estado realizando en la audiencia judicial. Esta es una de las excepciones a la admisión de la prueba de referencia.

En el caso que la parte que hubiese sido afectada por la impugnación de su testigo, por medio de sus manifestaciones anteriores, puede rehabilitar la credibilidad de éste mediante prueba que demuestre que no se hizo tal declaración. Asimismo, cuando la parte afectada desarrolle su turno de interrogatorio re-directo puede hacer que su testigo impugnado tenga la oportunidad de explicar el contenido, alcance, aparente contradicción u omisión de su manifestación anterior. También la parte afectada, puede introducir como prueba para la rehabilitación de la credibilidad de su testigo otras declaraciones anteriores de éste que sean compatibles con las que está realizando en la audiencia judicial.

6º) IMPUGNANDO EL CARÁCTER O CONDUCTA DEL TESTIGO EN CUANTO A VERACIDAD O MENDACIDAD.

Un testigo puede ser impugnado de forma general porque tiene un carácter mendaz, es decir cuando tiene fama o reputación de mentir o exagerar la verdad de los hechos. El art. 177 CPP y 209 CPP, admiten que también se impugne por el carácter o hábito a un testigo, mediante la prueba que sea idónea y pertinente. Esta regla está en consonancia con la disposición del art. 356 inciso 3ro del CPCM que dice: “La credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida mediante prueba de su carácter o reputación. No será admisible la prueba para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo que se refiera a sus creencias religiosas, a la carencia de ellas o a sus convicciones políticas”.

En el régimen salvadoreño, bajo las reglas del CPP y CPCM citadas, la credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida mediante prueba de su carácter o reputación. No será admisible la prueba para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo que se refiera a sus creencias religiosas, a la carencia de ellas o a sus convicciones políticas.

Para impugnar la credibilidad de un testigo se puede ofrecer prueba sobre su reputación mendaz y para rehabilitarlo se permite ofrecer prueba de su carácter veraz. Cualquier otro tipo de evidencia, incluso sobre sus creencias religiosas o su conducta moral sería inadmisibles.

Esta impugnación se puede realizar en el contrainterrogatorio del testigo preguntando aspectos sobre la declaración que realiza o produciendo prueba independiente que demuestren la mendacidad del testigo. La impugnación del carácter puede hacer presentando otro testigo quien declara que en su opinión el testigo de la parte contraria

ha mentido o engañado al tribunal con la versión de los hechos, puesto que es su carácter o conducta y porque así es conocido. También podría permitirse evidencia de conducta específica pero la misma debe referirse directamente al asunto de la veracidad o mendacidad cuya credibilidad esté en consideración.

7°) POR CONTRADICCIÓN.

Un testigo puede ser impugnado por contradicción cuando dice algo que es falso, inexacto o erróneo. Al impugnarse por contradicción se podría contrainterrogar con las respuestas que brindó en el interrogatorio directo o se puede presentar cualquier evidencia extrínseca, como por ejemplo evidencia documental o la declaración de otro testigo que desmienta lo declarado por el testigo que va a ser impugnado. Para lograr el propósito de establecer la contradicción se podría utilizar cualquier prueba, incluyendo declaraciones judiciales efectuadas en otros casos que tengan una conexión o relación por el cual está declarando.

En el desarrollo del contrainterrogatorio de un testigo, el abogado que se encuentra llevando a cabo esta técnica puede intentar demostrar al Juez o al jurado la existencia de contradicciones en el testimonio. Esto quiere decir, que se admite en el contrainterrogatorio demostrar que el testigo se contradice en su propio testimonio o, en su caso, con la declaración testimonial que se encuentra vertiendo en audiencia con anteriores manifestaciones testificales sobre el mismo asunto en controversia.

CONCLUSIÓN.

El derecho procesal penal y procesal civil y mercantil salvadoreño, adoptó desde 1996 el modelo adversativo de las reglas de evidencia de Puerto Rico (similares a las contenidas de California y Federales). Fue el resultado del intercambio cultural entre operadores jurídicos salvadoreños y puertorriqueños. El cambio no fue fácil, pues se trata de un cambio cultura del modelo procesal iberoamericano. También fue un choque con los entrenamientos de operadores jurídicos españoles, costarricenses y suramericanos, que llegaron a capacitar a jueces, fiscales y defensores públicos salvadoreños, pues no concebían la autorización de preguntas sugestivas en un contrainterrogatorio. Fue sin duda un impacto.

A través del contrainterrogatorio sugestivo, las disposiciones del CPP establecen las reglas para descubrir la verdad. Se admite que en las audiencias la parte contraria, luego del interrogatorio directo, pueda impugnar al órgano de prueba o a su testimonio. Si resiste la fuente de prueba, entonces, habrá mayor probabilidad que su dicho sea verdad.

Posteriormente, la reforma Iberoamericana fue adoptando el contrainterrogatorio sugestivo, así fue en Colombia, Chile, Panamá, algunas provincias argentinas y México. Varios operadores salvadoreños han sido docentes en dichos países, intercambiando experiencias en materia probatoria y en la práctica de interrogatorio y

contrainterrogatorio. Como todo proceso cultural, los cambios se realizan paulatinamente.

Ahora se puede afirmar que las reglas de interrogatorio, contrainterrogatorio, interrogatorio redirecto y recontrainterrogatorio (la segunda y cuarta con preguntas sugestivas) es parte de las disposiciones probatorias y forenses en El Salvador, incluso para justicia penal juvenil, familia, civil y mercantil, contencioso administrativo y el procedimiento administrativo sancionador. No se podría concebir una actividad probatoria sin estas disposiciones legales.

En efecto, se ha descubierto lo útil que puede ser un contrainterrogatorio sugestivo para descubrir testigos que mienten, o que no pueden ser confiables para el tribunal. O en su caso, se puede descubrir peritos cuyas conclusiones o el procedimiento técnico científico utilizado no es confiable. Es decir, lo relevante es producir duda sobre la fuente de prueba para que el juez le reste confiabilidad y decida desechándola.

Bibliografía.

- CASTILLO BARRANTES, J. Enrique; *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1977.
- CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, V.1, 1ª*. Reimpresión, Editorial Forum, San Juan, 1995.
- CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998.
- GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso*, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981.
- GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, con AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GIMENO SENDRA, Vicente; *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Editorial COLEX, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, *Derecho Procesal Civil, T.1, 1ª*. Edición, Editorial COLEX, 2004.
- GOLDBERG, Steven H, *Mi primer Juicio Oral*, 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 1994.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.
- FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002.

- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel; *Introducción al Nuevo Código Procesal Penal*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1998.
- IMWINKELRIED, Edward J. *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, LexisNexis, USA, 2002.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MORENO CATENA, Víctor, *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso penal*, Editorial Motecorvo S.A., Madrid, 1980.
- MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995.
- ORTELLS RAMOS, Manuel; *Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal*, con AAVV, en Cuadernos de Derecho Judicial La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, PAS/DPK Consulting, El Salvador, septiembre 2003.
- SANDOVAL ROSALES, Rommell Ismael y AAVV, *Código Procesal Penal comentado: volumen 1, 1^a. Edición*, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2018.
- SANDOVAL ROSALES, ROMMELL ISMAEL, *Las Técnicas y Destrezas del Interrogatorio Oral en el Proceso Penal de la República de Panamá*, Revista acceso, <http://www.accesocapacitacion.com/>, 2013.
- SANDOVAL ROSALES, ROMMELL ISMAEL, *Las técnicas de litigación en el Código Procesal Civil y Mercantil*, Revista DeLegibus, No. 4, UCA, 2010.
- SANDOVAL ROSALES, ROMMELL ISMAEL, *La prueba de testigos en el Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil*, UCA Editores, 2009. Reeditado para para la XXIII Conferencia Iberoamericana de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, 2010
- STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD, EN LA ESFERA SUSTANTIVA DEL DERECHO PENAL. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS TIPOS PENALES.

Moshe Dayan Mazariegos González

Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente, Quetzaltenango

Laborante del Sistema Judicial

TABLA DE CONTENIDO:

I. Introducción. II. Tipicidad y su vínculo con el principio de legalidad. III. Análisis crítico de algunos tipos penales. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal guatemalteco cuenta en su cuerpo normativo con distintos tipos penales descritos inadecuadamente, en cuanto al tipo penal objetivo, permitiendo en su redacción, en algunos casos a través del desarrollo de la tipicidad, la inclusión de la analogía, o remitiendo expresamente a la misma; de tal cuenta que dichas normas jurídicas no son congruentes ni respetuosas del principio de legalidad, por tanto surge la inquietud de hacer un breve análisis de la tipicidad y su vínculo con el principio de legalidad, resaltando su adecuada regulación en el referido cuerpo legal, así como un análisis de algunos tipos penales que no cumplen con los tres grandes elementos del desarrollo normativo del tipo penal objetivo: claridad, estrictividad y taxatividad.

II. TIPICIDAD Y SU VÍNCULO CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad se desarrolla en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala³⁹ y en similares términos el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁰, por su parte la Corte de Constitucionalidad en relación al principio de legalidad ha manifestado: “El principio postula que solamente la

³⁹ Artículo 17. “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.”

⁴⁰ Artículo 9. “Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento no fueran delictivos según el derecho aplicable.”

ley es fuente formal del Derecho Penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado”⁴¹. De tal cuenta tiene varios efectos en el sistema de justicia penal, encontrando su desarrollo técnico directo a través de la tipicidad, en consecuencia, esto implica que no es abstracto y general, sino que se materializa a través de esta, aunado a ello dicho principio tiene condicionantes prohibitivas como la irretroactividad, la exclusión de analogía, la exclusión de las leyes penales abiertas y en blanco, constituyendo estas una derivación directamente de la tipicidad, asimismo se encuentran exigencias en el tipo penal el cual debe ser escrito, estricto y taxativo.

Lo escrito implica claridad y coherencia; lo estricto que se elimine la analogía, de tal cuenta que si el tipo penal está definido de manera estricta, este impide que sea complementado o adicionado por el juzgador, así mismo impide la interpretación analógica, de tal manera que evita que se pueda en un momento dado ampliar el espectro de la norma jurídica y lo taxativo constituye que aquello pueda ser verificable de modo objetivo, excluyendo la valoración, encontrando aquí su mayor expresión el tipo penal objetivo, es decir se deben de excluir aquellas formas eminentemente valorativas de los tipos penales tanto en la redacción legislativa como en el control jurisdiccional, lo que difícilmente va a ser verificable, porque tiene una connotación eminentemente subjetiva, por ejemplo una persona es buena o mala, es eminentemente valorativo, en tanto si una persona es buen o mal estudiante resulta un hecho, es objetivo, es verificable, de tal cuenta que lo taxativo debe estar excluido de ese aspecto valorativo y caer a lo estrictamente objetivo.

Muñoz Conde & García Arán afirman que la tipicidad es “(...) la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal (...) es decir “la cualidad que se le atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal”⁴². Por tanto, no es un reconocimiento de la legalidad y la legalidad no significa simplemente que el tipo penal esté descrito en la norma jurídica, ¿Qué significa entonces? que se debe descender al contenido de la tipicidad y comprender si se cumple o no con el principio de legalidad. Por eso, cuando se discute la violación del principio de legalidad en la esfera jurisdiccional de ordinario se resuelve que el tipo penal se encuentra regulado en la norma jurídica y por ende cumple con el principio de legalidad, lo cual no es el punto central de discusión, sino que, si esa redacción o descripción típica del delito cumple con los presupuestos o no establecidos en la doctrina y que conllevan el principio de legalidad, claro ejemplo es el artículo 201 del Código Penal que regula el delito de Plagio o Secuestro. Pues impone la pena de

⁴¹ Corte de Constitucionalidad. Guatemala. Sentencia de fecha 17 de septiembre de 1986. Expediente No. 12-86. Página 11. Gaceta No. 1.

⁴² Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. México: 2015. Págs. 264 y 265.

muerte a los autores de delito, sin discutir la legitimidad o la utilidad es esta, siendo totalmente desproporcionada pues no se lesiona la vida de la víctima como bien jurídico protegido; incumpliendo de esta manera con la estrictividad, claridad que exige el tipo penal y por ende con el principio de legalidad.

Así que lo más importante cuando se ve el principio de legalidad es vincularlo directamente a la tipicidad, con el tipo penal objetivo que es la descripción normativa o tipo penal normativo y ver si efectivamente la redacción cumple o no con los parámetros respectivos, para ello partiremos de varios elementos, uno de ellos es si la norma tiene claridad lo que implica que no sean indeterminadas e imprecisas; la claridad excluye los aspectos indeterminados e imprecisos; junto a esto la norma jurídica tiene que ser estricta y taxativa, estrictividad excluye los elementos extensos de interpretación analógica y la taxatividad excluye el aspecto valorativo es decir el carácter subjetivo, moralista, ético o de cualquier otra circunstancia que podría no desde lo objetivo sino desde lo subjetivo crear y contener los tipos penales.

Cuando se lee el artículo 17 constitucional, se puede advertir que no exige una forma específica de regular los tipos penales, únicamente señala que deben de estar descritos previamente en la ley, pero no indica que esa descripción debe de cumplir con taxatividad, estrictividad, y sobre todo con claridad, sin embargo la doctrina ha avanzado y construido ciertos elementos para que efectivamente el principio de legalidad deje de ser una mera legalidad y pase a una mera estricta legalidad, tal y como Luigi Ferrajoli lo explica en los siguientes términos:

(...) mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (nulla poena, nullum crimen sine lege), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione)⁴³.

El Código Penal vigente, contiene un término que para el año mil novecientos setenta y tres fue avanzado, el cual nos permite desarrollar todo esto, no es solamente doctrina, es parte del texto legal que no se ha explotado y que no se ha comprendido la magnitud que corresponde, Gonzalo Menéndez de la Riva quien fue el redactor del Código Penal en su proyecto original en relación a la redacción del artículo 1 del mismo afirma: “Se abre el Código con el principio de legalidad tradicional y universal, como una

⁴³ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Capítulo II. Modelos de Derecho Penal. Editorial Trotta. Madrid 1995. Pág. 95

garantía contra el mal uso del poder punitivo del Estado (...)”⁴⁴. Consecuentemente deviene oportuno analizar el contenido del artículo 1 del código penal vigente que regula:

*“De la legalidad. Nadie podrá ser penado por hechos que no estén **expresamente** calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.” (Lo resaltado es propio).*

En tal sentido el referido artículo reconoce el principio de legalidad como el principio rector del derecho penal y del sistema penal, además tiene ciertas exigencias, siendo ésta el término “expresamente”, que debe tener la redacción de los delitos o los tipos penales, siendo tal redacción la que diferencia nuestro Código Penal vigente a cualquier otro código de la región, ningún otro código de la región exige esa condición, salvo el artículo 34 inciso 11 de la Constitución Política de la República de Nicaragua⁴⁵ que pide y exige que sea de manera expresa e inequívoca la redacción del tipo penal.

Cuando Menéndez de la Riva redacta el Código Penal y establece el término “expresamente”, el mismo encierra los siguientes elementos: claridad, estrictividad y taxatividad; por tanto no se trata de cualquier redacción, ni de una simple descripción de delitos, que estén descritos expresamente implica que cumpla con cierto rigor y este rigor es precisamente los tres grandes elementos del desarrollo normativo del tipo penal objetivo: claridad, estrictividad y taxatividad.

Todavía no se ha desarrollado amplia y expresamente este punto, todos pasan ligeramente sobre el principio de legalidad y hacen referencia al artículo 1 del Código Penal y prefieren incluso la redacción del artículo 17 de la Constitución Política, pero este artículo no contiene el elemento que si contiene el artículo 1 del Código Penal; la redacción constitucional es la redacción global o recurrente en la mayor parte de los países, simplemente prefiere o resguarda la reserva de ley para los delitos y las faltas que estén previamente establecidos en la ley, pero el Código Penal señala el término “expresamente”, mismo que conlleva consigo los requisitos de claridad, estrictividad y taxatividad como se ha afirmado.

⁴⁴ Anteproyecto de la Comisión Especifica Revisora del Congreso de la República de Guatemala, del Proyecto formulado por el Licenciado Menéndez de la Riva. De fecha 3 de noviembre de 1972. Pág. 8.

⁴⁵ “ (...) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera **expresa** e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.” (Lo resaltado es propio).

De tal cuenta que no es simplemente doctrina, o referencia histórica como tampoco una mera propuesta filosófica del contenido del tipo penal objetivo; claridad, estrictividad y taxatividad, son requisitos de la disposición legal que exige que debe estar establecida en la norma jurídica como tal. Ahora veamos que implica la redacción como tal del artículo objeto de análisis cuando establece: “*que estén expresamente descritos los delitos y las faltas en la ley*”; esto conlleva que su redacción sea clara y esa claridad implica una exclusión de imprecisión e indeterminación, es decir que la norma jurídica sea suficiente y ello implica la contención y descripción de su contenido, contención porque evita cualquier aplicación e interpretación y descripción porque todo está o todo lo que se necesita tener está contenido o descrito en la norma, así que no basta en señalar los supuestos como tal porque permitiría descender a una circunstancia interpretativa ya sea para aplicar analogía o para sustituir con base en esa indeterminación e imprecisión las circunstancias que podrían darse en el caso concreto; de tal cuenta podemos ver que el principio de legalidad, con el carácter expresamente, implicaría claridad y la claridad es esa suficiencia; no encontramos esa suficiencia cuando la norma jurídica no desarrolla, no explica o no se manifiesta claramente sobre el contenido de la norma como tal. En consecuencia, esto nos da los parámetros para poder analizar los tipos penales.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE ALGUNOS TIPOS PENALES

El Código Penal contiene unos supuestos que no cumplen con tales parámetros, no contienen claridad ni suficiencia, aunque este no es un tipo penal como tal se trae a colación, específicamente la circunstancia agravante contenida en el numeral uno del artículo 27 del Código Penal:

“Son circunstancias agravantes: Motivos fútiles o abyectos 1°. Haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.”

Se debe de comprender que motivos fútiles o abyectos son dos cosas totalmente diferentes, la Corte Suprema de Justicia interpretó en el año 1978 por primera vez este supuesto y trato de explicarlo basándose en lo que el Diccionario de la Real Academia Española indicaba en ese entonces, fútiles es decir intrascendente, abyectos denigrante o repulsivo, rechazable o reprobable, despreciable; pero que implica entonces como conducta específica para tenerlo regulado como supuesto de hecho, cómo se debe describir, en lugar de señalarlo como motivos fútiles o abyectos las norma tendría que haber descrito en qué consistía esa agravante; el caso concreto que se planteó ante la Corte Suprema de Justicia era:

(...) El Tribunal de Segunda Instancia declaró que Mario Abel Guevara era autor del delito de homicidio simple, "con la circunstancia agravante de haber actuado el procesado por un motivo enteramente fútil o intrascendente como haber efectuado el disparo en contra de su víctima por negarse éste a extenderle la mano al pedírsela", por lo que le impuso la pena de diez años de prisión incommutables, más las accesorias

correspondiente, y fijó el monto de las responsabilidades civiles en la suma de un mil quetzales. De esa manera desaprobó la sentencia absolutoria del Juzgado de Primera Instancia.”⁴⁶

En consecuencia, es necesario comprender que es fútil o abyecto toda vez que no está claramente descrito, hay que interpretar o conocer primero en que consiste lo fútil o abyecto y después determinar si esto se desarrollaba en el caso concreto.

Ahora bien, se analizan algunos tipos penales propiamente, como el artículo 150 BIS, que regula el delito de Maltrato contra personas menores de edad que contiene un punto que no es claro y que impide precisamente la aplicación del derecho penal.

*“Maltrato contra personas menores de edad (Adicionado por Artículo 23 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República). Quien mediante cualquier acción u omisión provoque a una persona menor de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva, daño físico, psicológico, enfermedad o coloque al niño en **grave riesgo** de padecerlos, será sancionado con prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de las sanciones aplicables por otros delitos.” (Lo resaltado es propio).*

Señala el supuesto: en grave riesgo, pero no indica la afectación directa, es decir la lesión física o psicológica, enfermedad sino que poner al niño en grave riesgo de padecer, aquí nos encontramos ante una circunstancia imprecisa, en el supuesto uno el daño está realizado y no hay discusión, en el supuesto dos colocar al niño en grave riesgo de padecer, que significa eso y si el daño psicológico es permitir que los niños que vean noticias con muertes violentas y cruentas, podría ser una afectación psicológica, esto es daño psicológico y lo está poniendo en grave riesgo de padecerlos; acá no hay un aspecto claro y determinante del supuesto de hecho por que implica primero determinar riesgo en la condición mayor pero la otra situación de padecerlos implicaría especialmente en lo psicológico o para las enfermedades, por ejemplo llevar al niño a comer a un lugar donde no se cumplen con las condiciones sanitarias básicas requeridas, se está poniendo en grave riesgo de padecer una enfermedad.

En consecuencia cualquiera podría interpretar todo y ese es el inconveniente de la falta de claridad de la norma, no hay precisión y al no haber precisión permite que esto se comprenda de cualquier tipo, de cualquier manera y que se de en cualquier escenario, entonces este delito por si, podría aplicarse para todo, por ejemplo: llevar a los niños a los semáforos y exponerlos al sol durante varias horas o podría ser cualquier otro ejemplo porque cualquiera puede ingresar a riesgo o afectación psicológica, física o cualquier enfermedad.

⁴⁶ Gaceta de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 10 de julio de 1978, Segundo Semestre.

También encontramos tipos penales con disposiciones de contenido valorativo como el artículo 195 del Código Penal que regula:

“Exhibiciones obscenas. Quien, en sitio público o abierto o expuesto al público, ejecutare o hiciere ejecutar actos obscenos, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.”

Que contiene un supuesto valorativo, que va a depender de la condición subjetiva de los sujetos, esto implica en consecuencia que la percepción que una persona tiene de una generación mayor frente a una persona de una generación menor, reciente o contemporánea, va a ser diferente es decir son dos sistemas de valores diferentes, exhibiciones obscenas, para una generación de los años sesenta u ochenta va a ser distinta a quienes se han formado y desarrollado en una generación de los años noventa, incluso va a ser distinta del año noventa a quienes se han desarrollado o convivido con una generación del año dos mil o dos mil diez, nótese en consecuencia ¿Qué implica exhibición obscena?, puede ser que todo o nada, para demasiadas personas podría ser obsceno determinadas conductas y para otras personas lo obsceno sería nada; esto es lo que trata de eliminar el derecho penal en el principio de legalidad a través del tipo penal objetivo mediante su descripción normativa, que la norma jurídica sea objetiva es decir fuera de la condición valorativa.

Un artículo que no se ha discutido pero que es afectivo del principio de legalidad es el 202 del Código Penal que regula:

*“Sometimiento a servidumbre. Será reprimido con prisión de dos a diez años, quien redujere a una persona a servidumbre o a otra condición **análoga** y a quienes la mantuvieren en ella.”. (Lo resaltado es propio).*

Toda vez que nadie a ciencia cierta comprende que es la servidumbre y cualquiera podría darle una interpretación, es decir, no existe claridad en su significado, si se ve históricamente en el régimen feudal podría ser con los siervos, pero si se ve en el régimen capitalista es distinto y si se ve en un régimen socialista es totalmente diferente; es decir toda esta representación mental que del concepto servidumbre tenemos afectaría la claridad porque no describe en particular si es esclavitud, restricción de la libertad o de su situación económica, o sometimiento psicológico, físico, o trabajo forzado, ¿Qué significa servidumbre? trabajos excesivos de veinticuatro horas al día o podría ser trata de personas o discriminación laboral, es decir ¿Qué afecta?

Aunado a lo dicho, el tipo penal también no es estricto y vulnera con ello el principio de legalidad porque en su redacción remite específicamente a la analogía, véase la parte segunda de ese tipo penal “y cualquier otra forma análoga” la propia norma está estableciendo la analogía, el legislador está desobedeciendo e inobservando el principio de legalidad en la tipicidad y consecuentemente no solo faculta a la

interpretación analógica sino que ordena que en la aplicación de ese tipo penal se aplique analógicamente cualquier otro supuesto de servidumbre, entonces este tipo penal fácilmente permitiría cualquier circunstancia porque quizás algunos lo pensarían desde el aspecto laboral ya sea doméstico o familiar, y así se podría considerar parar cualquier otro escenario, que implica sometimiento de servidumbre entonces, podría ser todo; de tal cuenta que no solo viola la claridad como elemento sino que también la estrictividad porque permite la interpretación analógica de la norma jurídica.

Otro tipo penal con disposiciones de contenido valorativo se encuentra en el artículo 244 del Código Penal que establece:

*“Incumplimiento de deberes de asistencia. Quien, estando legalmente obligado incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda, de manera que éstos se encuentren en situación de abandono material y **moral**, será sancionado con prisión de dos meses a un año.” (Lo resaltado es propio).*

Contiene dos supuestos que son elemento determinante y vinculante del tipo penal, siempre que exista abandono “a descendientes” o abandono “a personas que tenga bajo su custodia o guarda” para que se dé el delito, porque el simple hecho de no cumplir con las obligaciones, pero si la persona del alimentista no está en ese abandono que establece no existiría el delito, establece abandono material o moral, ¿Cuál es el abandono moral? podría ser la falta de respeto, el comportamiento que se tenga en la sociedad, el no asistir a una iglesia, la falta de valores y principios, entre otros, he aquí lo valorativo, ya que puede ser todo o nada, según se quiera entender dicho abandono moral; por tanto se debe de excluir el sistema valorativo y exigir el sistema objetivo, ahora bien ¿Cómo se verificaría ese abandono moral? Esa falta de principios y valores para comportarse ¿Quién puede probar eso o cómo puede probarse? esto implica que el sistema valorativo lo que hace es imposibilitar no solo la condición motivadora de la conducta sino que también imposibilita el carácter restrictivo o limitador del derecho penal y a la vez imposibilita la verificación a través de la prueba del supuesto del hecho imputado, es decir, al final se complica el escenario de la justicia penal por completo porque esta condición valorativa que contiene este artículo elimina la taxatividad.

Un tipo penal donde la propia tipicidad es la que vincula la analogía y no la excluye, sino por el contrario la incorpora en el contenido de la norma, es el numeral 23 del artículo 264 Código Penal que establece:

“Casos especiales de estafa. Incurrirá en las sanciones señaladas en el artículo anterior: (...) 23. Quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores.”

Que se refiere a las estafas por analogía, permitiendo al órgano jurisdiccional ampliar el espectro de la norma jurídica de los supuestos del delito, del tal cuenta que es la propia tipicidad la que hace referencia a la necesidad analógica. No especifica qué ardid o engaño y deja abierta la posibilidad que cualquier conducta se subsuma en este delito por lo que su aplicación conlleva arbitrariedad, quebrantando de esta manera la taxatividad y el principio de legalidad.

Otro aspecto que resulta de la tipicidad es la ley penal en blanco, considerando que toda norma jurídica que permita su complemento en el núcleo a través de otra norma jurídica ya sea ordinaria o reglamentaria, implica y conlleva que está reconociendo que esta es necesaria y consecuentemente está incurriendo en el vicio que se establece, la norma jurídica no puede establecer esos parámetros, ni puede crear las condiciones apropiadas para que la ley penal en blanco, es decir, normas de otra naturaleza puedan ingresar; el gran concepto del Derecho Penal siempre fue que el mismo en su tipicidad debía de ser completo, es decir, que no tuviese necesidad de acudir a ningún otro ordenamiento jurídico sea así de la misma naturaleza o de naturaleza inferior. Más que un concepto político respecto a que órgano es el que crea el núcleo del tipo penal, es un concepto eminentemente técnico que el Derecho Penal debe ser completo y resguardar todo absolutamente todo y no cubrir o dejar su complemento a normas de otra naturaleza.

Esto nos lleva en consecuencia a considerar precisamente que la tipicidad resulta ser un elemento central y determinante para toda esta concepción, desde la lectura de la tipicidad se puede establecer lo que indican los siguientes artículos del Código Penal:

*“ARTÍCULO 305. Contravención de medidas sanitarias. Quien, infrinja las medidas impuestas por la ley o las adoptadas por las **autoridades sanitarias** para impedir la introducción o propagación de una epidemia, de una plaga vegetal o de una epizootia susceptible de afectar a los seres humanos, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.” (Lo resaltado es propio).*

*“ARTÍCULO 311. Inhumaciones y exhumaciones ilegales. Quien, practicare inhumación, exhumación o traslado de un cadáver o restos humanos contraviniendo las **disposiciones sanitarias** correspondientes, será sancionado con prisión de un mes a seis meses y multa de cincuenta a trescientos quetzales”. (Lo resaltado es propio).*

*“ARTÍCULO 426. Anticipación de funciones públicas. Quien entrare a desempeñar un cargo o empleo público sin haber cumplido las **formalidades que la ley exija**, será sancionado con multa de doscientos a un mil quetzales.” (Lo resaltado es propio).*

*“ARTÍCULO 427. Prolongación de funciones públicas. Quien continuare ejerciendo empleo, cargo o comisión después que debiere cesar conforme a la ley **o reglamento respectivo**, será sancionado con multa de doscientos a un mil quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años.” (Lo resaltado es propio).*

En los cuales se puede establecer claramente de su lectura y resaltado en negrilla que son tipos penales en blanco o abiertos que nos remiten a otras normas jurídicas ordinarias o reglamentarias.

Aunado a lo anterior también se encuentran otros ejemplos como las faltas contra las buenas costumbres que se desarrollan en el capítulo IV del libro tercero del Código Penal que generan una situación meramente valorativa y no taxativa, así como determinados delitos contra la administración pública y contra la economía que son difíciles de considerar con calidad y que cumplan con las condiciones de claridad, taxatividad y estrictividad.

IV. CONCLUSIONES

- A. El principio de Legalidad no es abstracto y general, se materializa a través de la tipicidad; el tipo tiene elementos normativos que es donde se exige la descripción de la conducta, la acción u omisión de las personas que van a ser sancionadas.
- B. En la redacción legislativa y también en el control jurisdiccional se deben de excluir los tipos penales que contengan formas eminentemente valorativas, es decir que no puedan ser verificables.
- C. La tipicidad tiene que observar la redacción normativa de los elementos objetivos, la claridad, coherencia y objetividad, asimismo cumplir con la irretroactividad, impedir leyes penales abiertas y en blanco así como con la exclusión de la analogía.
- D. El derecho penal en la tipicidad debe ser completo, es decir no acudir a ningún otro ordenamiento jurídico sea así de la misma naturaleza o de naturaleza inferior.
- E. El Código Penal al establecer la palabra “expresamente” en su artículo 1 referente al Principio de Legalidad, conlleva claridad, estrictividad y taxatividad, lo que hace que no sea cualquier redacción, o simple descripción de los delitos, que estén descritos expresamente implica que cumpla con ese rigor.
- F. Que estén expresamente descritos los delitos y las faltas en la ley, conlleva que su redacción sea clara y esa claridad implica una exclusión de imprecisión e indeterminación es decir que la norma jurídica sea suficiente.
- G. Se piensa de modo superficial que se actúa en un Estado de Derecho que reconoce el principio de Legalidad, pero en la realidad tenemos un sistema normativo que no lo desarrolla como tal.

H. El principio de legalidad es el principio piramidal del Derecho Penal, así que su exigencia tiene que ser mediante los estándares más elevados, porque es precisamente este el que determina la legalidad o ilegalidad de todo el proceder en el ámbito de la justicia penal.

V. BIBLIOGRAFÍA

- A. Corte de Constitucionalidad. Guatemala. Sentencia de fecha 17 de septiembre de 1986. Expediente No. 12-86. Página 11. Gaceta No. 1.
- B. Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. México: 2015.
- C. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Capítulo II. Modelos de Derecho Penal. Editorial Trotta. Madrid 1995.
- D. Anteproyecto de la Comisión Especifica Revisora del Congreso de la República de Guatemala, del Proyecto formulado por el Licenciado Menéndez de la Riva. De fecha 3 de noviembre de 1972.
- E. Gaceta de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 10 de julio de 1978, Segundo Semestre.

Legislación:

- A. Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala.
- B. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73. Código Penal.
- C. Constitución Política de la República de Nicaragua.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA ESFERA PROCESAL DEL DERECHO PENAL. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LOS TRIBUNALES AD-HOC

*Martha Vanessa Faillace Cantoral.
Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente, Quetzaltenango.*

TABLA DE CONTENIDO:

I. Introducción. II. Desarrollo. III. Breve Análisis de Violación al Principio de Legalidad Procesal. A) Juzgados de competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo. B) Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente Para Diligencias Urgentes de Investigación. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

El principio de Legalidad no solo debe ser observado en los delitos y penas, sino también en el ámbito procedimental. El objetivo del presente análisis es determinar si existe o no violación al principio de legalidad en la esfera procesal, en los Juzgados y Tribunales de Mayor Riesgo, así como en el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente para Diligencias Urgentes de investigación. Así mismo es conveniente determinar si los juzgados y tribunales a los que anteriormente se hacen referencia, se pueden considerar o no como tribunales Ad-Hoc, tomando en cuenta que se les prorroga competencia y se apartan del principio de Juez Natural.

Alberto M Binder, en su libro *Introducción al Derecho Procesal Penal*, hace la pregunta ¿qué es el proceso penal? Puede ser respondida de diversos modos. Es posible dar una respuesta descriptiva y así el proceso penal aparecerá simplemente como un 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 compruebe, establecer

la cantidad, calidad y modalidades de la sanción.⁴⁷ De la definición anterior y en observancia al principio de legalidad, dicho conjunto de actos deben estar previamente establecidos en la ley, pero no solo eso, deben ser claros y precisos. Cabe hacer notar que el artículo 12 de la Constitución Política de la República, en su párrafo segundo, establece el principio de legalidad procesal o debido proceso, al establecer: “(...) Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.”⁴⁸

II. DESARROLLO.

Es preciso analizar de inicio algunos preceptos que nos permitirán desarrollar el presente tema: “El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades competentes para llevarlo a cabo, ni ellas en combinación con el imputado y su defensor, aun cuando se propongan observar -y de hecho lo hagan- las garantías de seguridad individual previstas en la ley suprema. Al contrario, se debe tratar de un procedimiento jurídico, esto es, reglado por la ley, que defina los actos que lo componen y el orden en él que se deben llevar a cabo.”⁴⁹

El catecismo Constitucional, indica que todos los habitantes de Guatemala, que por alguna razón tengamos que ser llevados ante un tribunal que deberá ser de los tribunales ordinarios establecidos por la Constitución y las leyes.⁵⁰

En cuanto a la Justicia especializada, en un artículo publicado por el Ministro de Defensa de Colombia, el jurista y político Juan Carlos Esguerra indica: “Uno de los principios fundamentales del derecho era que lo que se juzga es el delito, no el delincuente. Y la especialización de la justicia en distintas ramas penal, civil, administrativa se refería al tipo de delito, y no a la profesión del presunto delincuente. El control corporativo de los profesionales por su propio gremio de los militares, de los periodistas, de los juristas no sustituye a la justicia, sino que, en el mejor de los casos, se suma a ella.”⁵¹

⁴⁷ Binder, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2 edición. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires Argentina, 2009, pp 53

⁴⁸ Constitución Política de la República de Guatemala.

⁴⁹ Maier Julio B. Derecho Procesal Penal. Pp 489

⁵⁰ De León Carpio, Ramiro. Catecismo Constitucional, Institución del Procurador de los Derechos Humanos, 2016. Pp. 53

⁵¹ <https://www.semana.com/opinion/articulo/justicia-especializada/31250-3>

Con lo anterior debemos tomar en cuenta que al hablar de justicia especializada nos referimos a los tribunales militares por ejemplo y no a aquellos juzgados de jurisdicción ordinaria.

Por otra parte la figura del juez natural es una garantía que surgió en la antigüedad. Alberto M Binder, en su libro *Introducción al Derecho Procesal Penal*, indica: “La idea del juez natural, no sólo procuraba una imparcialidad fundada en el hecho de que el juez no respondiera a los intereses del monarca, del señor feudal o de algún sector poderoso de la sociedad.”⁵²

Es transcendental, en la actualidad rescatar esta garantía, porque es una forma de asegurar que la actuación de los jueces sea con independencia, observando las normas previamente establecidas, y no responder a intereses particulares, además que su actuar debe ser respecto a la competencia que el mismo legislador le ha otorgado a través de la ley. La mala interpretación y aplicación del Principio de Legalidad tiene repercusiones en las distintas ramas del ordenamiento jurídico guatemalteco, incluido el Derecho Penal que es el objeto de nuestro estudio. Desde el ámbito procesal, en un Estado de Derecho, se asegura al sindicado el derecho a ser juzgado por un tribunal, un juez y procedimientos previamente establecidos.

Sin embargo, a lo largo de la historia observamos que la necesidad de un procedimiento que respete las garantías mínimas de los ciudadanos que se encuentran sometidos a juicio, ha sido de interés para todos aquellos que en el ejercicio del Derecho y la Justicia, buscan la protección de los derechos de los hombres. El primer ejemplo lo encontramos en la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215, por medio de la cual se otorgaron ciertas concesiones a los nobles ingleses. Y si bien es cierto, no constituye específicamente la observación al principio de legalidad procesal penal, si se considera un punto de partida para el reconocimiento del principio, al formular en su cláusula 39 lo siguiente: “Ningún hombre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes ni puesto fuera de la ley ni desterrarlos o privarlo de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.”⁵³

⁵² Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2 edición. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires Argentina, 2009, pp 141

⁵³ Ermoquisbert.tripod.com/pdfs/cm.pdf.

Con lo anteriormente manifestado, es fácil determinar que el principio de legalidad procesal no es propio del Derecho Penal, sino por el contrario somete a cada una de las ramas del Derecho.

Cesar Bonesana, conocido como el Marqués de Beccaria, en 1764, cuando tenía 26 años, por primera vez hace referencia al Principio de Legalidad en el ámbito penal, al escribir su libro “Tratado de los Delitos y de la Penas”. El principio de Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege merece una consideración especial por parte de Beccaria que se traduce en unas cuantas palabras que son la más clara exposición que se puede hacer de aquel principio: “Son las leyes únicamente las que pueden decretar penas respecto a los delitos, y el juez nunca debe ser habilitado para usurpar la potestad del legislador. Su obra debe ser un silogismo perfecto cuya posición mayor es la ley, la menor es el hecho que está resolviendo, y la conclusión debe ser la libertad del acusado o la pena”.⁵⁴

Existen antecedentes históricos sobre el tema, específicamente dos acontecimientos ocurridos en el siglo XX que condicionan la situación actual en lo que respecta al principio de legalidad procesal. El primero de ellos son los tribunales conformados después de la Segunda Guerra Mundial y que juzgan y condenan a dirigentes nacionalistas por crímenes de guerra y delitos contra la humanidad. El segundo lo constituye la declaración de los Derechos Humanos, con lo que se establecía una base en principio aceptada por todos los Estados para construir sobre ella un contenido material que condiciona la soberanía del Estado.⁵⁵

Es preciso referirnos a uno de los dos sucesos que nos antecede, en relación a los que se les conoce como los “Juicios de Nuremberg”. Respecto a ellos en el libro “La Justicia y las Atrocidades del pasado, Teoría y Análisis de la Justicia transicional”, se cita: “Durante los juicios de Nuremberg, e incluso después de su finalización, uno de los temas centrales a debatir fue la interpretación que podría hacerse de estos juicios. En clave jurídica, lo que se debatía es si, por contrario se trataba de juicios que desconocían principios tan caros a la tradición penal liberal de la modernidad como el nullum crimen nulla poena sine preavia lege”.⁵⁶

En relación al tema de los Juicios de Nuremberg, es fundamental referirnos a que estos fueron creados al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la finalidad de juzgar y condenar a los Nazis por la gravedad de los sucesos que habían acontecido durante la Segunda Guerra Mundial. La contrariedad en este caso es que antes que se realizaran

⁵⁴ Bonesana, Cesar. Marqués de Beccaria. Tratado de los Delitos y de las Penas. Editorial Heliata S.R.L., Argentina 1993. Pp 36

⁵⁵ Perez Cepeda, Ana Isabel, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, pp. 24 y 25.

⁵⁶ Ricon Covelli, Tatiana. Rodriguez Zepeda Jesús. La Justicia y la Atrocidades del Pasado Teoría y Análisis de la Justicia transicional. Miguel Antel Porrúa. México 2012.

los Juicios de Núremberg no existían previamente establecidos ni los delitos, ni los tribunales, ni el proceso a seguir en estos casos en específico.

Las críticas a los Juicios de Núremberg se basan fundamentalmente en que los cargos contra los acusados solo fueron definidos como crímenes después de ser cometidos, y por tanto, el juicio había de ser nulo. Los Juicios vendrían a ser una especie de justicia de vencedor, como fueron calificados por algunos expertos.⁵⁷ Se atentaba así, de manera aparatosa contra el Principio de la no Retroactividad de las Leyes (ex post facto) y el Principio General de la ley penal nullum crimen, nulla poena sine previa lege penali.⁵⁸

Sobre este punto me permito compartir a forma de reflexión un pensamiento expresado por el ilustre profesor Erick Juárez⁵⁹ dentro de las sesiones de la Comunidad Jurídica de Occidente, parafraseándolo: “En ocasiones hay decisiones justas que vulneran el principio de legalidad; pero, si la justicia se legitima en el respeto irrestricto del principio de legalidad –sustantivo y procesal–, nunca podrá ser legítima la decisión que irrumpe tal principio.”

Como antes se apuntó, en Guatemala a través del artículo 12 de la Constitución Política⁶⁰, se garantiza a sus ciudadanos la observancia y aplicación del principio de legalidad tanto en ámbito penal como procesal penal. Por su parte diversos instrumentos internacionales han reconocido principios y garantías para la protección de los derechos humanos, tanto a nivel regional como universal, de los cuales no podemos apartarnos. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, en cuanto a la protección del principio de legalidad, es definitivo al reconocerlo, en el artículo 8

⁵⁷ Cayuela Fernandez, José Gregorio y Gabaldon Pacheco, Rafael Eduardo, Coordinadores. Los Juicios al Nazismo, Núremberg La Segunda Guerra Mundial en el espejo de la catástrofe. Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha, Cuenca 2018, España. Pp. 43

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Coordinador General y fundador de la Comunidad Jurídica de Occidente.

⁶⁰ Constitución Política de la república de Guatemala

numeral 1.⁶¹ Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantiza dicho principio en el numeral 1 del artículo 14.⁶²

En la sentencia emitida por Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1942-2015 de fecha cuatro de agosto de dos mil quince, en el considerando III se establece que:

“El principio o derecho al juez natural garantiza que solo la ley puede instituir jueces dotados de jurisdicción y competencia, quienes están facultados para conocer de las causas en forma objetiva, funcional o territorial. En armonía con este principio, el artículo 12 constitucional establece que ninguna persona podrá ser condenada ni privada de sus derechos, sin haber sido citada, oída y vencida en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido; asimismo, no podrá ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente. El citado principio se yergue entonces como garantía formal y material a los derechos de defensa y del debido proceso, cuyo objeto es impedir que las personas sean sometidas a encausamiento arbitrario por medio de jueces o tribunales ad hoc.”

En ese orden de ideas, la potestad de aplicar la ley en los procesos penales corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales ordinarios o especializados establecidos por la ley con anterioridad al hecho de la causa, siendo inadmisibles el desplazamiento de las reglas permanentes de competencia para sustraer al acusado del juez que se encuentra dirimiendo la causa y someterlo a tribunales de excepción, itinerantes o ad-hoc (jueces ex post facto).⁶³

Los órganos jurisdiccionales desempeñan un rol central al asegurar el debido proceso y la observancia del principio de legalidad. La jurisdicción general tiene competencia para

⁶¹ Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, 1969

⁶² Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶³ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo expediente 1942-2015. Sentencia de fecha cuatro de agosto de 2015. Pp 6-8.

conocer de asuntos civiles, penales, laborales, administrativos etc, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, y para ello cuenta con un conjunto de normas que establece los procedimientos a seguir en cada rama del Derecho, y así el Estado protege los derechos de los hombres en cuanto a ser juzgados por un procedimiento previamente establecido en la ley.

Para el ámbito penal, el Código Procesal Penal Guatemalteco, es específico al regular en su artículo 40, que la competencia penal es improrrogable⁶⁴. Si bien es cierto, el artículo 94 de la Ley del Organismo Judicial, otorga potestad a la Corte Suprema de Justicia para determinar la sede y distrito que corresponde a cada juez de primera instancia así como fijar su competencia por razón de la materia, cuantía y territorio,⁶⁵ se debe considerar que debe prevalecer lo establecido en el Código Procesal Penal, toda vez que se trata de una norma que específicamente trata la esfera penal.

Por lo anteriormente relacionado, se considera que debe existir por parte de Corte Suprema de Justicia, un análisis y estudio previo sobre la posibilidad de ampliar o usurpar la competencia en el ámbito penal al crear cierto tipo de órganos jurisdiccionales, ya que en muchas ocasiones tal actuar se contrapone a disposiciones previamente establecidas que entran en contradicción; además del hecho que carecen de validez tomando en cuenta que un acuerdo o reglamento nunca será superior a la ley ordinaria.

En el caso de Guatemala se han creado juzgados y tribunales, aduciendo la existencia de una jurisdicción especializada; y por ende, debe entenderse que en dichos órganos jurisdiccionales deben tener conocimientos y experiencias específicas en el área particular del Derecho en el que se van a aplicar, esto no necesariamente puede considerarse como una verdad absoluta o garantizarse de modo alguno.

III. BREVE ANÁLISIS DE VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL.

A) JUZGADOS DE COMPETENCIA PENAL EN PROCESOS DE MAYOR RIESGO:

Al analizar el Decreto número 21-2009 del Congreso de la República “Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo”,⁶⁶ de la lectura de los considerandos se establece que se busca mantener la independencia de la justicia a través de la

⁶⁴ Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

⁶⁵ Ley del Organismo Judicial

⁶⁶ Decreto 21-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Competencia Penal de Mayor Riesgo.

seguridad de jueces, magistrados, fiscales y auxiliares de justicia; además de considerar que la libertad de la justicia penal, es especialmente vulnerable al empleo de la fuerza física, amenazas, intimidaciones u otras formas de coacciones, y que ello puede influir en el comportamiento de quienes imparten justicia. Sin embargo, mi criterio sostiene que no pueden aislarse dichas circunstancias únicamente en quienes recae la competencia de asuntos de mayor riesgo, porque todos los juzgadores y personas que integran el sistema de justicia son vulnerables a padecer algún tipo de amenaza en el cumplimiento de su actuar judicial.

El artículo 3 del decreto previamente citado, indica que delitos se consideran de mayor riesgo para los fines de dicha ley. En este caso vemos una clara violación al principio de legalidad, porque vulnera la garantía de juez natural, toda vez que previamente ya existía un juez con competencia para conocer en dichas causas, porque ninguno de los artículos del Decreto 21-2009 del Congreso de la República, regula que este tipo de procesos se van a tramitar de una manera distinta a la previamente establecida en el código Procesal Penal, únicamente nos remite a una disposición que indica que el Fiscal General debe solicitar ante la Corte Suprema de Justicia por medio de la Cámara Penal, cuya resolución decidirá si la misma es competencia de los Juzgados de Mayor Riesgo o por si lo contrario se conocerán y tramitaran en un Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente (de competencia ordinaria).

Debemos entonces preguntarnos cuáles son los presupuestos que se evalúan por parte de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia para tomar la decisión de si el sujeto procesal “imputado”, representa o atenta contra la seguridad de quienes conforman el sistema de justicia, o si por el contrario con esa decisión nos enfrentamos a la percepción de Derecho Penal del Enemigo expuesta por Günther Jakobs y Manuel Cancio Melia en su libro *Derecho Penal del Enemigo*,⁶⁷ al crear un grupo de jueces para conocer y resolver asuntos considerados “de peligro”; esto, porque en la realidad guatemalteca

⁶⁷ Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho Penal del ciudadano y al Derecho Penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más de tedio—Derecho penal del ciudadano—se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros —Derecho penal del enemigo—, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano. Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros. Cancio Melia, Günther Jakobs Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, España 2003, pp. 21, 22.

existe un alto índice de vulnerabilidad contra jueces, magistrados, auxiliares judiciales y no solo con jurisdicción penal.

Alberto M. Binder en su libro “Introducción al Derecho Procesal Penal”, cita: “Por tal razón, no basta con que exista un juicio previo con las características que le hemos asignados, con que se establezca como regla general el principio de inocencia, con que se establezca la necesaria predeterminación legal del Juez.”⁶⁸ De lo anterior, se establece que se violenta el principio de legalidad, porque no se respeta la predeterminación del Juez natural, por el contrario, es la Corte Suprema de Justicia a través de la Cámara Respectiva la que decide quien conocerá del proceso.

B) DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE PARA DILIGENCIAS URGENTES DE INVESTIGACIÓN:

Este juzgado fue creado a través del Acuerdo número 38-2015 de la Corte Suprema de Justicia⁶⁹, su primer considerando indica que es necesario concentrar a los jueces con la finalidad de no interrumpir la celeridad procesal en los casos que los juzgadores tienen a su cargo; y que garanticen la práctica de todas aquellas solicitudes unilaterales de actos urgentes de investigación, diligencias de prueba anticipada, así como los medios de investigación que sean requeridos, ordinarios y/o especiales, para ser efectuados en cualquier lugar del territorio nacional, procurando una justicia pronta y cumplida.

A través del acuerdo 7-2016 de la Corte Suprema de Justicia, se adicionó el último párrafo al artículo 1 del Acuerdo 38-2015 de la Corte Suprema de Justicia, en el que se establece: “(...) Asimismo, sin perjuicio de la competencia que corresponda a otros órganos jurisdiccionales, podrá autorizar todos los actos urgentes de investigación que se le requieran para ser practicados en cualquier lugar del territorio nacional. En ningún momento la prórroga de la competencia otorgada a los jueces del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente para Diligencias Urgentes de Investigación, podrá interrumpir el procedimiento que se siga ante otro órgano jurisdiccional o afectar la competencia material, territorial o funcional de los jueces con competencia en materia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, debiendo remitir todo lo actuado, al momento en que la diligencia solicitada sea finalizada”.

Dicha adición deja abierta la posibilidad para que el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente para Diligencias Urgentes, autorice actos urgentes de investigación, sin embargo al tenor del tema que nos ocupa, logramos

⁶⁸ Binder, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2 edición. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires Argentina, 2009, pp 145.

⁶⁹ Acuerdo número 38-2015 de la Corte Suprema de Justicia.

establecer que la misma, no es una norma específica, ni clara porque deja a discrecionalidad del juzgador decidir sobre la urgencia o no del acto de investigación solicitada, además de ello estimo que si bien la norma es considerada como preestablecida, también lo es, que violenta el principio de legalidad, en virtud que dicha competencia se contrapone con lo que regula el artículo 40 del Código Procesal Penal ya referido.

Aunado a lo anterior no podemos dejar de mencionar que el artículo 308 del mismo cuerpo legal, establece en su parte conducente: “Autorización. Los jueces de primera instancia y donde no los hubiere, los de paz, apoyaran las actividades de investigación de la policía y de los fiscales del Ministerio Público cuanto estos lo soliciten, emitiendo, si lo hubiere lugar a ello, las autorizaciones para las diligencias y medidas de coerción o cautelares que procedan conforme a la ley, los jueces resolverán inmediatamente y de manera motivada las solicitudes que le sean formuladas.⁷⁰

En ese orden de ideas, es oportuno agregar además que la Corte Suprema de Justicia, creó los Juzgados de Turno, quienes tienen una jornada de veinticuatro horas, los trescientos sesenta y cinco días del año, siendo estos los competentes para autorizar aquellas diligencias solicitadas fuera del horario ordinario de labores, siempre que las mismas sean debidamente justificadas, por parte de quien las solicite, a efecto que sean autorizadas por el juez respectivo.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en lo que establece el artículo 52 de la Ley contra la Delincuencia Organizada⁷¹, que establece la competencia de los Juzgados de Primera instancia Penal de la circunscripción territorial para la autorización de las interceptaciones telefónicas, de donde se haya cometido o se esté planificando la comisión de delitos, o incluso a los propios Jueces de Paz de dichos territorios. Por el contrario el acuerdo de la Corte Suprema de Justicia número 38-2015, dota de competencia a un solo Juzgado para conocer las solicitudes presentadas en todo el territorio nacional, lo cual a todas luces vulnera la normativa ordinaria antes citada (norma de rango superior) y genera problemas jurídicos y hasta ilegalidad en los medios de prueba que se obtienen derivado de una orden emitida por un juez incompetente, ya que usurpa el ámbito de competencia del juez natural y preestablecido.

A lo anterior debe agregarse que no existen mecanismos de control que aseguren que las solicitudes unipersonales presentadas por la parte interesada en la autorización de actos urgentes de investigación, no se dupliquen o caso contrario, contravengan lo ya resuelto por el juzgado que contrala la investigación, y sea éste órgano con

⁷⁰ Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

⁷¹ Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto Número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala

jurisdicción especializada un medio para beneficiarse con esas resoluciones en fraude de la propia ley, tomando en consideración incluso que éste órgano jurisdiccional se ha convertido en la mayoría de los casos en un simple emisor de autorizaciones y aprehensiones a pedido del ente fiscal.

IV. CONCLUSIONES.

- El principio de legalidad enfocado en el ámbito procesal debe garantizar una defensa del ciudadano frente al Estado. Asimismo debe proteger la seguridad jurídica y la libertad general de acción; por tanto debe indicarse al ciudadano con claridad y precisión cuales son las normas procesales que rigen el proceso penal. La aplicación de dichas normas, tienen su razón de ser, se constituyen en una secuencia de pasos lógicos y ordenados que permiten llegar a un fin, que en materia penal, sería dictarse la resolución correspondiente que declare la responsabilidad penal del imputado, o en su caso la absolución, a lo que principalmente debe agregarse el conseguir una tutela judicial efectiva y responder a las legítimas pretensiones de los sujetos procesales. (Art. 5 CPP).
- Es indispensable reconocer que el principio de legalidad procesal, está conformado de la siguiente manera: 1. Debe tratarse de Tribunales preestablecidos. 2. Jueces preestablecidos. 3. Procedimientos preestablecidos y 4. Deben eliminarse actos fuera de la esfera de la legalidad.
- El Congreso de la República en su condición de legislador tiene el deber de describir con precisión y claridad los hechos, acciones u omisiones constitutivos de delitos así como las penas a imponer (Principio de Legalidad Sustantiva); así como establecer los procedimientos a través de los cuales se investigara y juzgará a los imputados, y las autoridades competentes para la sustanciación de los mismos (Principio de Legalidad Procesal). El respeto al principio de legalidad se considera una evidencia de la existencia del Estado de Derecho.
- Los jueces tienen el deber de aplicar las leyes y en materia procesal, el proceso se constituye en el método legalmente establecido para administrar justicia, por lo que la observancia al principio de legalidad procesal conlleva el desarrollo por parte del Juez de lo que podría denominarse un juicio justo.
- De lo analizado en el presente artículo, puede indicarse que los Juzgados y Tribunales de Mayor Riesgo, así como el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente para Diligencias Urgentes de Investigación, pueden ser considerados como Tribunales Ad-Hoc, ya que los mismos fueron creados y se les otorgó ilegítimamente competencia que ya estaba previamente establecida en los Juzgados de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra del Ambiente, su creación riñe con los aspectos

prácticos del Principio de Legalidad Procesal, vulnerando con ello la condición del Juez Natural y preestablecido.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- Binder, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2 edición. AD-HOC S.R.l. Buenos Aires Argentina, 2009.
- Bonesana, Cesar. Marqués de Beccaria. Tratado de los Delitos y de las Penas. Editorial Heliata S.R.L., Argentina 1993
- Cancio Melia, Günther Jakobs Manuel, Derecho Penal del Enemigo. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, España 2003.
- Cárdenas Rioseco, Raúl F. El Principio de Legalidad Penal. Editorial Porrúa S.A. México 2009.
- De León Carpio, Ramiro. Catecismo Constitucional. Institución del Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala 2016.
- Perez Cepeda, Ana Isabel, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.
- Ricon Covelli, Tatiana. Rodriguez Zepeda Jesús. La Justicia y la Atrocidades del Pasado. Teoría y Análisis de la Justicia transicional. Miguel Antel Porrúa. México 2012.

LEYES, ACUERDOS Y JURISPRUDENCIA

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, 1969.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Decreto 21-2009 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Competencia Penal de Mayor Riesgo.
- Ley del Organismo Judicial.
- Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto Número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala.
- Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
- Acuerdo número 38-2015 de la Corte Suprema de Justicia.

- Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo expediente 1942-2015. Sentencia de fecha cuatro de agosto de 2015

PAGINAS DE INTERNET:

- Ermoquisbert.tripod.com/pdfs/cm.pdf.
- <https://www.semana.com/opinion/articulo/justicia-especializada/31250-3>

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA ESFERA EJECUTIVA DEL DERECHO PENAL. PLAN INDIVIDUALIZADO DE LA SANCIÓN IMPUESTA.

*Sergio Adolfo Pastor Alvarez
Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente, Quetzaltenango
Laborante del Sistema Judicial*

TABLA DE CONTENIDO: I. Introducción. II. Regulación del principio de legalidad en la legislación guatemalteca. III. Consideraciones generales del decreto número 33-2006 del Congreso de la República, “Ley de Régimen Penitenciario.” IV. Perspectivas que fundan el principio de legalidad en la ejecución de las penas. V. Principio de legalidad en la ejecución de las penas, versus el Régimen Progresivo y la Redención de Penas de la Ley de Régimen Penitenciario. VI. Conclusiones. VII. Propuesta. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

El desarrollo del presente artículo académico, tiende a determinar el análisis y consideración del principio de legalidad en la esfera exclusiva de la ejecución de las penas y las distintas vertientes que la determinan, consecuentemente no se analizará una perspectiva general del principio de legalidad, cuyo conocimiento siempre devendrá esencial, pero se enfocará en la importancia y vicisitudes prácticas desde la perspectiva de la ejecución penal.

Es así como se ha visualizado con carácter de imprescindible el estudio del principio de legalidad desde el ámbito de la ejecución penal, considerando dicho tratamiento y estudio como un aspecto de particular importancia en el estudio íntegro de la legalidad, toda vez que no puede argüirse el principio de legalidad únicamente en los eslabones de delito, pena, proceso, sino que debe realizarse un entrelazamiento del mismo con la ejecución de la pena, toda vez que el ámbito de la ejecución de las penas, constituye un

eslabón perdido en el estudio del derecho penal, cuyo tratamiento se ha relegado a un último plano, cuando en realidad el éxito de una adecuada ejecución de penas y la consecuente readaptación social y reeducación de los reclusos depende de una adecuada etapa de ejecución penal.

En tal razón, se hace indispensable considerar aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y prácticos derivados de la forma de consideración del principio de legalidad en el entorno jurídico guatemalteco y su consecuente praxis analizada desde dos escenarios, el primero en esbozar la normativa vigente y deducir hasta qué punto ha sido regulado el principio de legalidad en la etapa de ejecución de las penas dentro de la normativa actual y el segundo escenario respecto a cuál ha sido la aplicación que del mismo se realiza dentro de la jurisdicción de ejecución penal.

II. REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA.

Considerando la regulación constitucional relativa al principio de legalidad, podemos centrarnos en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que concretamente se refiere al principio de legalidad del delito y de la pena, por su parte la legislación sustantiva penal regula la legalidad en el artículo 1, que en el mismo sentido puede deducirse como referencia de legalidad del delito y de la pena, así mismo el Código Procesal Penal es más taxativo en su regulación, toda vez que el artículo 1 de éste cuerpo normativo, refiere la legalidad de la pena (*Nullum poena sine lege*), y el artículo 2 del mismo, regula el principio de legalidad del proceso (*Nullum proceso sine lege*), es así como en la Constitución de la República de Guatemala y en las disposiciones ordinarias del Código Penal y Procesal Penal se determina con absoluta claridad la regulación del principio de legalidad del delito, la pena y el proceso; sin embargo, ciñéndonos en la búsqueda del fundamento del principio de legalidad de la ejecución de la pena, sin análisis profundo podríamos indicar que el artículo 19 de la Constitución de la República refiere contenido del sistema penitenciario; sin embargo éste no debe ser confundido en su contenido, toda vez que el mismo es una disposición constitucional que tiende exclusivamente a determinar los fines de la pena, no siendo éstos de ninguna manera análogos en relación a considerar el principio de legalidad en la ejecución de la pena.

Por otra parte la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 11 numeral 2 establece: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”*. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su artículo 9 regula el Principio de Legalidad y de Retroactividad; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15 regula lo relativo al principio de Legalidad. Del contenido de éstos artículos se puede afirmar que en los mismos se refiere al principio de legalidad tanto del delito, de la pena como del proceso, sin embargo continúa la problemática en cuanto a fundar directamente una regulación relativa a la legalidad en la ejecución de la pena.

Visualizando el amplio espectro determinante del principio de legalidad, su existencia viene a ser tan indispensable e importante para el Derecho Penal, como lo es el concepto mismo de pena si a términos análogos de comparación se hace referencia, esto derivado que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado en sentencias proferidas, ese amplio bagaje determinante de la legalidad, en los siguientes términos:

(...) el principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1) de la garantía criminal, 2) de la garantía penal, 3) de la garantía jurisdiccional, 4) de la ejecución penal, 5) de irretroactividad y prohibición de la retroactividad favorable, 6) de prohibición de la analogía, 7) de reserva de ley y de ley orgánica, 8) de la proporcionalidad o conmensurabilidad de la pena, 9) de prohibición de la creación judicial del derecho, 10) de la no indeterminación de la ley, 11) de la reforma peyorativa de la sentencia o reformatio in peius, etc.⁷²

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de Mayo de 1999. Página 40.

El numeral 4 de la afirmación transcrita, refiere el despliegue de la legalidad a la ejecución penal, afirmándose así la esencial importancia que reviste el principio de legalidad en la ejecución de la pena y que ha sido directamente determinada por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la sentencia citada. Por su parte, Roxin afirma: “Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de “prohibiciones”, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas.”⁷³

III. CONSIDERACIONES GENERALES DEL DECRETO NÚMERO 33-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA “LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.”

Como se ha venido afirmado, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco no existe disposición expresa que refiera el principio de legalidad en la ejecución de la pena, en este sentido debe analizarse el contenido de la ley del Régimen Penitenciario, decreto número 33-2006; que en su artículo 5 establece:

“Legalidad. Toda política y actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, la presente Ley, y los reglamentos emitidos de conformidad con la misma y las sentencias judiciales. Nadie podrá ingresar a un centro penal, en calidad de detenido, sin orden de juez competente. Los actos que quebranten estos límites, serán nulos y sus autores incurrirán en responsabilidad de acuerdo con la legislación vigente. Ningún funcionario podrá restringir un derecho fundamental o imponer una medida disciplinaria, si tal restricción o sanción no se encuentra previamente reguladas por la ley.”

⁷³ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Editorial Civitas, S.A. Año 1997. Página 140.

Del artículo transcrito cabe plantear la siguiente interrogante: ¿Constituye ésta la regulación del principio de legalidad de la ejecución de la pena?, para responder a la misma debe desentrañarse el contenido del artículo y para el efecto determinar:

En principio el artículo citado refiere: *“Toda política y actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, la presente Ley, y los reglamentos emitidos de conformidad con la misma y las sentencias judiciales. (...)”*. Dicha parte del contenido de la disposición del artículo 5 de la Ley de Régimen Penitenciario no es determinante en definir la legalidad en la ejecución de la pena, toda vez que viabiliza una función abierta de remisión a otras normas jurídicas tales como la Constitución de la República, tratados y convenios ratificados por Guatemala, la misma ley de Régimen Penitenciario y los reglamentos y sentencias judiciales; sin embargo, se ha evidenciado que ni el artículo 19 de la Constitución Política de la República, que se centra exclusivamente en determinar los fines de la pena, tópico distinto a la legalidad en la ejecución de la misma, y ningún tratado o convenio, legislación penal o procesal penal, determina taxativamente la legalidad en la ejecución de la pena, caso contrario a la legalidad del delito, la pena y el proceso, cuya regulación es precisa y consecuentemente de efecto vinculante ineludible en el desarrollo de la Ciencia Penal.

Sin embargo, el principio de legalidad de la ejecución de la pena, no corre la misma suerte, toda vez que en el ámbito nacional y latinoamericano no existe un desarrollo teórico y jurídico del contenido de la legalidad de la ejecución de la pena, deficiencia con efectos nocivos para el sistema penal, pero sobre todo para el condenado, que es quien directamente sufrirá las consecuencias surgidas de la ausencia de regulación de legalidad en la ejecución de las penas, en virtud que de la ejecución de la pena y de la consecuente observancia de la legalidad en la misma, devendrá el éxito o fracaso en el cumplimiento de los fines de la pena.

Seguidamente, el artículo 5 de la Ley del Régimen Penitenciario continúa prescribiendo: *“(...) Nadie podrá ingresar a un centro penal, en calidad de detenido, sin orden de juez competente. Los actos que quebranten estos límites, serán nulos y sus autores incurrirán en responsabilidad de acuerdo con la legislación vigente”*; el contenido del mismo es

congruente con la regulación del artículo 10 de la Constitución de la República; sin embargo, del mismo no puede deducirse referencia directa del principio de legalidad de la ejecución de la pena.

Finalmente, el artículo citado señala: “(...) *Ningún funcionario podrá restringir un derecho fundamental o imponer una medida disciplinaria, si tal restricción o sanción no se encuentra previamente reguladas por la ley.*”; al respecto es indispensable considerar que tal regulación determina que no podrá restringirse un derecho fundamental o imponer una medida disciplinaria, si la misma previamente no se encuentra regulada por la ley, cumpliendo con los presupuestos para afirmar la existencia de un principio de legalidad; sin embargo, en éste caso no puede afirmarse que se trate de legalidad en la ejecución de la pena, toda vez que los actos de restringir derechos fundamentales o imposición de medidas disciplinarias, constituye actos propios de la función penitenciaria, condición que debe diferenciarse en sentido per se de las actuaciones que conllevan la ejecución penal, toda vez que ésta última deviene de un acto jurisdiccional realizado por juez competente, en irrestricto cumplimiento de su deber y observancia de las disposiciones legales aplicables y de la sentencia correspondiente.

Consecuentemente, los actos del Régimen Penitenciario, que son los referidos en la última parte del artículo que se analiza constituiría lo que podríamos llamar una legalidad administrativa, en este sentido la respuesta a la interrogante planteada inicialmente es que el artículo 5 de la Ley del Régimen Penitenciario no fundamenta la legalidad de la ejecución penal, sino que la misma se refiere a una legalidad administrativa, congruente con la esencia misma de la función penitenciaria, debiendo aunarse a ello el sentido de la estructura organizacional de la Dirección General del Sistema Penitenciario, que conforme al artículo 35 del decreto 33-2006 determina: “(...) *La Dirección General del Sistema Penitenciario depende directamente del Ministerio de Gobernación y estará a cargo de un Director General (...)*”. Determinándose así, que es una dependencia del Ministerio de Gobernación y que ésta última a su vez es un ministerio del Organismo Ejecutivo, confirmando que la función realizada por el sistema penitenciario reviste un carácter eminentemente administrativo.

IV. PERSPECTIVAS QUE FUNDAN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS.

Trayendo a colación otro punto objeto de discusión dentro del desarrollo del principio de legalidad en la ejecución de las penas, debe considerarse un principio que funda la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, siendo este el de la Supremacía Constitucional y al respecto se debe hacer referencia a Adolf Julius Merkl⁷⁴ destacado discípulo de Kelsen⁷⁵ y verdadero artífice de la teoría de la jerarquía normativa de la que deriva el tratamiento de la denominada Supremacía Constitucional, jerarquía de la que deriva la organización sistemática de las normas jurídicas en constitucionales, ordinarias, reglamentarias e individualizadas; en tal sentido, en razón del principio de legalidad en la ejecución de las penas, debe traerse a discusión la existencia de las normas ordinarias y las individualizadas, considerando en la primera de ellas, que dentro de la normativa vigente y positiva existan normas jurídicas que fundamenten el principio de legalidad en la ejecución de las penas, sin embargo como se ha afirmado, dentro de la legislación guatemalteca no existe norma constitucional, ordinaria o reglamentaria que de manera taxativa determine tal circunstancia.

⁷⁴ “Adolf Julius MERKL nació el 23 de marzo de 1890 en Viena. Mantenía todavía Viena el encanto derivado de ser la capital del Imperio, aunque desde 1865 la debilidad del poder del emperador Francisco José I se había puesto ya de manifiesto en el exterior por las derrotas bélicas (...)”. Fuertes López, Mercedes. Adolf Julius Merkl: un jurista tan citado como desconocido. Revista de Administración Pública. Número 146, mayo-agosto 1998. Página 420.

⁷⁵ “KELSEN (1923: *xlvi*, *xlvi*). En esta obra señala KELSEN, “el mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema genético de normas que va concentrándose gradualmente desde la Constitución parando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos de ejecución corresponden a A. Merkl. En una serie de trabajos desarrolla Merkl esta teoría gradual del derecho como la teoría de la dinámica jurídica, la defiende energéticamente frente al prejuicio al que aún se aferra nuestra presente obra, del derecho contenido solamente en las leyes generales, dando un sentido relativo a la antinomia, plasmada y anquilosada en términos absolutos, de la ley, la ejecución, la creación y la aplicación del derecho, la norma general y la individual, la abstracta y la concreta.”. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, segunda edición, Aufl., übingen. (traducción española de W. Roces, Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, México: Porrúa, 1987. Citado por Cuenca Gómez, Patricia. Aspectos Claves de la Teoría del Derecho de Adolf J. Merkl. Revista Telemática de Filosofía del derecho. Número 17, 2014. Página 168.

Por otra parte viene el análisis en relación a las normas individualizadas, que en el caso de un proceso penal se materializa directamente en una sentencia proferida por el órgano jurisdiccional competente, siendo éste un Tribunal de Sentencia Penal, sea constituido en pleno o de manera unipersonal, pero que de manera indudable determina la culpabilidad del acusado y la determinación de la pena correspondiente, centrándose en éste caso en una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, toda vez que es la única que permite viabilizar el principio de legalidad en la ejecución de la pena.

En este sentido, la doctrina dominante⁷⁶ sostiene que el principio de legalidad en la ejecución de la pena, debe observarse desde la perspectiva de la existencia de una norma jurídica vigente y positiva, sea ésta norma constitucional u ordinaria, omitiéndose el hecho de la norma reglamentaria, toda vez que no tendría sentido valorar contenido del mismo, si al menos no contamos con una norma ordinaria que la funde, desarrollándose así el principio de reserva de ley en la ejecución de las penas; por otra parte una corriente minoritaria⁷⁷ sostiene que el fundamento para determinar el

⁷⁶ “Las exigencias derivadas del principio de legalidad se aplican en lo que concierne a la conducta delictiva, a la pena a ella vinculada, a la necesidad de proceso y a la forma de ejecución de la pena. Son lo que se conoce, respectivamente, como garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Como es evidente las cuatro consecuencias señaladas para el principio de legalidad no se pueden cumplir en la base de todas ellas no se encuentran una ley formal. La ley estricta, escrita, previa y cierta presuponen necesariamente la existencia de una ley que reúna todas estas características. Es la reserva de ley propia del derecho penal, pues solo ella se conciba en nuestro sistema jurídico-cultural como fuente creadora de delitos y de penas, así como norma determinadora de la función de ejecución de las penas privativas de libertad. Efectivamente la apreciación del principio, sus rasgos y coherencia deben contemplarse desde la perspectiva totalizadora del sistema penal. Ahí tienen cabida necesariamente las condiciones para el establecimiento del hecho infractor y su sanción, así como la declaración de responsabilidad por los Tribunales, pero igualmente se debe integrar coherentemente lo relativo a las normas e instituciones de ejecución”. Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Volumen XXXII, número 93. Julio/Diciembre 2011, Mata y Martín, Ricardo M. El Principio de Legalidad en el Ámbito Penitenciario. Página 137.

⁷⁷ “El debilitamiento del principio de legalidad en la ejecución: la teoría de las relaciones especiales de sujeción. La concepción de fondo del marco normativo en el que se inserta el sistema penitenciario resulta determinante para la solución de las distintas controversias jurídicas en este contexto. En múltiples ocasiones de conflictividad jurídica los Tribunales han acudido al recurso de las llamadas teorías de las relaciones especiales de sujeción. Estas fundamentarían

principio de legalidad en la ejecución de la pena lo constituye la sentencia en éste caso condenatoria y debidamente ejecutoriada, proferida por un órgano jurisdiccional competente y que sustenta el desarrollo del principio objeto de estudio en la ejecución de las penas, convirtiéndose así la sentencia en ley particular.

Bajo la lógica de que la sentencia se convierta en ley particular y sobre las consecuencias derivadas de ello, es importante tomar un punto referencial dentro de la legislación guatemalteca, y éste lo constituye el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, centrándose exclusivamente en la ejecución y control de las sanciones impuestas por el Juez de la niñez y adolescencia y adolescentes en conflicto con la ley penal, que conforme al artículo 214 liberal b) y 220 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se discutirá la idoneidad de la sanción, etapa en la que el juez se hará acompañar de un psicólogo y un pedagogo, constituyendo éste un equipo multidisciplinario con intervención directa sobre la sanción más idónea. Tomando como otro punto de referencia el contenido del artículo 256 de la Ley citada que establece:

Plan individual y proyecto educativo para el cumplimiento de la sanción y su ejecución. La ejecución de las sanciones se realizará mediante un plan individual de ejecución para cada adolescente sancionado, el plan será elaborado por el equipo técnico o profesional responsable del programa o unidad responsable de la ejecución de cada sanción.

El plan contendrá el proyecto educativo del adolescente y en el mismo se hará constar una descripción clara de los objetivos que se persiguen alcanzar y los pasos a seguir. En su elaboración se deberá tener en cuenta los aspectos personales, familiares,

un debilitamiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad como son la reserva de ley, el mandato de certeza y otras para ciertos ámbitos como sería el penitenciario. La teoría procede del derecho público alemán de finales del s. XIX y principio del XX en una fase histórica en la que se produce una pugna por el sometimiento de la actividad del Estado al Derecho. Un intento por escapar al control jurídico fue la de las relaciones especiales de sujeción, singularmente dirigidas a desvincular la actividad administrativa del sometimiento externo al Derecho al considerarla exclusivamente un ámbito interno del estado, especialmente en aquellos casos en los que se entiende que existe una vinculación más intensa del administrado con el poder público.” Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Ob. Cit. Página 140.

culturales, económicos y educativos del adolescente, así como los principios rectores de esta Ley y los objetivos que para el caso concreto el juez señale.

El plan se elaborará con la participación y compromiso del adolescente y, de ser posible, necesario y útil, con el de sus padres, tutores, responsables o familiares, quienes también deberán suscribirlo.

(...) El plan deberá ser elaborado para toda sanción impuesta, en un plazo no mayor de quince (15) días, contados a partir de que la sentencia esté firme. Es deber del juez que dictó la sentencia, velar por el cumplimiento del plan y de que, éste sea a resultado de la correcta interpretación de la sentencia. El juez deberá aprobar el plan y ordenará su ejecución; si el juez considera necesario hacer alguna modificación al mismo, antes del inicio de su ejecución, lo hará saber al equipo técnico o profesional responsable de la ejecución. Para la aprobación del plan, el juez deberá consultar a su equipo técnico y tiene un plazo no mayor de tres (3) días para resolverlo.

El artículo transcrito, regula lo relativo al plan individual y proyecto educativo para el cumplimiento de la sanción y su ejecución dentro del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, dicho plan individualizado, deriva de la propia sentencia proferida por el juez de la niñez y adolescencia y adolescentes en conflicto con la ley penal, y llegada la etapa de la ejecución de la misma, se dará especial intervención a un equipo técnico o profesional responsable de la ejecución de cada sanción, así como del propio adolescente sancionado y de ser posible, necesario y útil con la intervención de sus padres, tutores o responsables, contando posteriormente con la correspondiente aprobación del Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, luego de que la sentencia correspondiente se encuentre debidamente ejecutoriada y con base a las circunstancias que hubieren derivado del desarrollo del proceso correspondiente.

Este ejemplo de plan individualizado, constituye la más amplia aplicación del principio de legalidad en la fase de ejecución de la pena, toda vez que el cumplimiento de la pena impuesta, se traducirá en un plan verificado y aprobado por el propio juez sentenciador, distinto a lo que sucede en el proceso de adultos, donde las circunstancias relativas a la imposición de la pena son determinadas por el sistema penitenciario, circunstancia que en la práctica ha evidenciado un sin número de aristas susceptibles de discusión, de allí

se debe tomar la perspectiva que en el proceso penal de adultos, con el fin de llevar a la legalidad en la ejecución de las penas en su máxima expresión, sería oportuno que el propio juez sentenciador verifique y apruebe un plan individualizado para cada condenado, y que no sea el sistema penitenciario que de manera mecánica y sin determinar las circunstancias que rodean las circunstancias de cada condenado, de manera sistemática determine mecanismos de cumplimiento de condena, y en última opción en el ámbito jurisdiccional debe considerarse la opción de la intervención de los jueces de ejecución, siempre bajo la perspectiva del plan individualizado, pretendiendo con esto una intervención fundamental del ámbito jurisdiccional y minimizar en su máxima expresión la facultad administrativa con amplia e importante incidencia en el cumplimiento de las condenas penales.

Analizando otra perspectiva en relación al principio de legalidad en la ejecución de las penas, debe apreciarse el aspecto práctico en la ejecución de las penas, y sobretodo analizar la actitud del juez de ejecución, toda vez que en la práctica se ha observado la idea del juez de ejecución de poder inobservar o incumplir la sentencia emitida, bajo el argumento de no poder atender a circunstancias ilegales dentro de la sentencia correspondiente; sin embargo el juez de ejecución no se encuentra ante tal posibilidad, toda vez que no debe discutir o prejuzgar la misma, sino únicamente atenderla, siendo ésta la muestra de legalidad en la ejecución de la pena, toda vez que la facultad del juez de ejecución está dada en el ámbito de su competencia, y su ámbito es el proceso de verificación de cumplimiento de la sentencia, observando y darle vida a la parte dispositiva de la sentencia, siendo ésta la función exclusiva y no convertirse en juez revisor, como en algunas ocasiones se ha pretendido, constituyendo esto una arbitrariedad del juez de ejecución, al incumplir con el deber de ejecutar las penas establecidas en las sentencias ejecutoriadas; toda vez, que al encontrarse investida la sentencia de tal calidad, esto significa que las partes legitimadas dentro del proceso se encuentran conformes con la decisión proferida por el Juez de la causa, se puede deducir tal conformidad al ya no existir medios impugnativos pendientes de resolver, o bien que ya se hubieren agotado la totalidad de los mismos, ante tal realidad no puede conferirse legitimación al juez de ejecución, pretendiendo descender a temas de fondo del proceso, que en su momento oportuno fueron o pudieron haber sido discutido por las partes legitimadas para el efecto y que al insistir en la misma, podría devenir en una

vulneración de la independencia judicial, toda vez que cada juez en el ámbito de su competencia, resolverá conforme a las facultades que le corresponden, sin extralimitarse de las mismas, y de la misma manera limitar el conocimiento de los casos.

V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS, VERSUS EL RÉGIMEN PROGRESIVO Y LA REDENCIÓN DE PENAS REGULADOS EN LA LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Se ha determinado que el principio de legalidad en la ejecución de las penas, en el ámbito jurídico guatemalteco no tiene un fundamento directo, y que el contenido del artículo 5 de la Ley de Régimen Penitenciario, es susceptible de ser visualizado desde una perspectiva eminentemente administrativa. Es así como se ha idealizado una forma o sistema de ejecución de las penas, tomando como punto de referencia el proceso seguido en la fase de ejecución de adolescentes en conflicto con la ley penal, sin embargo, podría en un momento determinado surgir la siguiente interrogante: ¿Cuál es el sentido de la vigencia del Sistema Progresivo y la Redención de Penas, reguladas en la Ley de Régimen Penitenciario, en virtud de la propuesta que se realiza?

Al respecto es oportuno considerar, que efectivamente la Ley de Régimen Penitenciario, en su título IV regula lo relativo al Régimen Progresivo⁷⁸, si bien es cierto esta constituye normativa legal vigente en el ordenamiento jurídico guatemalteco, pero no positivo, toda vez que en la realidad del sistema penitenciario guatemalteco no existen procedimientos reglamentarios y/o internos que materialicen la aplicación del régimen progresivo; sin embargo, el desarrollo del artículo académico de mérito, no basa su relevancia en la falta de aplicación del mismo, sino por el contrario se pretende la búsqueda de un mecanismo que tienda a la observancia del principio de legalidad en la ejecución de las penas. Resulta relevante afirmar que el Régimen Progresivo, regulado en la Ley de Régimen Penitenciario y bajo la premisa de la legalidad del artículo 5 de la referida ley, de ninguna manera variará la esencia y desarrollo de un verdadero principio de legalidad en la ejecución de las penas, que es lo que se pretende. En tal sentido, el modelo plateado

⁷⁸ Artículo 56 de la Ley de Régimen Penitenciario, decreto 33-2006 del Congreso de la República de Guatemala, relativo al Régimen Progresivo regula: *“El Régimen Progresivo es el conjunto de actividades dirigidas a la reeducación y readaptación social de los condenados mediante fases, en donde se pone de manifiesto el progreso de su readaptación.”*

mediante el Régimen Progresivo resulta interesante, sin embargo, debe reencausarse su aplicabilidad a un ámbito estrictamente jurisdiccional, como vertebra fundamental de la ejecución de las penas, y no como parte de un sistema penitenciario cuya muestra de inoperatividad es suficiente.

Por otra parte se considera la Redención de Penas⁷⁹, también regulada en la Ley de Régimen Penitenciario, sin entrar a considerar al respecto de los distintos incidentes que ante el Juzgado de Ejecución Penal pueden promoverse, se confiere especial énfasis al control y registro sobre estudio y trabajo, toda vez que el artículo 73 de la Ley citada, establece que el mismo corresponderá a la Subdirección de Rehabilitación Social, mismo del Sistema Penitenciario; sin embargo si traspolamos a éste ámbito el objeto del presente tema de estudio, se determinaría que idealmente la Redención de Penas y su correspondiente control y registro debe depender directamente del ámbito jurisdiccional a través de los correspondientes Juzgados de Ejecución, con el solo fin de salvaguardar y garantizar la observancia y legitimidad en la aplicación del principio de legalidad en la ejecución de las penas, todo esto encausado a garantizar la plenitud de los derechos de los privados de libertad, desde una perspectiva de verdadera legalidad.

VI. CONCLUSIONES

- A. El principio de legalidad en el ámbito penal debe ser observado estrictamente en las distintas vertientes del delito, la pena, el proceso y la ejecución penal; debiendo enfocarse especial importancia en ésta última, en virtud de existir distintas circunstancias que han propiciado el poco tratamiento del mismo.
- B. Analizado el contenido de la normativa guatemalteca, no existe disposición legal que funde indefectiblemente el principio de legalidad en la ejecución de las penas, no obstante que el artículo 5 de la Ley de Régimen Penitenciario refiere un principio de legalidad, sin embargo, el mismo encausa su contenido y efectos

⁷⁹ Artículo 70 de la Ley de Régimen Penitenciario, relativo a la Redención de Penas regula: *“Pueden redimirse las penas de privación de libertad incluyendo la proveniente de la conversión de la pena de multa, impuestas en sentencia firme, mediante la educación y el trabajo útil y/o productivo, de conformidad con el reglamento respectivo. El Sistema Penitenciario proporcionará las condiciones adecuadas para que las personas reclusas desarrollen trabajos y/o estudios que tiendan a la redención.”*

en aspectos puramente administrativos en el sistema penitenciario, sin influir directamente en el principio de legalidad en la ejecución de las penas que debe ser vista desde un ámbito exclusivamente jurisdiccional.

- C. El derecho penal guatemalteco desde los ámbitos legal, doctrinario y jurisprudencial han relegado el tratamiento del principio de legalidad en la ejecución de las penas, centrando la atención en el delito, la pena y el proceso penal; sin embargo, no se profundiza en el análisis y tampoco se analiza lo perjudicial de no tratar y desarrollar el principio de legalidad en la ejecución de la pena, en virtud que del correcto desarrollo de la ejecución penal devendrá el éxito de los fines de la pena y como lo ha afirmado el maestro Erick Juárez *“No le prestamos atención a la parte más importante de la sanción penal: a la ejecución de la pena; deriva de ello, el fracaso en la reinserción social que constitucionalmente se establece; nos importan las etapas previas del proceso penal, no nos interesa que se hace cuando se condena a las personas”*.
- D. El principio de legalidad en la ejecución de las penas, frente al régimen progresivo y la redención de penas ambas de la Ley de Régimen Penitenciario, en ambos casos prevalecerá un verdadero principio de legalidad siempre que el control y aprobación de los correspondientes planes para la aprobación de los beneficios que correspondan, sean realizadas de manera íntegra en el ámbito jurisdiccional, con la correspondiente intervención de un equipo multidisciplinario y la activa participación del juez de ejecución.

VII. PROPUESTA

El presente artículo busca poner de manifiesto la existencia de dos doctrinas en torno al tema. Una considerada la doctrina mayoritaria que propugna por un principio de reserva de ley, y por otro lado la doctrina minoritaria que parte del carácter de ley particular de las sentencias penales.

De su análisis el autor se decanta por lo propuesto por la doctrina minoritaria, en virtud que la ley nada regula respecto al principio de legalidad en la fase de ejecución de la pena, pretendiendo resaltar el efecto derivado de la individualización de las penas, en

virtud del cual las sentencias dictada por el juez de sentencia o tribunal respectivo, constituyan el parámetro básico para la ejecución de la pena correspondiente.

Esto basando la idea en la formulación de planes personalizados en la situación del condenado y que los mismos sean verificados y aprobados por el juez o tribunal que dicta la sentencia que ha de ejecutarse; equiparando su desarrollo al llevado ante los Juzgados de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, positivando de esta forma el contenido del Régimen Progresivo y el de Redención de Penas, regulados en la Ley de Régimen Penitenciario, siempre bajo una idónea depuración y sometiendo al correspondiente conocimiento y desarrollo dentro del ámbito jurisdiccional.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- A. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de Mayo de 1999.
- B. Cuenca Gómez, Patricia. Aspectos Claves de la Teoría del Derecho de Adolf J. Merkl. Revista Telemática de Filosofía del derecho. Número 17, 2014. Páginas 167-202.
- C. Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Volumen XXXII, número 93. Julio/Diciembre 2011, Mata y Martín, Ricardo M. El Principio de Legalidad en el Ámbito Penitenciario. Páginas 121-166.
- D. Fuertes López, Mercedes. Adolf Julius Merkl: un jurista tan citado como desconocido. Revista de Administración Pública. Número 146, mayo-agosto 1998. Páginas 419-428.
- E. Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Editorial Civitas, S.A. Año 1997.

Legislación:

- D. Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala.
- E. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73. Código Penal.
- F. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 51-92. Código Procesal Penal.
- G. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 33-2006. Ley de Régimen Penitenciario.
- H. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 27-2003. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
- I. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, número 217, del 10 de diciembre de 1948.
- J. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José, Costa Rica. Noviembre de 1969.
- K. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

**REVISTA DE LA COMUNIDAD
JURÍDICA DE GUATEMALA**

Edición Digital
Año 2 | Semestre 2
Edición: Julio-Diciembre 2019
Quetzaltenango, 2019



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

A wooden gavel resting on a stack of books, with a dark red overlay.

REVISTA
DE LA COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

Año 2 | Semestre 2

Edición: Julio-Diciembre 2019