

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.

Pág.

1

¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal de enemigo?

Prof. Dr. John Vervaele

6

Anticipo de prueba, auto de procesamiento y defensa pública.

Bayron López Hernández.

21

Audiencia de ofrecimiento de prueba.

Blanca Elizabeth González Gálvez.

32

Análisis y comentarios sobre el procedimiento para delitos menos graves.

Luis Alberto Fernández Ramírez.

44



PRESENTACIÓN

Luego de la buena acogida que tuvo el primer número de la Revista de la Comunidad Jurídica de Occidente, en el foro de abogados, presentamos el segundo número, cuyos artículos gravitan en temas sensibles en el momento actual y nos atraen nuevamente a la urgente e impostergable necesidad de la correcta aplicación del derecho y la utilización prudente y democrática del poder punitivo.

En ese escenario, el primer artículo -del profesor John Vervaele-, con una perspectiva criminológica, evidencia la tensión -frecuente- entre el poder punitivo y los Derechos Humanos en el abordaje del fenómeno del “terrorismo”; muestra con datos históricos cómo esta forma de violencia es de larga data y ha sido encarada con resoluciones diversas en el seno de las Naciones Unidas y de la Unión Europea, así como recepcionada en disposiciones internas de diversos países. Pero el análisis no queda allí, ya que trasciende a la crítica de cómo este fenómeno criminal ha provocado una respuesta antidemocrática del poder punitivo, extendiendo la intervención penal a situaciones anteriores de las “acciones” terroristas y las ha fincado en formas de pensar, de ser o de profesar de las personas, es decir, en una reminiscencia del derecho penal de autor bajo su fórmula actual de derecho penal de enemigo; esta mutación jurídica-penal recuerda los distintos y diversos sucesos de instrumentalización del derecho penal en contra de líneas ideológicas o formas de pensar de las personas, así los regímenes de los Jacobinos, Fascismo, franquismo y los nazi, siendo para Guatemala su paralelo los tribunales de fuero especial -jueces sin rostro-.

Además, el profesor Vervaele, advierte cómo esta respuesta punitiva provoca la conversión del derecho penal en derecho de la seguridad, en donde el primero tiene por finalidad sancionar a los culpables de delitos y por el contrario, el segundo tiene por finalidad el control social del peligro y del riesgo. Y valga decir, que el riesgo de ello es, la eliminación progresiva de los límites democráticos establecidos al poder punitivo, tanto en la criminalización primaria como secundaria, lo que se traduce en el expansionismo de la ley penal y la instalación de tribunales de fuero especial, como los de competencia ampliada para juzgar casos de mayor riesgo en Guatemala o los de autorización para actos de investigación urgente, en los cuales el perfil del “autor” y no las acciones son las que determinan su intervención.

Así el artículo, nos hace reflexionar entre la categoría ficticia de “buenos y malos” - “amigos y enemigos”, que crea el derecho penal frente al fenómeno del terrorismo, siendo claro en ello el profesor Vervaele al escribir: “Viajar al califato se convierte casi automáticamente en delito, salvo si la persona está vinculada a organizaciones “amigas” que combaten al enemigo.” De acá la importancia de los jueces, que son los únicos que pueden redefinir y reconducir la intervención del derecho penal, que sin duda debe sancionar las “acciones” terroristas y demás formas de criminalidad, pero con respeto al catálogo mínimo de derechos de los ciudadanos y del justiciable.

El segundo artículo, redactado por el abogado Bayron López, focaliza un tema determinante y central, sobre el cual la Comunidad Jurídica de Occidente ha señalado recurrentemente como la más clara e irrefutable violación al derecho de defensa, por cuanto se construye prueba “formalmente” consentida por los jueces, sin la intervención del imputado ni de su defensor. Esta práctica confronta dos corrientes procesales, constantemente en disputa, eficacia y garantismo; por cuanto, con ánimo de asegurar sentencias de condena, se reducen los derechos del imputado, especialmente el de confrontar y refutar la prueba, lo que mantiene a esta inerme a cualquier desacreditación y le asegura, sin objeción alguna, un valor positivo en la sentencia, que seguramente será de condena. Relacionado a ello es imprescindible traer a colación el axioma 10 de Ferrajoli, por cuanto es nula la prueba sin defensa, siendo un caso concreto la mala práctica forense guatemalteca, de aumentar deliberadamente los anticipos de prueba con su agravante de prohibir la intervención del imputado y de su defensor.

En ese contexto, el abogado López se concreta a analizar la violación específica del derecho de defensa sin la intervención del imputado y de su abogado defensor, para cuyo efecto analiza la norma jurídica y la confronta con el criterio, errado por cierto, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Casación, evidenciando, como es criterio de la Comunidad Jurídica de Occidente, que existe una falacia jurídica en asimilar el término “individualizado” al término “procesado”, que incluso el primero de los Tribunales indicados se contradice en las sentencias vistas en este artículo. Basta indicar, que la individualización de una persona consiste en describir sus características particulares, una de ellas el nombre, que la identifica del o dentro del resto de individuos; por lo que, si esto se hace o se contiene en el acto introductorio de la persecución penal, es más que claro e irrefutable que ya está individualizado y en consecuencia debe, incuestionablemente, intervenir en la práctica del anticipo de prueba.

Es importante también revelar, que el artículo del abogado López analiza las sentencias de los Tribunales indicados, con el objeto de evidenciar la falacia jurídica que contienen, por lo cual, no hace mención ni analiza los fallos que en sentido adverso ha emitido el Tribunal de Casación respecto a la invalidez del anticipo de prueba, por violación del derecho de defensa, anulando así la sentencia impugnada en casación y por vía de reenvío de ésta la de primer grado; un referente de ello lo constituye la sentencia de casación número 390-2013, en donde se afirma que, realizar un anticipo de prueba sin presencia de la imputada, ya individualizada, constituye una grave violación al derecho de defensa. Esto permite también, determinar, la ambivalencia el Tribunal de Casación respecto a este punto y más aún la inseguridad jurídica, que en los últimos años ha sido recurrente.

Vinculado a lo indicado, gravita el artículo de la jueza Blanca González, quien aborda los presupuestos y dinámica de la audiencia de ofrecimiento de prueba, explicando la importancia de esta audiencia para la depuración o discriminación de la prueba a reproducirse en el debate y su total relevancia para la eficacia de éste. En ese orden, hace una distinción entre la audiencia de acusación o imputación de hechos, propiamente de etapa intermedia y la audiencia de ofrecimiento de prueba o imputación probatoria, que la ubica como parte de la etapa del juicio, vinculando para ello el criterio constitucional al respecto.

Un elemento central del artículo, lo constituye la necesaria e insustituible dinámica “contradictoria” de la audiencia de ofrecimiento de prueba, porque esto asegura un análisis minucioso sobre los presupuestos para admitir o rechazar los medios de prueba ofrecidos; para el efecto hace referencia a la reforma legal realizada en el año 2010, cambiando así la estructura normativa, no solo el órgano competente, sino además la dinámica procesal “audiencia contradictoria”, por sobre el simple ofrecimiento de prueba, escrito y no contradictorio, que anteriormente estaba regulado y que correspondía a los tribunales de sentencia. Este punto es importante, por cuanto, la reforma tuvo por objeto establecer un escenario procesal, propio del contradictorio, a través del cual los sujetos procesales tuvieran la oportunidad de objetar la prueba ofrecida por la parte contraria, asegurando así un control sobre la prueba y sobre todo un pronunciamiento razonado por parte de los jueces, dando respuesta a los argumentos de los abogados de los sujetos procesales.

Conforme a ello, como lo hace ver la Jueza González, esta audiencia pierde su naturaleza y finalidad, cuando se evita el control técnico sobre la prueba, cuando los litigantes asumen una actitud pasiva respecto a la prueba ofrecida por el otro sujeto procesal, evitando así, excluir o rechazar aquellas pruebas que no reúnan los presupuestos procesales exigidos por la ley, claramente indicados en

el artículo. Pero además, evidencia asimismo, la actitud que deben asumir los jueces respecto a la admisibilidad de la prueba en esta audiencia: la primera, facilitar el contradictorio, es decir, no limitar por ninguna razón la posibilidad que los abogados objeten la prueba ofrecida por la parte contraria, porque precisamente ese es el objeto de esta audiencia, que se desnaturaliza, como lo indica la Juez, cuando se evita el contradictorio y se admite toda la prueba ofrecida; y, la segunda, que debe asumir una función de control de legalidad, es decir, la decisión de admitir la prueba, debe estar sujeta al análisis que para el efecto realicen los jueces, sobre la licitud, legalidad, pertinencia, utilidad y no abundancia de la prueba, porque en ello radica, la preparación correcta del juicio, a cuya fase corresponde esta audiencia.

Junto al análisis sobre la audiencia, la Jueza González, incorpora un formato, que en la práctica resulta útil para los fines de, asegurar el contradictorio y controlar la admisibilidad de la prueba, lo cual, debiese ser regla general en todas la judicaturas de instancia penal, como lo hace ver la autora de este artículo. Finalmente y de vuelta a la importancia de los jueces en la aplicación correcta del derecho y el respeto de los derechos de los justiciables, se hace más evidente el último artículo, en donde el señor Juez Luis Fernández describe la secuencia de errores incurridos, tanto en disposiciones reglamentarias, como manuales e informes, que repercuten en los desaciertos aplicados en el desarrollo del procedimiento para delitos menos graves; lo cual provoca, entre otros, dos efectos negativos: anarquismo jurisdiccional y complejidad de lo sencillo; el primero, tal cual lo evidencia el señor Juez Fernández, los jueces desconocen e inaplican la norma jurídica ordinaria, a la cual deben estar sometidos, y consecuentemente modifican el diseño normativo del procedimiento, creando etapas, fases o incidencias no establecidas; y el segundo, porque al distorsionar el procedimiento normado, éste se extiende en su duración, permite intervenciones y decisiones que embrollan el procedimiento, reproduce fases del procedimiento común que, obvia y deliberadamente, fueron eliminadas, generando así una mayor cantidad de actos procesales, cambiando de un procedimiento sencillo a uno complejo.

Como lo señala el señor Juez Fernández, hay errores en los Acuerdos de Corte Suprema de Justicia, tanto en modificar el procedimiento, como en ampliar la competencia a delitos cuya pena máxima no supere los 5 años de prisión contenidos en “leyes penales especiales”; este yerro, se reproduce en el Manual versión USAID, con el adiciónado que la guía de debate que establece es una sistematización de la práctica, mala por cierto. En este punto, el autor se detiene a reflexionar sobre un problema recurrente en Guatemala: la subordinación de las normas -jurídicas- por las prácticas, en donde la inercia del hacer cotidiano se impone al análisis y conocimiento de la fuente directa de las cosas, en este caso, del procedimiento.

Además, identifica un error más, que repercute en la anarquía jurisdiccional y la complejidad del procedimiento, como lo es la creación de una etapa más: “ofrecimiento de prueba de la defensa”, que la Revista de “Asíes”: agilidad judicial para delitos menos graves, prescribe en su diagrama.

El señor Juez Fernández, reafirma un aspecto fundamental: conocer, comprender y formarse con base a la información correcta, por cuanto reflexiona sobre la importancia de la exposición de motivos de una ley, es decir, los fundamentos por los cuales se crea la norma jurídica, la cual, como él señala, no fue consultada para la redacción de los Acuerdos de Corte Suprema de Justicia, el Manual y la Revista indicada, lo cual, irrefutablemente conlleva a una distorsión del procedimiento para delitos menos graves.

Pero el autor no se detiene en evidenciar los errores, sino por el contrario avanza en la propuesta de la correcta aplicación de la ley, explicando uno a uno los distintos eventos procesales que conforman el procedimiento, dando cuenta de su razón de ser y sobre todo, sustenta esa explicación con jurisprudencia constitucional y precedente judicial, así como confrontado con la exposición de motivos y con lo que propiamente en el seno de nuestras sesiones académicas hemos concluido. Es así, como aclara las “confusiones” creadas por distintos agentes vinculantes al procedimiento, y como él señala, no impone un criterio, más bien pretende imponer la ley, a la cual, única y exclusivamente deben estar sometidos los jueces.

Basta decir que, el señor Juez Fernández, tiene sobrada autoridad para describir el proceder correcto en el procedimiento para delitos menos graves, primero por ejercer la función jurisdiccional, segundo por ser capacitador en éste tema, tercero por respaldar doctrinaria y legalmente lo que escribe y finalmente, porque conoce de fuente directa los fundamentos que motivaron el diseño del procedimiento para delitos menos graves. Espero en lo propio, que éste artículo implique una correcta aplicación del procedimiento en mención y se corrija así las distorsiones incurridas hasta el momento.

Frick Juárez

Coordinador

Comunidad Jurídica de Occidente

¿TERRORISMO Y SEGURIDAD: UN DERECHO PENAL DE ENEMIGO? ¹

Prof. Dr. John Vervaele

*Catedrático en D^o Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho/
Willem Pompe Institute, Universidad de Utrecht,
Catedrático en Derecho Penal europeo, Colegio de Europa, Brujas
Presidente de la AIDP*

TABLA DE CONTENIDO: I. Introducción.- II. Internacionalización en la sociedad de la información post-industrial.- III. Transformación del sistema de justicia penal.- IV. Derecho Penal y Terrorismo. 1. Enfoque histórico e internacional.- 2. Enfoque europeo.- V El paradigma del peligro y de la seguridad. 1. Sistema penal y cambio paradigmático.- 2. Anticipación de la intervención penal y derecho penal del autor.- VI. Conclusión

I) INTRODUCCIÓN

Vivimos en tiempos de atentados terroristas reivindicados por organizaciones que los justifican en nombre del islam y de la guerra santa contra sus enemigos. Por cierto, estos atentados no se ejecutan solo en las zonas de conflicto, como Siria, Irak, Yemen, Libia y Afganistán, sino a escala internacional y global. Movimientos como ISIS tienen como arma de lucha la globalización y digitalización de su guerra santa. En los últimos años vemos también una creciente participación de jóvenes (de origen islámico y convertidos) en estos conflictos y en la ejecución de los atentados terroristas.

Estos jóvenes no son de origen de la zona del conflicto y una parte sustancial vienen de países Europeos. Estos llamados “combatientes terroristas extranjeros” contribuyen tanto a actos violentos en la zona de combate, en la zona de ocupación territorial (como por ejemplo en Mosul y en Raqqa), como a atentados en países europeos, como recientemente en Francia y Bélgica (Charly Hebdo, Bataclan, aeropuerto y metro en Bruselas).

¹ Este artículo es una versión adaptada de J.A.E. Vervaele, Terrorismo y Seguridad: un Derecho Penal sin Límites? En S. Barona Vilar (ed.), Justicia Civil y Penal en la Era Global, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 461-485.

Una parte de ellos no fueron a la zona de conflicto y tampoco estuvieron implicados en actos terroristas en Europa. Sin embargo están etiquetados como “combatientes terroristas extranjeros”, debido a su radicalización y a su potencial de involucrarse. El riesgo y el peligro les convierte en terroristas.

A la luz de este fenómeno vemos una creciente actividad legislativa y operativa penal a nivel internacional para frenar la actividad terrorista y para investigar y castigar a los responsables de los atentados. La novedad penal consiste sobre todo en neutralizar a tiempo, de manera preventiva y proactiva, la posible radicalización y participación de estos jóvenes en el yihadismo internacional. El uso del derecho penal como arma preventiva es problemático en sí y lo es aún más en el campo del terrorismo internacional, visto que muchos de los conflictos en países árabes tienen un componente altamente político e ideológico.

En primer lugar nos tenemos que plantear en qué medida la internacionalización de la respuesta penal es nueva y transforma los conceptos y principios de nuestros sistemas penales. En segundo lugar merece la pena analizar en qué medida el contenido de esta respuesta penal es nueva y transforma los conceptos y principios de nuestros sistemas penales.

IV. DERECHO PENAL Y TERRORISMO

1. Enfoque histórico e Internacional - Atentados violentos con finalidad política son obviamente no el monopolio de nuestros tiempos recientes. El final del siglo XIX fue por ejemplo caracterizado por rebeliones violentas de las clases populares y actos violentos de movimientos anarquistas. En aquellos tiempos estos actos no fueron definidos como de terrorismo, sino más bien de subversión o crímenes contra la seguridad del estado.

Vistas las atrocidades cometidas durante la primera guerra mundial que se discuten en el marco de la Sociedad de Naciones (predecesor de Naciones Unidas) y en el Congreso del AIDP en 1925, un nuevo régimen jurídico relativo a la responsabilidad penal del Estado por delitos contra otros Estados o colectividades fue propuesta. Es V. Pella quien elabora en 1925 un informe sobre crimen de guerra de agresión como crimen de Estado. Él elabora también las nociones básicas de su “Code Répressif des Nations”, basado en la limitación de la absoluta independencia de los Estados y de su soberanía externa con el fin de proteger el orden y la justicia internacional.

El establecimiento de un nuevo régimen de justicia penal internacional fracasó en el periodo entre guerras. Sin embargo, tras la muerte violenta del Rey de Yugoslavia y del ministro de Justicia de Francia en Marsella causadas por terroristas croatas, los Estados estuvieron dispuestos a ponerse de acuerdo sobre el Convenio de 1937 para la Prevención del Terrorismo y sobre un Convenio

vinculado para la creación de una Corte Penal Internacional en la Sociedad de Naciones, con sede en la Haya, para enjuiciar los delitos de terrorismo.² La doctrina de entonces criticó ya el conjunto de la configuración del Convenio sobre el terrorismo por carecer de seguridad jurídica, debido a tipos penales muy abiertos y actos preparatorios muy extensivos. Las Convenciones nunca entraron en vigor debido a la segunda guerra mundial.

Desde la década del 60, a partir de los primeros actos de piratería aérea, la comunidad internacional – tanto a nivel global como a nivel regional- ha ido elaborando convenios internacionales para prevenir y sancionar penalmente en los Estados actos de violencia terrorista. La comunidad internacional, bajo los auspicios de la ONU y del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) ha creado 19 convenios (llamados “suppression conventions”) para prevenir y sancionar penalmente los actos terroristas. Algunos convenios tienen directamente relación con la aviación civil, como por ejemplo el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las Aeronaves (1963) o el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos relacionados con la Aviación Civil Internacional (2010). Otros tienen relación con la protección de personal internacional, como por ejemplo la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (1979) o con modus operandi específicos, como por ejemplo el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (1997) o el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999).

Desde 1996³ se está negociando en la ONU una Convención comprensiva sobre terrorismo con el objetivo de criminalizar todas las formas de terrorismo, incluyendo la financiación y otros actos preparativos o de sostén material. Las negociaciones, que se realizaron en el Comité ad-hoc sobre terrorismo y el 6º., Comité legal están desde 2013 en un punto muerto. Problema principal es la definición del terrorismo. ¿Cuál es la diferencia entre un grupo terrorista y un grupo rebelde de liberación? ¿Se excluyen de la definición actos terroristas cometidos por ejércitos o se excluye el terrorismo de estado?

Después de la primavera árabe, el auge de conflictos violentos en Irak, Afganistán, Siria y Yemen y sobre todo el éxodo de jóvenes árabes y convertidos a las zonas de conflicto, especialmente Siria, la comunidad internacional se ha concentrado cada vez más sobre el al terrorismo islámico. La amenaza de los talibanes, del Estado Islámico de Iraq y el Levante (EIIL), el Frente Al Nusra, etc. han justificado una respuesta penal aún más amplia.

² Se pueden encontrar los documentos en la Revista Internacional de Derecho Penal del AIDP en el volumen Documentación Histórica de la Asociación (1926-2014), 2015, nr. ¾, 851-914.

³ Establecido por la Resolución 51/210 de 17 Diciembre 1996, que refiere a Resolución 49/60 de 9 Diciembre 1994 y Resolución 50/53 de 11 Diciembre 1995 que reclaman medidas para eliminar el terrorismo internacional.

El Consejo de Seguridad de la ONU aprobó en 2014, unánimemente y apoyándose en el Capítulo VII de la Carta, la Resolución 2178 que se ocupa inter alia de la amenaza por parte de los combatientes terroristas extranjeros, a saber, las personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines terroristas, incluso en relación con conflictos armados. La resolución, vinculante para todos los Estados parte a la ONU, impone claramente una expansión del derecho penal aún más amplia:

“5. Decide que los Estados Miembros deberán, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, y la financiación de sus viajes y actividades;

6. Recuerda su decisión contenida en la resolución 1373 (2001) de que todos los Estados Miembros velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y decide que todos los Estados se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito:

a) A sus nacionales que viajen o intenten viajar a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, y demás personas que viajen o intenten viajar desde sus territorios a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo;

b) La provisión o recaudación intencionales de fondos, por cualquier medio, directa o indirectamente, por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para financiar los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo; y,

c) La organización u otro tipo de facilitación deliberadas, incluidos actos de reclutamiento, por sus nacionales o en sus territorios, de los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo.”

A pesar de la falta de unanimidad en la comunidad internacional sobre el papel del derecho penal para contrastar el terrorismo, no hay duda que hay en los 19 convenios internacionales y en las resoluciones de la ONU una clara expansión del derecho penal.

Éstos no solo obligan a tipificar conductas violentas con daños concretos, sino que cada vez más obligan también a tipificar actos preparatorios y anticipativos que consisten en meros actos de peligrosidad en abstracto o en concreto, como pueden ser ciertos actos de glorificación o financiación⁴. Además lo vinculan con obligaciones en materia de jurisdicción y cooperación internacional.

La falta de unanimidad a nivel internacional no ha impedido avances importantes a nivel regional, por ejemplo en el continente Europeo.

2. Enfoque europeo - El fenómeno del terrorismo y de la legislación anti-terrorista penal está muy arraigado en algunos países europeos, principalmente por el problema de terrorismo doméstico, como ETA/GRAPO en España, IRA en Inglaterra, Brigate Rosse en Italia, RAF en Alemania, Action Directe en Francia, etc. Sin embargo la mayoría de los países en el Consejo de Europa y en la Unión Europea no tenía en su legislación penal tipos penales específicos para contrastar el terrorismo. La Convención para suprimir el terrorismo de 1977⁵, negociada en el Consejo de Europa, tampoco obligó a introducir estos tipos. Se limitó principalmente a no reconocer actos de terrorismo como delitos políticos a la luz de los tratados de extradición, basándose en lo que fue llamado el clima de confianza mutua entre los Estados del Consejo de Europa.

Fueron los atentados del 11 de septiembre en 2001 en Estados Unidos los que cambiaron el panorama. La Unión Europea quería mostrar solidaridad con Estados Unidos. Se adoptó la Decisión Marco de 2002⁶ de acuerdo con las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, que identificó el terrorismo como una de las violaciones más graves de las libertades fundamentales y de los principios de los derechos humanos, y siguió el plan de acción aprobado por la Reunión extraordinaria del Consejo Europeo del 21 de septiembre de 2001. La Decisión Marco de 2002 y la Decisión Marco de 2008⁷, que la modifica,⁸ definen los delitos de terrorismo, así como los delitos relativos a grupos terroristas o ligados a actividades terroristas.

La Decisión Marco de 2002 introduce una definición penal de terrorismo -por cierto muy inspirada en la legislación anti-terrorista de Estados Unidos⁹ -

4 | La Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, ONU, 1999 es un muy buen ejemplo.

5 | Explanatory Report to the European Convention on the Suppression of Terrorism, Strasbourg, 27.1.1977.

6 | Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, OJ L 164, 22.6.2002.

7 | Para más información, ver Informe de la Comisión basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2004) 409 final, 09.06.2004; Informe de la Comisión basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2007) 681 final, 06.11.2007;; Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2014) 554 final, 05.09.2014.

8 | Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, OJ L 330, 9.12.2008.

9 | Vervaele, JAE, La legislación antiterrorista en Estados Unidos. Inter arma silent leges?. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2007.

que combina elementos objetivos (asesinato, lesiones corporales, toma de rehenes, extorsión, comisión de atentados, amenaza de cometer cualquiera de los hechos anteriores, etc.) con el elemento subjetivo de intención pero con una finalidad específica: actos cometidos con el objetivo de intimidar gravemente a una población, desestabilizar o destruir las estructuras de un país o una organización internacional u obligar a los poderes públicos a abstenerse de realizar un acto. Segundo, las Decisiones Marco obligan a tipificar establecimiento de grupos terroristas, la dirección de y la participación en ellas. Se trata de organizaciones estructuradas de dos o más personas, establecidas durante cierto periodo de tiempo, que actúan de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Además los países de la EU deberán tipificar como delitos anexos a actividades terroristas ciertos actos preparatorios o anticipativos (provocación pública, la captación y el adiestramiento de terroristas, la extorsión o la falsificación con el fin de cometer un delito de terrorismo).

El Consejo de Europa tomó claramente también los atentados del 11 de septiembre 2001 como punto de partida para una reorientación penal. El protocolo de enmienda a la Convención de 1977 fue solo una primera fase. Más importante fue la Convención nueva de 2005 sobre la Prevención del Terrorismo, llamada la Convención de Varsovia (CETS No. 196).¹⁰ La importancia de la Convención consiste en haber impuesto más obligaciones de tipificaciones en el campo anticipativo, especialmente en relación con enaltecimiento público (art. 5), reclutamiento (art. 6) y entrenamiento/ adiestramiento (art. 7). Artículo 8 pone en evidencia que se trata de tipificaciones autónomas de cualquier resultado en forma de comisión de actos terroristas. Además Art. 9 obliga a tipificar también la participación en estos delitos autónomos, también en forma de establecimiento y/o dirección de grupos.

En otras palabras el fenómeno de grupo o asociación de terrorismo se aplica también a estos delitos anticipativos. El enaltecimiento del artículo 5 se refiere a glorificación/apología/ provocación en público con la intención de sustentar grupos terroristas o actos terroristas. Es suficiente que haya un enlace causal indirecto y temporal (ex ante o ex post) con la perpetración de un acto terrorista o es suficiente que la acción pueda crear un peligro de comisión de un acto terrorista. Para evaluar el peligro se tiene que tener en cuenta el perfil del autor, el contenido del mensaje y el contexto en el que se haya expresado. El reclutamiento del artículo 6 puede ser físico o por vía digital y se refiere solo a reclutamiento activo por parte del entrenador. No es necesario que el reclutado participe en un acto terrorista como consecuencia. Es suficiente que haya habido solicitud efectiva con el objetivo de cometer, participar o contribuir a un acto terrorista. El entrenamiento del artículo 7 tipifica la transferencia de know-how a personas con el objetivo de cometer o contribuir a la comisión de actos terroristas.

¹⁰ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, Warsaw, 16.V.2005.

El elemento subjetivo se limita al saber que esta formación puede ser utilizada para la comisión de o contribución a estos actos. La tipología no incluye recibir entrenamiento. Que se trata de delitos anticipativos es claramente reconocido en el “Explanatory Report”¹¹ que se refiere a “establishing as criminal offences certain acts that may lead to the commission of terrorist offences”. De nuevo se hace referencia a la confianza mutua entre los Estados para avanzar en este nuevo terreno de criminalización.

Para ejecutar la Resolución 2178 de la ONU en Europa la respuesta fue doble. Por un lado el Consejo de Europa adoptó en 2015 un Protocolo adicional a la Convención de Varsovia de 2005 (el llamado Protocolo de Riga¹²), añadiendo nuevos tipos, sobre todo en relación con combatientes terroristas extranjeros y su entrenamiento pasivo, su viajar a zonas de conflicto, y la financiación y el soporte material para estos viajes. El entrenamiento pasivo (art. 3) puede consistir en asistir a un campo de entrenamiento o participar en forma digital en sesiones interactivas de entrenamiento. Viajar a zonas de conflicto (art.4) no es una conducta criminal como tal, pero debe ser incriminada cuando tiene como objetivo cometer o participar en actos terroristas o recibir u ofrecer entrenamiento.

La financiación y el soporte material para estos viajes (art. 5) se criminaliza cuando hay conciencia de que estos fondos o ayudas son, por completo o parcialmente, recogidos con el objetivo mencionado. El informe explicativo indica claramente en el punto 29 que “Parties shall take into account that Articles 2 to 6 criminalise behaviour at a stage preceding the actual commission of a terrorist offence but already having the potential to lead to the commission of such acts”. Art. 2 del Protocolo impone también que actos como entrenamiento pasivo y viajar a zona de conflicto o financiarlo pueden calificarse como actos de participación en un grupo o asociación terrorista. En el punto 22 los autores del informe explicativo indican también que estos tipos nuevos son actos de una naturaleza grave, por el simple hecho que tienen la potencia de convertirse en la comisión de actos terroristas. Sin embargo no es necesario para su incriminación y persecución que el acto terrorista se haya consumado.

La segunda iniciativa Europea es aún más reciente y viene de la Unión Europea y ya tiene en cuenta la ola de atentados crueles en Francia y en Bélgica. Se trata de una propuesta directiva¹³ que tendría que remplazar la Decisión Marco de 2002/2008. En el considerando 6º se refiere a que los delitos relacionados con las actividades terroristas son de extrema gravedad, ya que pueden llevar a la comisión de delitos de terrorismo y permitir que los terroristas y los grupos

11 Ver <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3811>, punto 26.

12 STCE n.º 217. No entrado en vigor. Aunque firmado por muchos estados está en espera de un mínimo de ratificaciones.

13 La propuesta se encuentra por ahora en fase de negociaciones entre Consejo, Parlamento Europeo y Comisión (trilogue). Ver: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI\(2016\)586628_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI(2016)586628_EN.pdf).

terroristas mantengan y sigan desarrollando sus actividades delictivas, lo que justifica la tipificación penal de dicha conducta.

La propuesta hace una distinción entre delitos de terrorismo y delitos relacionados con un grupo terrorista (título II) y delitos relacionados con actividades terroristas (título III). En la primera categoría están los actos terroristas (art. 3) y el establecimiento de un grupo terroristas y dirección de o participación en él (art. 4), ya incriminados en la Decisión Marco de 2002. Solo se ha añadido interferencia en sistemas informáticos o en bancos de datos como unos de los actos que pueden cualificar.

En la segunda categoría están los actos anticipativos y anexos. Son nada menos de 12 subcategorías diferentes, como provocación a la comisión de delitos terroristas (art. 5), captación de terroristas (art. 6), adiestramiento de terroristas (art. 7), recepción de adiestramiento con fines terroristas (art. 8), viajes al extranjero con fines terroristas (art. 9), la organización o facilitación de estos viajes (art. 10), financiación de terrorismo (art. 11) y otros delitos relacionados con actividades terroristas, como robo, hurto, chantaje, expedición de documentos administrativos falsos, siempre con el fin de cometer delitos terroristas (art. 12). El fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros está en el centro de la nueva intervención penal, visto que no se tipifica solamente el viajar con fines terroristas (incluyendo recepción de adiestramiento), sino también la financiación, la organización y la facilitación de estos viajes, incluyendo apoyo logístico y material, alojamiento, medios de transporte, servicios, bienes y mercancías.

V. EL PARADIGMA DEL PELIGRO Y DE LA SEGURIDAD

1. Sistema penal y cambio paradigmático - El derecho penal clásico, basado en la Iluminación, y pues elaborado en la teoría del delito, tiene como objetivo justificar la intervención penal y tenerla limitada a la tutela de bienes jurídicos, cuando hay conducta penalmente relevante.

Fundándose en políticas criminales de derecho penal de excepción (como durante el nazismo o el estalinismo), se ha justificado a partir de los años 80 del siglo pasado una creciente necesidad de intervención penal cuando todavía no hay comisión de delito, injusto penal y daños causados. Paradigmas de política criminal para contrastar el tráfico de estupefacientes y después para contrastar al crimen organizado y el terrorismo justificaron un derecho penal anticipativo y preventivo, es decir un derecho penal ex ante, antes de la comisión de conductas concretas y dañosas que violan el bien jurídico penalmente tutelado.

En realidad estos tres cambios paradigmáticos han tenido como resultado una expansión del derecho penal en diferentes etapas. La primera etapa ha sido la

introducción de los tipos de asociaciones criminales. Aunque existían los tipos de “bande de malfaiteurs” o “conspiracy” la incriminación de organizaciones criminales y de las organizaciones terroristas ha ido mucho más allá. De hecho no se necesita comisión concreta de delito, sino solo la formación de un grupo con el objetivo de comisión. En una segunda fase hay una expansión hacia los actos preparatorios (inchoate offences), desvinculados de tentativa. En tercer lugar se han tipificado actos de soporte financiero o material o de simple posesión. Muchos de estos actos son legales como tales pero se convierten en actos ilícitos por su intención (de establecer un grupo criminal o de cometer actos de terrorismo por ejemplo).

2. Anticipación de la intervención penal y derecho penal del autor

- Anticipar el umbral de la punibilidad del comportamiento humano basándose en actos asociativos y/o actos preparatorios y/o actos anexos a ellos se justifica en razón de la necesidad de perseguir los comportamientos previos a la ejecución de los actos violentos. El gran problema es obviamente que sin criterios de ofensividad la incriminación se convierte en prevención de peligro.¹⁴ ¿Cómo elaborar criterios de peligrosidad que correspondan a la auténtica necesidad de intervención penal de manera tal que las conductas humanas que quedan cubiertas por las libertades públicas no queden incriminadas, así como con ello evitando persecuciones políticas-ideológicas? Que una asociación tenga una estructura organizada, dotada de caracteres de estabilidad y permanencia y que se configure en un grado tal de efectividad que haga factible la ejecución de un plan no es obviamente suficiente. Tiene que ser un plan criminal serio, concreto y actual que vaya más allá del intercambio de ideas o intercambio ideológico y debe reflejar el objetivo, la finalidad de comisión de actos violentos de terrorismo.

La expansión de los delitos de terrorismo se agrava cuando los delitos preparatorios o anexos no tienen como objetivo la comisión de delitos de terrorismo, sino la mera asociación terrorista o la preparación de delitos anexos. La anticipación de la intervención penal no se limita solo a construcciones como el delito de pertenencia a organización terrorista o el delito de colaboración con organización terrorista. Vemos en la legislación europea y en la práctica judicial penal construcciones en las que actos anexos a delitos terroristas pueden constituir en sí asociación ilícita terrorista sin cometido en grupo.

Aquí puede ser útil un ejemplo para ilustrar la expansión sin límites de la intervención. Tres jóvenes amigos de origen árabe, viviendo en Holanda, se informan por internet y en los medios sociales sobre ciertas técnicas para viajar sin problemas a Siria, como por ejemplo cómo pueden falsificar pasaportes y pasar controles sin complicaciones. También se informan sobre métodos de sobrevivien-

¹⁴ W. Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, StV, 2006, 321, 1-23 y B. Weisser, Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, ZStW 121 (2009), Heft 1, 131-161.

cia en el desierto. Contentos de su búsqueda, intercambian entre ellos de forma regular mensajes electrónicos. En algunos de estos mensajes glorifican también el coraje de algunos amigos que se fueron a Siria como combatientes. En Holanda fueron perseguidos por entrenamiento pasivo y asociación ilícita terrorista, a pesar del hecho que no comunicaron ningún hecho con el mundo exterior y a pesar del hecho que no hay ningún otro factor que indique su intención terrorista o su intención de preparar su viaje a Siria como combatientes. Aquí se trata de una ampliación del tipo de pertenencia a un grupo terrorista que infringe los principios de legalidad y de proporcionalidad, visto que no hay finalidad concreta de comisión de actos terroristas. Interpretaciones de este estilo caminan hacia un derecho penal del autor, incriminando su pensamiento y su libertad de informarse.¹⁵ También podemos constatar que en la sociedad de información la definición de asociación terrorista cambia de estructura estable y permanente a una comunicación estructurada digitalmente.

Un segundo problema está obviamente vinculado con la última ola de incriminaciones en relación con meros actos anexos al terrorismo o con aquellas conductas que la Unión Europea llama delitos relacionados con actividades terroristas. Se trata en la mayor parte de conductas corrientes legales que se convierten en ilícitos penales de terrorismo por su finalidad terrorista. En Estados Unidos, que ha ido incriminando las conductas en su legislación anti-terrorista, se ha conceptualizado esta última ola como “terrorist precursor crimes”. Precursores son normalmente productos básicos que necesitamos para fabricar productos farmacéuticos o drogas. Aquí son productos y servicios básicos para poder elaborar actividad terrorista y/o establecer grupos terroristas. El “Congressional Research Service” del Congress lo define así: “Irrespective of ideology or strategic goals, all terrorist groups have several basic needs in common; funding, security, operatives/support, propaganda, and means and/or appearance of force. In order to meet this needs, terrorist engage in a series of activities, some of which are legal, many of which are not, including various fraud schemes, petty crime, identity and immigration crimes, the counterfeit of goods, narcotics trade, and illegal weapons procurement, amongst others. Terrorist precursor crimes can be defined as unlawful acts undertaken to facilitate a terrorist attack or to support a terrorist campaign.”¹⁶

De este enfoque se puede entender que cualquier acto o conducta puede calificarse como precursor delito. No tiene que extrañarnos que en el mismo documento se califiquen actos como “front business and charities, food stamp frauds, passif training, etc.”

15 | A. Asúa Batarrita, Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Supremo), La Ley, n.º 3, 1998, pp. 1639 ss. y A. Asúa Batarrita, El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’ y conductas periféricas, en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, vol. 1, Montevideo, 2006, pp. 239-276.

16 | S. O’Neil, CRS Report for Congress, Terrorist Precursor Crimes: Issues and Options for Congress, may 2007, Introduction, p. 1.

En otras palabras todos los actos que se pueden vincular con grupos terroristas, actos preparatorios a actos anexos podrían calificarse como “terrorist predicate crimes”, como los delitos subyacentes para blanqueo de capitales. Para que exista blanqueo es precisa la previa comisión de un acto delictivo de cierta gravedad. En el caso del terrorismo, sin embargo se trata de un proceso de tipificación ascendente al delito de terrorismo. Como es ascendente el delito subyacente o de referencia no se ha cometido aún, ni se está preparando todavía; se trata de una incriminación autónoma anticipativa (ex ante). En segundo lugar el delito subyacente no se limita a actos terroristas violentos como por ejemplo los atentados en Francia o Bélgica, sino que puede consistir solamente en la constitución de grupo terrorista o actos preparatorios.

Aquí algunos ejemplos prácticos judiciales de Holanda pueden servir de nuevo para ilustrar el problema. Un joven árabe visita diferentes sitios web con el objetivo de informarse sobre cómo obtener un visado para Turquía y como viajar a Siria. También hace algunas preguntas digitales sobre detonadores. Finalmente mira YouTube buscando propaganda de ISIS y especialmente imágenes de decapitación. Algunas de ellas las almacena en su ordenador. Este joven fue perseguido por obtención de información y de habilidades de conocimiento, lo que fue considerado como entrenamiento pasivo (art. 134^a Código Penal Holandés), para poder preparar y facilitar actos terroristas. Su condena a 15 meses de encarcelamiento fue confirmada por la Corte Suprema holandesa¹⁷. De hecho en este caso se penaliza el pensamiento ideológico como tal. Ningún acto es ilícito en sí y tampoco hay indicios concretos de actos preparatorios ni de un dolo específico que debe caracterizar la conducta y que debe constituir una proyección externa de esta finalidad. Aquí el derecho penal se convierte en derecho penal del autor entendido como enemigo.

En otro caso dos chicos de origen árabe colectan dinero en Holanda para empezar una empresa de transporte en Siria. El tribunal de Rotterdam¹⁸ en Holanda les condenó a 3 años y medio de cárcel, sin necesidad de prueba de que fueron combatientes o de que participaron en actos terroristas. Facilitar a la organización ISIS en el califato, ya sea en forma de transporte o en forma de cocinero, es un tipo de facilitación que se califica como participación a la organización terrorista ISIS. Viajar al califato se convierte casi automáticamente en delito, salvo si la persona está vinculada a organizaciones “amigas” que combaten al enemigo. Quien viaja a Siria, incluyendo el califato, para participar en los combates con los peshmerga kurdos es más bien un héroe. Depende de la definición del enemigo para saber si la conducta es criminal o un acto de liberación. Es exactamente el papel que no corresponde a la justicia penal.

17 | Hoge Raad, 31-05-2016, ECLI:NL:HR:2016:1011.

18 | ECLI:NL:RBROT:2016:1264

VI. CONCLUSIÓN

Nuestro análisis muestra como el paradigma anti-terrorista convierte el derecho penal en un mero instrumento de política de seguridad y control de riesgo. A través de resoluciones, basadas en el capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad ha vinculado estrechamente la seguridad global con la respuesta penal anti-terrorista. Como la sociedad de información convierte al planeta en una ciudad global, movimientos como ISIS se posicionan como actores globales y sus actos se califican como de terrorismo global que amenazan la seguridad global. A pesar de que no hay una definición internacional de terrorismo la comunidad internacional define ad-hoc a los enemigos que hay que combatir. La cara más visible de este mecanismo son las listas de grupos y personas terroristas elaborados por la ONU, la Unión Europea y algunos Estados, que tienen como consecuencia la imposición de “smart sanctions” (congelación de cuentas bancarias, prohibición de visados, etc.).¹⁹

Este cambio paradigmático tiene consecuencias muy importantes para la política legislativa en materia penal y en la construcción de tipos penales. El focus sobre la prevención y sobre la incriminación anticipativa ha hecho necesario incriminar grupos terroristas sin que haya vínculo directo con actos terroristas. La finalidad se convierte en el criterio distintivo entre una asociación lícita y una terrorista. El problema es que esta finalidad se limita en ciertos casos al pensamiento de las personas activas en el grupo. Si además el grupo se puede constituir de manera digital, sin estructura estable y permanente, llegamos a incriminaciones completamente abiertas que además llegan a un tipo de derecho penal del autor en lugar de a un derecho penal de la acción ilícita. Cuando se penaliza al autor por su manera de pensar solamente, lo hemos convertido en puramente un enemigo.

Curiosamente llegamos a estos artefactos penales con una dialéctica entre derecho internacional, europeo y nacional. Todos predicán el mismo paradigma, pero son muchas veces los Estados los que en su legislación y/o jurisprudencia penal llegan a los tipos más abiertos. Solo en una minoría de Estados, como por ejemplo Italia, son los tribunales supremos y/o constitucionales los que limitan de nuevo las incriminaciones gracias a la aplicación de principios generales (principio de legalidad, principio de proporcionalidad, etc.).

El paradigma de contraterrorismo ha tenido como resultado una vasta serie de figuras de tutela anticipada y asociativa, reflejo de un punitivismo expansionista, por lo cual el objetivo de la justicia penal ha cambiado del castigo a los autores culpables de haber cometido delitos (con fines de prevención general y especial, incluyendo rehabilitación) a un campo más amplio de control social del peligro y del riesgo.

¹⁹ I. Cameron (ed.), *EU Sanctions: Law and Policy Issues concerning restrictive measures*, Intersentia, 2013, Cambridge.

El resultado es que, la comisión de conducta criminal de un sospechoso no es más que el umbral desencadenante del *ius puniendi* del Estado. El enfoque de la seguridad en el derecho penal ha llevado a una expansión del derecho penal sustantivo (parte general y parte especial) más allá de las fronteras y límites tradicionales definidos en la época de la Ilustración.

Al redefinir el objetivo de la justicia penal, se ha reconvertido, también, su naturaleza. Cuanto más alto es el riesgo o el peligro, que está basado en una construcción social y, desde luego, no en hechos empíricos, más bajo es el umbral para el uso del *ius puniendi*, lo que significa que el derecho penal se convierte en derecho de la seguridad. El derecho de la seguridad, se basa, muy poco, en una definición jurídica de sospechoso y conducta criminal, vinculada a daños graves al interés jurídico, se basa más bien en una definición preestablecida de un enemigo²⁰ que está asociada con el riesgo, el peligro y la inseguridad. Esta deshumanización del derecho penal²¹ se combina con una instrumentalización política y mediatización del delito y del miedo a la delincuencia²². El resultado es que el *ius puniendi* del Estado (siendo una de las más represivas interferencias de la libertad), está siendo instrumentalizado y puesto al servicio del peligro y de la administración del riesgo. Cuando la prevención de la peligrosidad se convierte en el mecanismo desencadenante para el castigo penal, el sistema de justicia penal está en riesgo de convertirse en un sistema de seguridad.

Estos acontecimientos tienen como resultado una considerable expansión del sistema de justicia penal, a través del derecho penal sustantivo y procesal y, por lo tanto, una mayor injerencia en la libertad de los ciudadanos. La expansión de la justicia penal mina los principios básicos de la justicia penal moderna, elaborados en la Ilustración (*nullum crimen sine iniuria*, *nulla poena sine culpa*, *ultimum remedium*, juicio equitativo, etc.). Al mismo tiempo, la represión penal se convierte en una fórmula “*passé partout*” para la resolución de problemas sociales. Las expectativas respecto a la capacidad de la justicia penal para resolver problemas están, sin embargo, en agudo contraste con su efecto real. La expansión de la justicia penal es muy real en términos de control social, pero es muy simbólica en términos de capacidad de resolución de problemas sociales.

Para terminar, la construcción penal para contrastar el terrorismo exige un alto rigor conceptual y una interpretación que garantice que los principios básicos de la justicia penal moderna, reconocidos también como derechos/libertades fundamentales y/o derechos humanos, no se vean amenazados por una lucha frontal contra el terrorismo, no desencadenen una respuesta estatal que termine por afectar lo que trata de defender: los derechos humanos, la democracia, y en

²⁰ Günther Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. In: HRRS 3/2004, S. 88-95

²¹ Ver L. Arroyo, M. Delmas-Marty (eds.), *Securitarismo y Derecho Penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2013.

²² J. Simon, *Governing through Crime*, Oxford University Press, 2007.

²³ L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2011.

en fin los bienes jurídicos fundamentales de una sociedad. Ellos son el fundamento y el límite del ius puniendi y la base de un derecho penal humanista. Un derecho penal sin límites se convierte en un instrumento de control social por parte del estado que mina no solo la mera esencia del derecho penal sino también la legitimidad del poder punitivo del Estado. Por este motivo es importante redefinir y limitar el papel del derecho penal en la lucha contra el terrorismo y reforzar el enfoque de los derechos humanos en este sector.²⁴

²⁴ Ver Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Human Rights Council, 22 de Febrero 2016.

ANTICIPO DE PRUEBA, AUTO DE PROCESAMIENTO Y DEFENSA PÚBLICA.

Bayron López Hernández.

Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente, Quetzaltenango.

Abogado Litigante.

TABLA DE CONTENIDO: I) Introducción. II) Anticipo de prueba. III) Anticipo de Prueba y Auto de Procesamiento. IV) Anticipo de Prueba y Defensa Pública. V) Conclusiones.

I) INTRODUCCIÓN

En la justicia penal existe un abuso del anticipo de prueba, debido a la mala interpretación y aplicación de la normativa correspondiente, principalmente de la Cámara Penal y Corte de Constitucionalidad, repercutiendo directamente en la violación del derecho de defensa. El presente artículo tiene por objeto analizar criterios, sustentados por dichos órganos jurisdiccionales, respecto a que no existe deber de citar al imputado cuando no está ligado a proceso previamente -aunque esté plenamente individualizado-, al diligenciamiento del anticipo de prueba, consecuentemente el derecho de defensa se garantiza con la presencia de un defensor público; criterio que será confrontado con el sostenido por el propio Tribunal Constitucional al indicar que el ejercicio de los derechos puede hacerse valer desde el primer acto del procedimiento dirigido en contra del sindicado sin necesidad de estar ligado a proceso penal.

II) ANTICIPO DE PRUEBA.

Antes de analizar los mencionados criterios, es imprescindible hacer una breve interpretación del anticipo de prueba regulado en los artículos 317 y 318 del Código Procesal Penal, para el efecto se transcriben dicha normas:

Artículo 317. Actos jurisdiccionales: Anticipo de prueba. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que lo realice.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todas las partes, los defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate. El imputado que estuviere detenido será representado por su defensor, salvo que pidiere intervenir personalmente.

Si, por la naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de las partes a manera de evitar este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellas.

En ningún caso, el juez permitirá que se utilice este medio para la formación de un expediente de instrucción sumaria que desnaturalice el proceso acusatorio.

Cuando se tema por la vida y/o integridad física del testigo se tomará su declaración testimonial como anticipo de prueba por videoconferencia u otro medio electrónico, con la presencia del abogado defensor designado por el imputado y en su defecto por el que designe la Defensa Pública Penal; y en caso de no existir imputado, igualmente se hará comparecer a un defensor público de oficio, para garantizar la legalidad de la declaración testimonial en esta forma; asimismo comparecerán en ese acto probatorio anticipado, el fiscal del caso, el querellante adhesivo si lo hubiere, y dicho acto será presidido personalmente por el juez del proceso.

En este caso se observará lo requerido por los artículos 216 BIS y 218 TER del presente Código.

De la transcripción se determina lo siguiente:

a) Pueden solicitar el anticipo de prueba el Ministerio Público o cualquiera de las partes.

b) El anticipo de prueba procede cuando: a.- el acto por su “naturaleza y características” sea considerado como definitivo e irreproducible; b.- deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate; c.- se tema por la vida y/o integridad física del testigo. El requirente debe argumentar y demostrar fáctica y probatoriamente estos supuestos, no siendo válidas las argumentaciones generales y abstractas, las apreciaciones personales o conjeturas, caso contrario, el Juez debe rechazar la solicitud.

c) Forma de llevarlo a cabo: a.- citación: a.1.- se citará a todas las partes, los defensores o mandatarios; si por la naturaleza del acto (definitivo e irreproducible) la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elemento de prueba, se practicará la citación de las partes a manera de evitar este peligro; a.2.- el imputado puede designar abogado defensor y en caso de no hacerlo, el que designe la

la Defensa Pública; a.3.- de no existir imputado comparecerá un defensor público.
b.- la prueba se diligenciará según la intervención prevista para el debate.

d) El anticipo de prueba tiene carácter de excepcional, situación que se deduce del cuarto párrafo del artículo, al imponer al juez el deber de impedir que el anticipo se utilice para formar un expediente de instrucción sumaria que desnaturalice el proceso acusatorio.

Si el anticipo de prueba se lleva a cabo, antes de dictarse el auto de procesamiento o de apertura a juicio, esto conlleva cierta limitación al derecho de defensa, toda vez que es el auto que fija los hechos el punto de partida para la preparación y ejercicio de defensa, consecuentemente el diligenciamiento de un anticipo de prueba antes de estos actos jurisdiccionales conllevan limitación, al no saberse de momento de que exactamente se defenderá el imputado; esto, es otra razón de considerarlo como un acto excepcional que el juez siempre debe ponderar.

El artículo 318 del Código Procesal Penal establece:

Artículo 318. Urgencia. Cuando se ignore quien ha de ser el imputado o cuando alguno de los actos previstos en el artículo anterior sea de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y éste practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas en el artículo anterior, designando un defensor de oficio para que controle el acto. Cuando existiere peligro inminente de pérdida de elemento probatorio, el juez podrá practicar, aún de oficio, los actos urgentes de investigación que no admitan dilación. Finalizado el acto, remitirá las actuaciones al Ministerio Público. En el acto se dejará constancia detallada de los motivos que determinaron la resolución.

En los actos de anticipo de prueba testimonial que sean de extrema urgencia, cuando el caso lo amerite y justifique se recibirá la declaración del testigo por videoconferencia u otro medio electrónico con la presencia del defensor de oficio.

En este caso se observará lo regulado en los artículos 218 BIS y 218 TER del presente Código.

Del artículo se determina:

a) Procede también el anticipo de prueba cuando: a.- se ignore quien ha de ser el imputado; b.- alguno de los actos previstos en el artículo 317 sea de extrema urgencia; respecto a este segundo supuesto debe considerarse: i.- que los casos contemplados en el artículo 317 de por sí ya constituyen “urgencia” en su realización, por existir obstáculo “difícil” de superar, y se “tema” por la vida y/o integridad física del testigo; ii.- en ese sentido, el requirente debe argumentar fáctica y probatoriamente al Juez que la urgencia sobrepasa las situaciones contempladas en el artículo 317, y como lo señalo el Licenciado Erick Juárez en clases de la Comunidad Jurídica de Occidente, la frase “extrema urgencia” conlleva una exi-

exigencia superlativa, toda vez que no sería suficiente demostrar la “urgencia” -que es apremiante-, sino además que la misma es “extrema”.

b) En los casos anteriores, el acto se practicará con prescindencia de las citaciones previstas, designando un defensor de oficio para que controle el acto.

c) El segundo párrafo, no debe aplicarse, al responder a los resabios del sistema inquisitivo del sistema penal, que regula actuaciones officiosas de los jueces, situación inconcebible en un proceso acusatorio y democrático, donde las funciones de juzgar, acusar y defender se encuentran plenamente separadas.

De manera general esto es lo regulado en los artículos 317 y 318 del Código Procesal Penal, analicemos ahora los criterios sustentados tanto por Cámara Penal como la Corte de Constitucionalidad.

III) ANTICIPO DE PRUEBA Y AUTO DE PROCESAMIENTO.

En la práctica forense, en muchas ocasiones, los anticipos de prueba son diligenciados sin citar al imputado -no obstante estar plenamente individualizado- y su defensor de confianza, bajo el argumento que por no estar ligado a proceso no existe deber de citación, consecuentemente la presencia de un defensor público garantiza el derecho de defensa.

La Corte de Constitucionalidad respecto al tema objeto de análisis ha resuelto:

Expediente 4073-2010. Sentencia del 11 de abril del 2011. “el Juez practicó las audiencias prescindiendo de las citaciones prescritas en el artículo 317 del Código Procesal Penal en virtud de la facultad conferida por la norma precitada. Además, se designó, según lo ordena la ley, a “un defensor de oficio para que controle el acto” prescindiendo de las citaciones, como indica la norma, las cuales no obligaban a la autoridad judicial de exigir la presencia del imputado -ahora amparista- puesto que este no había sido ligado al proceso penal hasta ese momento y se nombró al defensor de oficio requerido.”

Expediente 1248-2014. Sentencia del 9 de diciembre del 2014. “no se ha producido agravio alguno que amerite la protección constitucional instada, por las razones siguientes: ... ii) La autoridad cuestionada al llevar a cabo la diligencia de prueba anticipada, actuó en el correcto uso de las facultades que la ley le otorga, específicamente lo contenido en los artículos 203 constitucional y 317 del Código Procesal Penal, resguardando todos los derechos de las partes, incluso de los sujetos que aún no estando ligados a proceso pudieran resultar interesados en la diligencia practicada como lo que acaece en el caso concreto, en el que el postulante no se encontraba ligado a proceso, ... Cabe indicar que en caso de ser ligado a proceso el amparista podrá hacer uso de los medios de defensa que estime pertinentes para desvirtuar las imputaciones que le realice el Ministerio Público.

Expediente 4795-2014, sentencia del 12 de febrero del 2015. “el diligenciamiento de esta no vulnera el derecho enunciado por el accionante, pues el juez contralor en ella atendió lo establecido en el artículo 317 del Código Procesal; de ahí que el hecho de no habersele citado a esta obedece a que no se encontraba aun ligado a proceso penal.”

La Cámara Penal, también ha resuelto en similar sentido:

Expediente: 420-2013 y 433-2013. Sentencia de casación del 23 de agosto del 2013. “Cámara Penal valida el fundamento de la resolución referida, ... un sindicado solo queda ligado a proceso, para, que ejerza todos sus derechos, cuando se dicta el auto de procesamiento. En el presente caso, el recurrente ciertamente había sido indagado por un juez, pero en esa oportunidad se dictó un auto de falta de merito por consiguiente, sin ningún ligamen jurídico con un proceso penal. Hay que observar que, de conformidad con el artículo 322 del Código Procesal Penal, aparte de ligarlo al proceso, es el auto de procesamiento, el que le permite al procesado ejercer todos los derechos y recursos que el Código Procesal Penal establece. De todo ello se desprende que su reclamo carece de sustento jurídico. En efecto, en el presente caso, ... el “auto de prisión preventiva y procesamiento” ... fue emitido ... el nueve de septiembre del dos mil once, de tal forma que, fue hasta esa fecha, que los mismos fueron individualizados y ligados al proceso penal, y la última de las pruebas anticipadas ... se realizó con anterioridad ... Lo anterior demuestra que a la fecha en que se diligenciaron las diez declaraciones testimoniales como anticipo de prueba, aún no existía ningún imputado, toda vez que la última de las declaraciones relacionadas, fue diligenciada el veintinueve de junio del dos mil once, y en observancia a lo establecido en el párrafo tercero el artículo 317 del Código Procesal Penal, a las mismas comparecieron abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal, para garantizar la legalidad de [sic] acto.”

Las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad y de la Cámara Penal, están formuladas en el mismo sentido: a.- el auto de procesamiento, individualiza al imputado y le da el carácter de “parte” procesal, cuyos efectos -artículo 322 del Código Procesal Penal- es ligar a proceso a la persona, concederle todos los derechos y recursos que el Código establece, entre otros; b.- al no existir auto de procesamiento, no obstante el imputado este plenamente individualizado, no existe deber de citar al imputado y su defensor de confianza al diligenciamiento de anticipo de prueba.

El anterior razonamiento es erróneo, por las razones siguientes:

a) Si bien es cierto los párrafos segundo y tercero del artículo 317 del Código Procesal Penal señalan que debe citarse a las “partes”, esto no autoriza a entender que dicha calidad la concede el auto de procesamiento. La calidad de “parte” o mejor de “sujeto procesal” -segundo párrafo del artículo 5 del Código

Procesal Penal- la tienen la víctima y el imputado -excluyendo al Ministerio Público y cualquier persona que no ejerza un derecho- quienes pretenden el respeto de sus derechos; por ello, tienen derecho a la tutela judicial efectiva y el procedimiento -sin excluir diligencia, etapa o audiencia alguna- por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a sus legítimas pretensiones. En ese sentido, no considerar como “sujeto procesal” al imputado, y omitir citarlo a él y su abogado defensor, conlleva violación al derecho de la tutela judicial efectiva, consistente específicamente en el derecho de intervenir en el anticipo de prueba y ejercer su derecho de defensa técnica y material.

b) En la sentencia de la Cámara Penal se señala que es el auto de procesamiento que concede todos los derechos y recursos que el Código establece, según el artículo 322 del Código Procesal Penal. Respecto a este punto debe considerarse lo siguiente:

1. La interpretación y aplicación del artículo 322 debe hacerse de manera conjunta con otras disposiciones del Código Procesal Penal. El artículo 70 de dicho cuerpo normativo señala que se denomina “sindicado, imputado, procesado o acusado a toda persona a quien se le señale de haber cometido un hecho delictivo; nótese que la norma establece que se es sindicado, imputado, procesado o acusado, por existir un “señalamiento”, es decir, una indicación o referencia de haberse cometido un delito, en ningún momento el artículo regula que el “señalamiento” debe ser el auto de procesamiento. Por su parte el artículo 71 del código citado es claro e inequívoco que los “derechos que la Constitución y el Código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal” Nótese que el artículo garantiza el ejercicio de cualquier derecho, siempre y cuando esté reconocido en la Constitución y el Código, sin establecer limitaciones a dicho ejercicio a etapas o audiencias determinadas del procedimiento penal; además, el ejercicio de esos derechos pueden hacerse valer desde que exista cualquier indicación -prevención policial, querrela, denuncia, investigación iniciada de oficio, etc.- que señale a una persona como partícipe de un hecho delictivo, no desde que se dicte auto de procesamiento. En ese sentido, el estar presente en el diligenciamiento de la prueba anticipada constituye un derecho del imputado a ejercer su defensa técnica y material mismo que puede y debe ejercerse sin necesidad que exista auto de procesamiento. Respecto a la intervención del imputado en el proceso penal la Corte de Constitucionalidad ha señalado, en la sentencia de fecha 23 de junio del 2011, expediente 1063-2011:

“el artículo 71 del Código Procesal Penal ... desde el momento en que se presenta un acto introductorio en el que se establezca un sujeto identificado, éste tiene derecho a conocer todo lo que obre en el proceso sobre él y plantear los medios de defensa que estime pertinentes, sin necesidad que se haya dictado auto de procesamiento, ... El artículo 322 de la ley procesal penal, ... si bien otorga al auto de procesamiento el efecto de ligar a la persona ... también tiene por objeto confirmar los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y en las normas ordinarias, de los cuales goza desde el momento en que se inició el proceso penal por medio de cualquiera de los actos introductorios, ... De cualquier manera, la posible contradicción que pudiera advertirse de la lectura tanto del artículo 71 y el 322 del Código Procesal Penal, no podría ser utilizada para restringir el derecho a defenderse que asiste, como un derecho fundamental protegido en el artículo 14 de la Carta Magna, al indiciado. Debe tomarse en cuenta que si bien toda persona tiene los derechos de promover los medios de defensa desde el momento en el que se le sindicó, debe comprenderse que lo establecido en el artículo 322, inciso 2), de la ley adjetiva penal, se refiere a la oportunidad que tiene el procesado de ejercer su defensa respecto a la plataforma fáctica y calificación jurídica provisional que el Juez de la causa efectuó en el auto por vía del cual lo ligó a proceso.” La Corte resolvió en igual sentido en los expedientes: 2056-2010 y 3929-2010, de fechas 27 de enero y 01 de marzo, ambos del 2011.

Nótese la contradicción entre los criterios sustentados, señalando respecto al anticipo de prueba que no existe deber de citar al imputado si este no está ligado a proceso penal, y en esta última sentencia establece que los derechos pueden ejercerse sin necesidad que exista auto de procesamiento. Consideramos acertada la decisión asumida en esta última sentencia, señalando desde cuando pueden ejercerse los derechos reconocidos legal y constitucionalmente, en aplicación del artículo 71 del Código Procesal Penal.

2. Los artículos 71 y 322 del Código Procesal Penal no son contradictorios, y pueden y deben aplicarse de manera conjunta; en todo caso, debe estarse a lo que regula el artículo 71, porque garantiza de mejor forma el ejercicio de los derechos del imputado, generando el deber del juez de citarlo al diligenciamiento del anticipo de prueba y ejerza su derecho de defensa técnica y material. Respecto a la no contradicción entre ambos artículos es acertado lo que la Corte de Constitucionalidad indica: “la posible contradicción que pudiera advertirse de la lectura tanto del artículo 71 y el 322 del Código Procesal Penal, no podría ser utilizada para restringir el derecho a defenderse que asiste”

c) Cuando no esté individualizado el imputado -porque se ignora quién ha de ser, artículo 318 primer párrafo del Código, o no existir imputado párrafo cuarto del artículo 317- es el supuesto que autoriza a solicitar la presencia de un defensor público para “garantizar la legalidad de la declaración”; en este supuesto se entiende que, de los antecedentes del caso y de la información preliminar proveída por el “testigo”, no se ha señalado, en particular, a persona alguna de haber cometido delito o participado en él, de lo contrario -señalamiento directo a una persona- significaría que se sabría quién es el imputado, provocando el deber de citarlo a él y su defensor.

d) Cabe resaltar, tal como lo ha expuesto el profesor Erick Juárez en clases de la Comunidad Jurídica de Occidente, que el auto de procesamiento constituye un resabio del sistema inquisitivo, donde había una etapa secreta y escrita del proceso, comúnmente denominada “sumario”, al que no se podía tener acceso a menos que se dictara el auto de procesamiento, que ligara a la persona y confiriera todos los derechos al “procesado” y pudiera intervenir como parte procesal. Es una falacia jurídica que sea el auto de procesamiento el que conceda “todos los derechos y recursos” que señala el Código, toda vez que el ejercicio de cualquier derecho puede hacerse valer desde que exista un señalamiento en contra de una persona, como lo regula el artículo 71 de dicho cuerpo normativo; además limitar el ejercicio de los derechos de las personas a partir del auto de procesamiento, conllevaría graves violaciones, si el Ministerio Público o cualquier otro interviniente hace solicitudes (allanamientos, orden de secuestro, medidas de coerción, etc.) al Juez de garantía que conlleven limitaciones a los derechos del imputado y éste no pudiera revertirlas o interponer recursos por el hecho de “no estar ligado a proceso”. Para confirmar lo anterior, basta señalar que en el procedimiento simplificado -artículo 465 Bis- y procedimiento para delitos menos graves -artículo 465 Ter.- la audiencia inicial (mal llamada “primera declaración”) y específicamente el “auto de procesamiento” están suprimidos, y se pasa directamente a la audiencia intermedia o preliminar, evidenciado de esta manera que el auto de procesamiento no tiene efecto de “conceder derechos” y es un resabio del sistema inquisitivo, innecesario en un sistema acusatorio, adversarial y utilizando la oralidad como metodología de trabajo.

e) Pensar que la individualización del imputado se lleva a cabo a través del auto de procesamiento, y que si la persona no está “ligada a proceso” no hay deber de citarlo a él y su defensor de confianza al diligenciamiento de anticipo de prueba, puede llevar a un litigio de mala fe por parte de quien solicita el anticipo de prueba, especialmente del Ministerio Público, porque fácilmente podría diligenciarse el anticipo de prueba, sin la intervención del imputado, y una vez llevada a cabo, formular cargos en la audiencia inicial. Esto sucede a menudo, principalmente en casos llevados a cabo en casos de mayor riesgo, donde el ente fiscal no obstante tener plenamente identificado el imputado, o éste ha comparecido señalando lugar para recibir notificaciones y abogado defensor, solicita el anticipo de prueba y se lleva a cabo el mismo, con un defensor público, bajo el pretexto que no hay persona ligado a proceso, consecuentemente no hay imputado.

Como se puede constatar el criterio sustentado por la Corte de Constitucionalidad y la Cámara Penal es equivocado, y no pueden ser la base para la limitación del derecho de defensa del imputado, por ello, toda prueba anticipada llevada a cabo bajo esos criterios es ilegal y no puede servir para limitar los derechos o dictar una sentencia de condena.

IV) ANTICIPO DE PRUEBA Y DEFENSA PÚBLICA.

El juez de garantía que autorice el diligenciamiento de un anticipo de prueba, debe constatar los requisitos establecidos en el artículo 317 y 318 del Código Procesal Penal, tal como se expuso en el numeral uno de este artículo. Todo anticipo de prueba que viole el derecho de defensa del imputado es ilegal, por ello, en toda resolución que autorice este tipo de prueba, el juez debe constatar que dicho derecho no sea restringido.

En no pocas ocasiones se cree que la presencia del defensor público garantiza el derecho de defensa del imputado y por ello el anticipo de prueba se valora positivamente, siendo fundamento para condenar y limitar los derechos de las personas; de esta forma se pronunció la Corte de Constitucionalidad:

Expediente 1405-2018. Sentencia del 23 de mayo del 2018. “En relación al primer acto reclamado, consistente en la omisión de citar al Abogado defensor de su confianza y al sindicato, por lo que no pudo participar en el anticipo de prueba realizado ... si bien, sólo existía una denuncia como acto introductorio del proceso penal, el ente fiscal requirió el diligenciamiento de anticipo de prueba conforme el artículo 317 del Código Procesal Penal para la declaración de la menor ... la referida diligencia se realizó el trece de enero del dos mil dieciséis, estando presentes el representante del Ministerio Público, la Psicóloga, el Abogado defensor del Instituto ... y la adolescente agraviada ... razón por la cual se advierte que el procesado en dicha diligencia contó con un Abogado defensor del Instituto ... que lo representó, por lo que al momento del diligenciamiento de anticipo de prueba se garantizó de esta manera su derecho de defensa.”

Nótese que la Corte señala que el imputado “contó con un abogado defensor del Instituto que lo representó, por lo que se garantizó su derecho de defensa”. Se señala que la presencia del defensor público garantizó la defensa del imputado, pero es imprescindible darle un contenido a este derecho a efecto de constar de manera general y concreta a la vez si un defensor público puede garantizar de forma real y objetiva la defensa de los imputados.

El contenido del derecho de defensa es amplio y diverso (ser citado, oído, ofrecer prueba, acudir a audiencias, refutar hechos, derecho y prueba, etc.), sin embargo, para fines de determinar si el defensor público puede garantizar este derecho, debemos tomar en consideración dos momentos del derecho de defensa: la preparación de la defensa (regulado en el artículo 8.2.c del Pacto de San José al regular la “concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa”) y el ejercicio de la defensa (para el caso de anticipos de prueba de declaración de testigos -que es la más común- el referido pacto en el artículo 8.2.f) regula el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos”).

Solo una adecuada preparación de defensa, garantizada por la concesión de tiempo suficiente y medios adecuados para llevarla a cabo, hará real su ejercicio en el diligenciamiento de la prueba anticipada. La preparación de la defensa conlleva varias actividades (consulta y análisis del expediente fiscal, recabar documentos en archivos públicos, inspeccionar personalmente lugares, entrevistar a personas, etc.), que podrán llevarse a cabo y tener cierto grado éxito solo si el defensor y el imputado se “comunican libre y privadamente” -artículo 8.2.d del Pacto de San José-, en esta comunicación el defensor entrevistará al imputado -principal fuente de información, puesto que se supone él cometió el delito que se le imputa- respecto al señalamiento en su contra, a efecto de informarse del caso y obtener información que seguramente le proporcionará el imputado y de esta forma preparar la defensa. En el caso del anticipo de prueba, y se trate de declaración testimonial, el defensor podrá preguntar privadamente al imputado si conoce al testigo que declarará, si es su amigo o enemigo, si conoce los motivos por los cuales declara, si cree o pueda existir información que el testigo está siendo presionado por el fiscal u otro sujeto para declarar de una forma desleal, etc., mucha de esta información el defensor la podrá obtener si previamente se entrevista con el imputado, y de esta forma “preparar” adecuadamente la defensa para la audiencia señalada para el día del diligenciamiento de anticipo de prueba.

Cuando en los anticipos de prueba se designan defensores públicos, porque no se citó al imputado, plenamente individualizado, obviamente esta “comunicación libre y privada” que garantiza el Pacto de San José, no puede llevarse a cabo, consecuentemente el defensor público no podrá preparar la defensa y su ejercicio en la audiencia será deficiente, no porque sea un mal profesional o no maneje buenas técnicas de litigio, sino simplemente porque no pudo entrevistar al imputado y obtener información relevante a utilizar en el contra-examen del testigo. Aunque se imponga de las actuaciones (que en muchas ocasiones es abundante por el tipo de caso o por el número de medios de investigación, y que el defensor público en muchas ocasiones por el escaso tiempo no puede imponerse de todas ellas de una forma adecuada) que se encuentren en la fiscalía o juzgado, ésta en muchos casos no será suficiente para la preparación de la defensa, porque en la mayor parte de casos, se le pedirá al imputado que pueda informar respecto a la misma, quién en no pocos casos tendrá mucho que decir al respecto.

En ese sentido, no le asiste la razón a la Corte de Constitucionalidad al señalar que la presencia de un defensor público garantiza el derecho de defensa del imputado, porque al no existir “comunicación libre y privadamente” entre el defensor e imputado, no puede prepararse la defensa, consecuentemente su ejercicio será deficiente y de por sí perjudicial para la persona señalada de cometer un delito.

Lo anterior confirma lo ilegal de no citar al imputado y su defensor de confianza al diligenciamiento del anticipo de prueba, bajo el argumento que no está ligado a proceso y por consiguiente no está individualizado.

V) CONCLUSIONES

a) El ejercicio de los derechos del imputado pueden hacerse valer desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra, según el artículo 71 del Código Procesal Penal.

b) Es una falacia jurídica de la Corte de Constitucionalidad y de la Cámara Penal que el auto de procesamiento individualiza al imputado y le concede los derechos y recursos que concede el Código y demás leyes.

c) El auto de procesamiento es un resabio del sistema inquisitivo, que por tener una etapa escrita y secreta -denominada sumario- hacía necesario que previamente se ligara a proceso a la persona y de esta forma concederle el ejercicio de sus derechos; situación que cambia con la implementación del sistema acusatorio y adversarial.

d) El procedimiento simplificado y procedimiento para delitos menos graves se inicia con la audiencia preliminar o “audiencia de conocimiento de cargos”, consecuentemente el auto de procesamiento no se dicta, sino la decisión versa respecto a abrir a juicio o desestimar la causa.

e) Señalar que no existe deber de citar al imputado y su defensor, por no estar ligado a proceso previamente, al diligenciamiento de anticipo de prueba, puede llevar al litigio de mala fe principalmente del Ministerio Público, quien no imputara cargos en la audiencia inicial, sino hasta que haya llevado todos los anticipos de prueba que le plazca, con la agravante de llevarlos a cabo en los juzgados para la autorización de diligencias urgentes.

f) La designación de un defensor público para el diligenciamiento del anticipo de prueba, cuando el imputado está plenamente individualizado, no garantiza el derecho de defensa, al no existir la “comunicación libre y privada” entre el defensor y el imputado, y de esta manera preparar la defensa para el día de la audiencia.

AUDIENCIA DE OFRECIMIENTO DE PRUEBA.

*Blanca Elizabeth González Gálvez.
Integrante de la Comunidad Jurídica de Occidente, Quetzaltenango.
Juez de Primera Instancia.*

TABLA DE CONTENIDO: I) Introducción. II) Etapa Intermedia. III) La Prueba. IV) Admisibilidad e Inadmisibilidad de la Prueba. V) Prueba Ilegal. VI) La Irregularidad de la Incorporación de la Prueba. VII) Momentos Procesales en la Actividad Probatoria. VIII) Experiencia en el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de San Marcos. IX) Derecho Comprado. Bibliografía y Legislación.

I. INTRODUCCIÓN.

La audiencia de Ofrecimiento de Prueba, en el sistema adversarial, constituye una etapa de la fase de Juicio que corresponde realizar al Juez de Primera Instancia, Contralor de la Investigación que es la preparación del mismo, a la cual, según la práctica, en la mayoría de casos, se ha advertido no se le da la importancia que tiene en cuanto a que la prueba que se ofrece debe ser discutida por las partes y el Juez decidir sobre si la misma reúne los requisitos exigidos por la ley o bien, como lo establece el artículo 343 del Código Procesal Penal no admitirla por no ser útil, legal, pertinente o abundante.

Para abordar el tema he considerado necesario apoyarme de teoría necesaria y relevante para comprender que si la prueba no se discute, no se objeta, ni se externan las razones por las cuales hay oposición para su admisión, el Juicio no tendría sentido.

También se estará dando una breve explicación sobre cómo está regulada dicha audiencia, que no es parte de la Etapa Intermedia que concluye con el Auto de Apertura a Juicio, aspectos doctrinarios en cuanto a la Prueba, sus fases y clasificación de la misma, integrándola con la experiencia que se tiene en el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de la ciudad de San Marcos, acompañando también el formato oficial que lamentablemente no se utiliza a nivel nacional, sino que solamente se le da lectura a los listados respectivos y sin discusión de altura, es admitida en su totalidad para que

toda sea diligenciada en el Tribunal que se declaró competente para la celebración del Juicio, práctica que considero no conveniente ni adecuada porque no se le está dando vida al principio de contradicción que rige en todo el proceso y que convierte el juicio en audiencias interminables en las que se evidencia que si la prueba hubiera sido adecuadamente discutida, el debate sería mucho más rápido y sin complicaciones. Tampoco se pretende criticar malas prácticas, si es que en algún momento así fueran consideradas, porque se sabe que quienes dirigen las audiencias conocen el Derecho y su correcta aplicación, pero sí abordar debilidades que se ponen de manifiesto en la práctica, que se comentan y que pueden ser superadas a través de la correcta interpretación de la ley y el motivo por el cual es el Juez Contralor quien debe realizar la audiencia, para no predisponer al Tribunal de Sentencia o Juez Unipersonal competente para la celebración del Juicio.

II) ETAPA INTERMEDIA

Para abordar la forma en que debe desarrollarse la audiencia de ofrecimiento de prueba, es necesario hacer referencia a la Etapa Intermedia del Proceso Penal y para el efecto hago referencia a la exposición de motivos del Código Procesal Penal²⁵, que nos ilustra diciendo que la Etapa Intermedia es de naturaleza crítica, su función es evaluar y decidir judicialmente sobre las conclusiones planteadas por el Ministerio Público con motivo de la investigación preparatoria. Como dice el Dr. Barrientos Pellecer, no hay paso automático del procedimiento preparatorio al debate, ya que para evitar abusos o la salida indebida de casos del sistema penal se establece este procedimiento filtro.

Tampoco esta fase intermedia es para determinar la culpabilidad del acusado, su objetivo es permitir al juez evaluar si existe o no sospecha fundada para someter a una persona a juicio oral y público por la posibilidad de su participación en un hecho delictivo; según el Art. 332, así también para verificar la procedencia del procedimiento abreviado, sobreseimiento, clausura provisional, suspensión condicional del proceso o del criterio de oportunidad.

Esta etapa tiene un carácter esencialmente garantista y responde al humanitarismo del derecho penal contemporáneo que impide llevar a juicio a una persona sin un mínimo de probabilidades de imputación. Es reconocido que la fase de juicio oral afecta social y moralmente a la persona a él sometida, por eso se trata de evitar acusaciones superficiales, manipuladas o arbitrarias.

En esta etapa se controla el poder conferido al Ministerio público, así como la legalidad y procedencia de sus conclusiones y corresponde al juez controlar la

²⁵ Código Procesal Penal, Concordado y Anotado con la Jurisprudencia Constitucional, incluye Exposición de Motivos por César Barrientos Pellecer. Pág. LXII y LXIII.

validez formal, la seriedad material y la procedencia del requerimiento fiscal. Se busca, además la racionalización de la administración de justicia evitando juicios inútiles por defecto o insuficiencia de la acusación, asumiendo la decisión de clausurar o sobreseer o bien la aplicación de una salida alterna.

Si se presenta acusación, ésta deberá presentarse por escrito y sustentarse en fundamentos de hecho y de derecho, en audiencia oral, en la que se discutirá sobre los hechos planteados y la probabilidad de que puedan ser demostrados en debate, por lo tanto debe contener, entre otros requisitos, una relación clara, precisa, circunstanciada e individualizada como dice Julio Maier, del hecho que se le atribuye al sindicado y su calificación jurídica y también debe contener todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, atendiendo así al principio de Acusación Necesaria. Art. 332 bis y Art. 340 del Código Procesal Penal.

Esta etapa sirve para:

a) Fijar el hecho por el cual se practicará el juicio oral y público y determinar a la persona a la que se le atribuye.

b) Que el acusado sea informado del hecho por el que se pide sea juzgado y para que conozca las pruebas en que se basa la acusación.

c) Que el acusado y su defensor y el querellante puedan señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección.

d) Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal.

e) Formular objeciones y obstáculos contra el requerimiento del Ministerio Público, instando, incluso, por esas razones, el sobreseimiento o la clausura. Art. 336.

f) El querellante podrá adherirse a la acusación, exponiendo sus propios fundamentos. Objetar la acusación porque omite a algún imputado, hecho o circunstancia de interés para la decisión final, requiriendo su ampliación o corrección.

La función del juez es calificar y evaluar la solicitud del Ministerio Público y determinar si es pertinente, congruente y fundada en hechos y derecho, esto significa que deben existir medios de investigación serios, por eso dice la ley que debe haber fundamento serio para someter a juicio oral y público a una persona.

En esta etapa se dice que el juez nada tiene que hacer con respecto a valorar la prueba, y por supuesto que así es, pero la valoración no es para determinar culpabilidad, en cierta forma se valora porque dice la ley que el juez deberá evaluar, ello significa establecer si esos medios de investigación van a permitir la discusión del hecho en un debate. El juez, en todas las audiencias siempre evalúa o valora los medios de investigación, para asumir diferentes decisiones, por ejemplo, en la etapa preparatoria, hace una evaluación de los medios de investigación para dictar un auto de procesamiento, porque encuentra sospe-

cha de la posible participación del sindicato en el hecho que se le ha intimado, y en etapa intermedia evalúa si esos medios de investigación le hacen sospechar más fundamentadamente de la participación del sindicato en el hecho respectivo y de ser así, luego de haber escuchado a las partes, si no se le planteó ninguna cuestión previa, se procede a dictar el auto de apertura a juicio, en la misma audiencia, haciendo sus respectivas consideraciones de hecho y de derecho lo llevaron a decidir admitir la acusación y abrir a juicio, dando a conocer cuáles son los medios de investigación que le permitieron arribar a tal decisión y no sólo a manifestar que existe fundamento serio, Art. 342 del CPP. En ese momento quedarán legalmente notificadas las partes.

En la misma audiencia, ya dictado el auto de apertura a juicio, el Juez Contralor convocará a las partes para que, al tercer día se lleve a cabo la audiencia de ofrecimiento de prueba, siempre será audiencia oral en la que el juez, luego de escuchar cuál es la prueba que ofrece cada una de las partes y de haber concedido la palabra a la otra parte resolverá admitiendo la prueba útil y pertinente y rechazando la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal, rechazo que se producirá de acuerdo a la discusión que se genere, según las objeciones planteadas, concediendo el respectivo derecho de réplica al interesado para que defienda su prueba, presentando argumentos que fundamenten su pretensión. Es una audiencia en la que se pone de manifiesto lo adversarial de nuestro proceso, tomándose en cuenta que el DEBATE es la etapa plena y principal del proceso porque en ella se produce el encuentro personal de los sujetos procesales y de los órganos de prueba; se comprueban y valoran los hechos y se resuelve, como resultado del contradictorio, el conflicto penal.

III) LA PRUEBA

La prueba es definida por diferentes autores y de acuerdo al Dr. Luis Alexis Calderón Maldonado²⁶, es todo aquello que puede servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso penal son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva. La prueba es el único medio para descubrir la verdad y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad en las decisiones jurisdiccionales.²⁷

Siempre refiriéndome a la exposición de motivos del Código Procesal Penal éste se refiere a los artículos 181 al 253 indicando que los mismos comprenden lo relativo a la prueba. La sección primera contiene las disposiciones generales que obligan el deber de procurar la averiguación de la verdad al Ministerio Público. Los jueces establecerán la verdad a través de los medios de prueba permitidos y practicados conforme a los procedimientos establecidos en este Código, que fijan por regla general, la etapa de juicio como el momento procesal de su producción oral y contradictoria.

²⁶ Materia de Enjuiciamiento Criminal. Luis Alexis Calderón Maldonado. Pág. 240.

²⁷ *Ibídem*. Pág. 232.

En ningún caso podrá dictarse auto para mejor fallar puesto que sería introducir medios de prueba o elementos de juicio fuera del contradictorio y violar el principio de defensa.²⁸

Como base legal del régimen probatorio del sistema acusatorio, se encuentra:

a) La Libertad de prueba, que se consagra en el artículo 182, principio estrechamente relacionado con la utilización de los medios técnicos y científicos, como fundamento del descubrimiento y reconstrucción de la verdad.

b) La licitud de la prueba (art. 186) por la cual los elementos y medios utilizados en la recolección, práctica y conservación de las pruebas no deben afectar la dignidad humana (art. 182), ni contravenir las disposiciones legales para su producción.

c) Que los medios de prueba utilizados se refieran directa o indirectamente al objeto de la averiguación y sean útiles para el descubrimiento de la verdad (art. 186).

d) La libre y racional convicción del juez, basándose en cualquier medio probatorio legalmente introducido en el proceso, sin sujeción a tarifa alguna (sana crítica razonada, art. 186).

IV) ADMISIBILIDAD E INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.

Un medio de prueba para ser admisible debe referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. En este sentido, el Juez de primera Instancia, según el artículo 343 del Código Procesal Penal establece que éste resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal, siendo inadmisibles en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, papeles y los archivos privados, siempre que no estén autorizados por Juez competente.

Según el autor Luis Alexis Calderón Maldonado²⁹, los artículos 181 y 183 del CPP señalan los rasgos que debe poseer la prueba admisible de la siguiente forma:

a) Objetiva. La prueba no debe ser fruto del conocimiento privado del juez o del fiscal, sino que debe ingresar al proceso desde lo externo para poder ser valorada, siendo así fácilmente controlada por la partes. Por ejemplo, si el juez conoce de un hecho relevante relacionado con el proceso a través de un amigo, no podrá valorarlo si no es debidamente introducido al proceso. La prueba de oficio como un resabio del sistema inquisitivo se encuentra debidamente limitado en las oportunidades y condiciones previstas por la misma ley. Art. 381 CPP.

²⁸ | *Ibídem*. Pág. 233.

²⁹ | *Ibídem*. Pág. 234.

b) Legal. La prueba debe ser obtenida a través de medios permitidos e incorporada de conformidad con lo dispuesto en la ley. Se refiere a la licitud de la obtención de la misma. Artículo 182 y 185 CPP.

c) Útil. La prueba útil será aquella que sea idónea para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar.

d) Pertinente. El dato probatorio debe guardar relación directa o indirecta con el objeto de la averiguación. La prueba podrá versar sobre la existencia del hecho, la participación del imputado, la existencia de agravantes o atenuantes, la personalidad del imputado, el daño causado, etc.

e) No abundante. Una prueba será abundante cuando su objeto haya quedado suficientemente comprobado a través de otros medios de prueba.

V) PRUEBA ILEGAL.

El fin del proceso se ha dicho que es la búsqueda de la verdad, sin embargo, en un estado democrático, este fin no es absoluto, está limitado. La barrera a esta búsqueda de la verdad está en el respeto a los derechos y garantías que otorga la Constitución y las leyes procesales. La prueba ilegal no podrá ser valorada y ésta se puede originar por dos motivos: por obtención a través de un medio probatorio prohibido o por incorporación irregular al proceso. Artículo 186 CPP.

a) Medios probatorios con prohibición absoluta: Son aquellos medios probatorios que en ningún caso serán admisibles. Básicamente se refieren a aquellos medios que afecte a la integridad física y psíquica de la persona. Por ejemplo, nunca se podrá admitir una prueba obtenida bajo torturas o malos tratos.

b) Medios probatorios que requieren de autorización Judicial. Existen algunos medios de prueba que por afectar derechos básicos de las personas sólo serán admisibles con orden de juez competente. Por ejemplo los artículos 23 y 24 de la Constitución establecen la inviolabilidad de la vivienda, correspondencia, comunicaciones y libros, pero autoriza como excepción la afectación de este derecho, con autorización judicial debidamente razonada.

VI) LA IRREGULARIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA.

La incorporación de la prueba al proceso debe hacerse a través de las vías establecidas para ello, con las formalidades que exige para el efecto la ley. El CPP detalla en su articulado una serie de requisitos formales necesarios para realizar por ejemplo una diligencia de reconocimiento en fila de personas, o para realizar un allanamiento, pues bien, estas reglas deben ser observadas. También existen requisitos para conformar el anticipo de prueba que deben ser cumplidas. La inobservancia de las formalidades exigidas por la ley impedirá la valoración de las pruebas obtenidas, artículo 281 CPP. El Ministerio Público tiene que ser sumamente cuidadoso durante la etapa de investigación para realizar las diligencias pertinentes y cuando considere prudente preservar alguna evidencia para presentarla como prueba en juicio, tendrá que ser celoso en que se cumpla el procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades en las que pueda incurrir.

VII) MOMENTOS PROCESALES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

Gustavo Vivas Ussher³⁰ en su libro Manual de Derecho Procesal Penal 2, indica que se distinguen dos grandes momentos: la proposición de diligencias probatorias y la producción y recepción de tales elementos convictivos.

En nuestro medio, el procedimiento probatorio es una manifestación del contradictorio, así como no se puede concebir un proceso sin debate, tampoco es factible aceptar que una parte aporte prueba, sin la fiscalización del juez y del adversario.

En el Derecho Procesal debe existir un orden que permita incorporar la prueba mediante una serie de pasos que debemos seguir y que conocemos como procedimiento probatorio. En nuestro proceso civil está conformado por tres etapas: el ofrecimiento, el petitorio o proposición y el diligenciamiento. En nuestro proceso penal pueden identificarse claramente: 1) el Ofrecimiento, en virtud que es el anuncio que hacen las partes de las pruebas que se diligenciarán en el Juicio o Debate y que hayan sido admitidas por el Juez Contralor en la audiencia de Ofrecimiento de Prueba, debidamente discutida; y, 2) el Diligenciamiento que se lleva a cabo en el Debate, que es el acto procesal en donde los jueces a través del diligenciamiento de prueba pueden percibir y decidir, de acuerdo a los hechos por el que se acusó y los medios de prueba que se presentaron sobre cuál será su decisión final con respecto a la sentencia. Esta es la parte esencial del proceso penal, ya que es aquí donde intervienen de forma directa los sujetos procesales, quienes exponen sus debidos argumentos, basados en el resultado de las pruebas para lograr uno de los fines del proceso que es el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma.

El Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración, encontrando en dicho precepto las categorías garantistas que ha plasmado el fundador del Garantismo, Luigi Ferrajoli, quien de una manera clara, nos exhorta a observar que existe una concatenación de ciertos conceptos, de tal manera que, no puede aplicarse una pena si no existe regulada en una ley conjuntamente vinculada a un delito. Esa ley debe ser necesaria y lesiva es decir, que debe haber ocasionado un daño en el catálogo de bienes jurídicos protegidos. Esa lesión solamente puede ser producida por un comportamiento (acción u omisión). Ese comportamiento debe enunciarse en una acusación debidamente fundamentada que faculte la iniciación de un juicio en donde se prueba contundentemente y con la presencia, revisión y control de la Defensa.³¹

³⁰ Gustavo Vivas Ussher. Manual de Derecho Procesal Penal. La Prueba en el Proceso Penal. Pág. 121, 122 y 123.

³¹ Calderón Maldonado. Op. Cit. Pág. 213.

VIII) EXPERIENCIA EN EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE DE SAN MARCOS.

Desde la vigencia del artículo 343 del Código Procesal Penal el 25 de mayo de 2010, el cual fue agregado por el artículo 14 del Decreto 18-2010 del Congreso de la República, emitido el 20 de abril de 2010, promulgado el 21 de mayo de 2010, publicado en el Diario de Centro América el lunes 24 de mayo de 2010, en el mencionado Órgano Jurisdiccional se han realizado las Audiencias de Ofrecimiento de Prueba, haciendo uso del Formato Oficial que para el efecto se elaboró por parte de un cooperante y así unificar el procedimiento a nivel nacional. Ese formato está diseñado de tal manera que permite hacer la lista de pruebas, de acuerdo al orden contenido en el Código Procesal Penal, el cual inicia con Peritos, Testigos, Documentos y otros, pudiendo ser éstos: Reconocimiento Judicial, u otros, de acuerdo a los medios de prueba que fueron admitidos en la Audiencia de Ofrecimiento de Prueba.

Según la experiencia, ese formato ha facilitado el control de la prueba, en virtud que tanto Ministerio Público como Defensa y Querellante Adhesivo, si hubiere, pueden leer detenidamente cada uno de los medios de prueba, así como el objeto de la misma, porque, si bien es cierto la audiencia es oral, también lo es que nuestra capacidad de retención de cada uno de esos medios de prueba, según la cantidad y calidad de la misma, puede que no permita que realicemos el análisis que la misma requiere para poder objetarla cada uno de los sujetos procesales mencionados y para el Juez tener también esa misma capacidad para dictar el auto que admita la prueba pertinente y rechace la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal.

La idea o intención fue esa, facilitar el trabajo y teniendo los listados a la vista, se puede revisar detenidamente y así establecer si la prueba es como lo exige la ley o por el contrario, no se ajusta a ella y de ahí vendrán las objeciones por cada uno de los sujetos procesales, quienes deberán argumentar y fundamentar debidamente las mismas para convencer al Juez de admitirla. Luego de conceder unos minutos para revisar los listados respectivos fuera de audiencia se da inicio a la misma concediendo la palabra a la Defensa, para que se pronuncie en cuanto a si tiene objeciones que plantear en contra de la prueba que ofrece el ente Investigador. La razón de escuchar primero a la Defensa es porque como ya se tuvo la oportunidad de revisar los listados respectivos, para evitar la lectura de los mismos, los sujetos procesales sólo hacen mención de los medios de prueba que objetan y la razón de esa objeción. La misma dinámica se sigue con Ministerio Público.

Para mayor comodidad y facilidad, primero se resuelve la prueba ofrecida por Ministerio Público, querellante Adhesivo, si lo hubiere, y a continuación la de la Defensa, concediendo la respectiva réplica, ello para que se tenga la oportunidad de defender el motivo por el cual se está ofreciendo ese medio de prueba que se está objetando, aclarando que, si algún medio de prueba no fue objetado por los sujetos procesales, como contralora de legalidad advierto que no obstante no fue objetada, se considera que la prueba es impertinente, ilegal, innecesaria o abundante, motivando debidamente dicha decisión.

No es correcto que en la forma en que se ofrezca la prueba, así se admita por parte del Juez, porque no se está generando el contradictorio que caracteriza el Sistema Acusatorio Adversarial que nos rige y por supuesto a dicha audiencia, tomándose en cuenta que no se puede llegar a juicio sin prueba útil, legal, pertinente y no abundante sin la presencia, revisión y control de la defensa, como se apuntó en las categorías garantistas de Luigi Ferrajoli.

Esa discusión es relevante, porque de ella depende la calidad y cantidad de pruebas que vayan a diligenciarse en el Debate y que permitirán dictar la Sentencia que se espera, según la Teoría del Caso que hayan presentado en su Alegato de Apertura cada uno de los Sujetos Procesales. La decisión del Juez, si causa agravio puede impugnarse a través del Recurso de Reposición.

En el lado derecho del Formato encontramos una línea en la que dice ADMITIDA y debajo de ella dos columnas, una que dice SI y la otra NO. En las mismas brevemente se anota el motivo con las solas palabras; útil, legal, pertinente o bien lo contrario de ellas, la motivación o argumentación del Juez queda grabada para que puedan los sujetos procesales, si es necesario acudir a ellas para lo que consideren pertinente.

Resulta interesante esta reforma porque con ella, los actos preparatorios del Debate los realiza el Juez Contralor, quien conoció el proceso desde el inicio y su función culmina precisamente con esta audiencia, evitando así, que el Tribunal o Juez de Sentencia se predispongan o se puedan parcializar al empezar por calificar la prueba, sin haberla diligenciado.

Como podemos advertir, esta audiencia no es parte de la Etapa Intermedia, porque la misma finaliza cuando el Juez decide admitir la Acusación y Abrir a Juicio Penal, y la audiencia de Ofrecimiento de Prueba se celebra al tercer día, o bien, si así se dispone en consenso antes del tercer día, nunca después de dicho plazo, es una audiencia fuera de la Etapa Intermedia, por lo tanto es audiencia de Preparación del Debate.

Conforme a las innovaciones Jurisprudenciales de 2016, la Corte de Constitucionalidad se pronunció manifestando que el proceso penal guatemalteco según la legislación procesal penal, se compone de diferentes etapas que se desarrollan de manera lógica y sucesiva, dentro de las que se encuentra la etapa intermedia, la cual concluye con la decisión de decretar la apertura a juicio. Decidida ésta, se desarrolla la etapa de juicio, que de acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Penal se divide en dos fases: la de preparación del debate y la de debate, propiamente dicho.

Mediante el Decreto 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala, que introdujo reformas al Código Procesal Penal, se trasladó el desarrollo de la audiencia de ofrecimiento de los medios de prueba ante el Juez contralor de la investigación y dejó de ser competencia del Tribunal de Sentencia; por lo que siguió siendo parte de la preparación para el debate, para reforzar el principio de imparcialidad y evitar crear juicios de valor anticipados en los sentenciadores.

Las resoluciones que en esa fase se emite, son cuestionables por vía del recurso de reposición, tal como lo dispone el Artículo 403 del Código Procesal Penal que regula: “Las resoluciones emitidas durante el trámite del juicio podrán ser recurridas por las partes tan solo mediante su reposición. En el debate, el recurso se interpondrá oralmente y se tramitará y resolverá inmediatamente sin suspenderlo en lo posible. La reposición durante el juicio equivale a la protesta de anulación a que se refiere la apelación especial para el caso de que el tribunal no decida la cuestión de conformidad con el recurso interpuesto”.

La decisión que se emita respecto de ese recurso no adquiere carácter de definitiva, porque el planteamiento de ese medio de impugnación únicamente equivale a la protesta de anulación que habilita la interposición del recurso de apelación especial por motivo de forma. De esa cuenta, puede concluirse en que, en caso de persistir inconformidad con el rechazo o admisión de los medios de prueba, esa decisión debe ser trasladada a conocimiento del órgano superior jerárquico, por vía del recurso de apelación especial, previa protesta de anulación formal por medio de reposición cuyo agotamiento deviene obligatorio.

Para mayor ilustración, se agrega copia del formato al que se ha hecho referencia, siendo el siguiente:

Datos de identificación

PRUEBA PRESENTADA POR: _____

A) TESTIMONIAL:

ADMITIDA	
1. Nombre testigo: Documento de identificación: Objeto de la prueba:	
2.	
3.	
4.	

B) PERICIAL:

ADMITIDA	
1. Nombre Perito: Lugar para recibir notificaciones (Correo Electrónico, teléfono, dirección física): Documento de identificación: Objeto de la prueba:	
2.	
3.	
4.	

C) DOCUMENTAL:

ADMITIDA	
1. Descripción de la prueba: Objeto de la prueba:	
2.	
3.	
4.	

D) PRUEBA MATERIAL:

ADMITIDA	
1. Descripción: Lugar donde se encuentra: Objeto de la prueba:	
2.	
3.	
4.	

IX) DERECHO COMPARADO

El Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales (Código Único) Comentado y Correlacionado de los Estados Unidos Mexicanos en su Título VII contiene la ETAPA INTERMEDIA y en el Artículo 334 establece que la Etapa Intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio.

Esta etapa se compondrá de dos fases, una escrita y otra oral. La fase escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

Dicha audiencia la denominan: AUDIENCIA INTERMEDIA O DE PREPARACION DE JUICIO ORAL. RESPONSABILIDAD QUE DEBE ASUMIR EL JUEZ PARA LOGRAR UN EFICAZ DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

Es en la audiencia intermedia o de preparación de juicio oral donde las partes ofrecen sus pruebas con miras a conformar el material probatorio que habrá de analizarse en el juicio oral, por tanto, es también en esa audiencia o de donde puede tener lugar la actividad encaminada a la exclusión de pruebas (por ilicitud y cualesquiera otra razón que legalmente imposibilite su admisión y potencial desahogo). Ahora bien, en dicha audiencia el juzgador debe asumir la responsabilidad de hacer notar las incongruencias o deficiencias en ese ofrecimiento respetando siempre el equilibrio procesal, pero garantizando el derecho de las partes a manifestarse libremente sobre sus propias pruebas o de la contraria, sobre todo cuando una determinada sociedad transita en un periodo de adaptación a un nuevo sistema procesal donde el juez debe guiar (no sustituir) el debido ejercicio de las partes, sin rayar en protagonismos que se traduzcan en obstáculo para estas, bajo el pretexto de simples formulismos, puedan ejercer su libertad de argumentación y correspondiente prueba.³²

³² Tesis aislada, décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su gaceta, libro I, octubre de 2011, pág. 1607.

BIBLIOGRAFIA:

1. Calderón Maldonado, Luis Alexis. Materia de Enjuiciamiento Criminal. Textos y Formas Impresas, Guatemala, 2,000.
2. Gordillo Galindo, Lic. Mario Estuardo. Derecho Procesal Civil Guatemalteco, Aspectos Generales de los procesos de Conocimiento. 2^a. Edición, Corregida y Aumentada. Editorial Estudiantil Fénix.
3. Vivas Ussher, Gustavo. Manual de Derecho Procesal Penal 2. La Prueba en el Proceso Penal. Alveroni Ediciones, ciudad de Córdoba, República de Argentina, agosto de 1999.

LEGISLACION:

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Código Procesal Penal Guatemalteco con Exposición de Motivos.
3. Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales (Código Único) Comentado y Correlacionado, Estados Unidos Mexicanos.

ANÁLISIS Y COMENTARIOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA DELITOS MENOS GRAVES.

Luis Alberto Fernández Ramírez.

Miembro de la Comunidad Jurídica de Occidente, Quetzaltenango.

Juez de Sentencia

TABLA DE CONTENIDO: I) Introducción. II) Análisis del artículo 465 ter del Código Procesal Penal. III) Comentarios y críticas. IV) Vía impugnativa. V) Conclusiones.

I) INTRODUCCIÓN.

La Comunidad Jurídica de Occidente, se ha constituido a lo largo de los años, en un grupo de profesionales que se han dedicado al estudio y profundización de diversos temas del ámbito penal, procesal y penitenciario; “aportando ideas para la mejora de la justicia en Guatemala y a la vez, realizando acciones para la obtención de ese fin,... buscando consolidar una postura correcta de los mismos y una aplicación acertada en la práctica forense.”³³

Se trae a colación lo anterior, en virtud que algunas de esas ideas y acciones concretas para la mejora de la justicia penal de Guatemala, la constituyen los decretos 18-2010 y 7-2011 ambos del Congreso de la República de Guatemala (reformas al Código Procesal Penal), cuyos fundamentos y nociones básicas son resultado del pensamiento e influencia de nuestro coordinador, el profesor Erick Juárez.

En ésta ocasión deseo abordar un tema concreto de los que las reformas contienen, como lo es el procedimiento específico para delitos menos graves. Tal inquietud surge por tres razones principales:

1) Si la Comunidad Jurídica de Occidente cuenta con la persona que ideó y estructuró dichas reformas (prueba de ello la exposición de motivos del decreto 7-2011), oportuno resulta que la propia Comunidad socialice las verdaderas razones y sentidos de las mismas (pues se analizaron y discutieron en su seno,

³³ Revista “Discere Magis Iuris”, año 1, semestre 1. Página 1.

2) Lo anterior se hace necesario además, porque hemos observado cómo en la práctica no se ha comprendido, en lo absoluto, dicho procedimiento y por ende se ha rechazado por unos (tachándolo incluso de inconstitucional, sin éxito alguno, según las propias sentencias de la Corte de Constitucionalidad lo evidencian -a guisa de ejemplo expedientes: Inconstitucionalidad general parcial 3610-2012; inconstitucionalidad en caso concreto 4807-2014; inconstitucionalidad en caso concreto 4774-2014; inconstitucionalidad en caso concreto 764-2016;) o desnaturalizándolo por completo por otros pretendiendo convertirlo en un procedimiento común que se sustancia en la sede de paz, lo cual es incorrecto. Sumado al hecho de la forma en que se aborda por algunos profesionales dicho procedimiento, creando confusión y llevando a error a quienes los leen o escuchan. Además de las prácticas equivocadas que se comenten a diario en las judicaturas de paz donde se ha implementado dicho procedimiento y que siguen replicando hacia otras judicaturas de paz en la medida que se implementa progresivamente dicha competencia en todo el país, (mucho de esto debido al manual de procedimientos para delitos menos graves, versión USAID, que contiene varios errores y a los propios Acuerdos de la honorable Corte Suprema de Justicia.)

3) Una última intención por escribir sobre este tema, es debido a que hace algunos días, miembros de la Asociación de Jueces y Magistrados del Organismo Judicial me invitaron a compartir una serie de temas en el ámbito penal, a los jueces de paz de los departamentos de la región de occidente, haciendo especial énfasis en el procedimiento para delitos menos graves, debido al gran interés e inquietud que existe en la gran mayoría de jueces de paz por conocer y comprender adecuadamente dicho procedimiento específico, en virtud de tener ya varios de ellos competencia asignada para su diligenciamiento o estar próxima su implementación.³⁴ Por ende, es mi deseo que el presente artículo constituya una herramienta útil para ese fin, -respetando en todo momento la independencia de cada juez- complementado desde luego con el manual escrito por el profesor Juárez respecto al tema³⁵; y transmita con la mayor pureza y claridad posible la postura que la Comunidad Jurídica de Occidente tiene respecto a dicho procedimiento.

II) ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL ARTÍCULO 465 Ter DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

El procedimiento para delitos menos graves, es un procedimiento específico (es decir, distinto al procedimiento común, -algo que debe tenerse presente desde el inicio para su adecuada comprensión-, pues de lo contrario, se comete el grave error de asimilar dicho procedimiento a un procedimiento común sustanciado en la judicatura de paz.)

³⁴ Ver Acuerdos 26-2011, 40-2017 y 86-2017 todos de la Corte Suprema de Justicia.

³⁵ Juárez, Erick. Manual Para la Aplicación del Procedimiento Para Delitos Menos Graves.

Este procedimiento específico pretende dar un tratamiento distinto al común para las causas que son diferentes, en éste caso las causas menores (delitos contenidos en el Código Penal cuya pena máxima de prisión no es superior a 5 años.) Tal y como la exposición de motivos refiere: “El tratamiento procesal específico de las causas diferentes, constituye una condición ontológica fundamental para establecer procedimientos o juicio con regulación diferente...”³⁶

Para ese efecto, el artículo 13 del decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, adicionó el artículo 465 ter al Código Procesal Penal. Un solo artículo que establece el proceder esencial para la sustanciación del procedimiento para delitos menos graves, el cual es definido como: “Un procedimiento basado en reglas del juicio -contrario al sistema de dogmas procesales-, idóneo para la solución del conflicto subyacente a los delitos menos graves mediante una estructura procedimental menos compleja. No tiene paralelo ni antecedentes en el sistema jurídico procesal iberoamericano y es propia al pensamiento de su autor.”³⁷

Para su debido análisis y comentario, se irá desglosando el contenido de dicho artículo en sus partes esenciales.

“Artículo 465 Ter. Procedimiento para delitos menos graves. El procedimiento para delitos menos graves constituye un procedimiento especial que se aplica para el juzgamiento de delitos sancionados en el Código Penal con pena máxima de cinco años de prisión. Para este procedimiento son competentes los jueces de paz, y se rige, aparte de las normas procesales generales, por las especiales siguientes:”

Ya se indicó, más por su importancia se recalca, este procedimiento es un procedimiento específico, es decir, distinto al común. Esto desde ya rompe la falsa idea e intención de encajar el mismo en las fases o etapas del procedimiento común. De hecho la intención de los procedimientos específicos es precisamente la supresión de una o más fases del proceso común. Para ilustrar basten tres ejemplos: 1) El procedimiento abreviado, mantiene la etapa preparatoria e intermedia, pero suprime el juicio, dictándose sentencia por el propio juez que controló la investigación. 2) El juicio para delitos de acción privada suprime las etapas preparatoria e intermedia y va directamente al juicio luego de presentada la querrela y agotada la vía conciliatoria. 3) El procedimiento simplificado suprime la etapa preparatoria y va directamente a la discusión de la acusación, para luego ir a juicio, en el evento que se declare la apertura del mismo.

³⁶ Exposición de Motivos, Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala. Página CI
³⁷ Juárez, Erick. Op. Cit. Página 2

Lo anterior nos brinda una idea base del por qué no es aplicable al procedimiento para delitos menos graves, la primera declaración, el auto de procesamiento o la etapa preparatoria ni la etapa intermedia; debe quedar claro que no se trata de un error normativo o de una laguna legal por falta de regulación, por el contrario, es un aspecto que fue suprimido a propósito del mismo por no ser necesario para su sustanciación. Muestra de ello lo siguiente:

La declaración del imputado constituyó, desde el siglo XIV, el acto inicial y principal del proceso, por una simple razón: la confesión constituía plena prueba o prueba suficiente para la condena. Hasta antes de 1994, la confesión del acusado aún se regulaba como elemento probatorio suficiente para fundamentar la condena. El cambio de sistema procesal, expulsa ese concepto y en consecuencia transforma la declaración del imputado como un medio de defensa, sin embargo, en la estructura procesal se siguió utilizando como el acto inicial y principal del proceso, por lo cual el artículo 81 lo regula de esa forma, así como las disposiciones establecidas en los artículos 334, 370, 371 y 372 del Código Procesal Penal; esa confusión es corregida en el procedimiento para delitos menos graves, en el cual se suprime la vetusta figura procesal de “declaración del imputado”, siendo evidente que en ninguna audiencia imperativa se establece la misma, y ello no implica que se haya dejado de regular, sino por el contrario, es la más clara y enérgica forma de expulsar tal figura procesal del procedimiento.³⁸ (El resaltado y subrayado es propio.)

En cuanto al ámbito de aplicabilidad de dicho procedimiento la ley claramente refiere que son los delitos sancionados en el Código Penal con pena máxima de 5 años de prisión. De lo anterior es importante dejar en claro dos puntos: Primero, por principio de taxatividad de la ley penal, no puede interpretarse que también son aplicables los delitos contenidos en leyes especiales, pues la norma es clara al referir que son únicamente los contenidos en el Código Penal. Esto es útil para refutar lo señalado en el artículo 6 del Acuerdo 26-2011 de la honorable Corte Suprema de Justicia, que con idénticos términos replica el artículo 5 del Acuerdo 40-2017 de la honorable Corte Suprema de Justicia que establece:

“Los juzgados de paz penal a que se refieren los artículos anteriores, tendrán competencia para conocer de los delitos cuya pena máxima de prisión sea hasta de cinco años, que se encuentren contemplados en el Código Penal y leyes penales especiales, siempre y cuando no tengan competencia especializada...”
(El resaltado y subrayado es propio.)

No obstante a primera vista esto podría ocasionar confusión respecto a si el procedimiento es aplicable para los delitos contenidos en leyes penales especiales, por la contradicción entre ambas disposiciones (antinomia, doctrinariamente hablando), su solución realmente es elemental, es simple aplicación de jerarquía normativa {artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial} (pirámide kelseniana -primer criterio de solución de antinomias-), ello fácilmente nos ayuda a poder establecer qué normativa debe prevalecer sobre la otra y ser aplicable en consecuencia. Segundo, todas las figuras delictivas reguladas en el Código Penal, tienen una sanción asignada con parámetros mínimos y máximos (salvo el delito nominado de los hechos sacrílegos, que tiene penas fijas), nuevamente se trae a colación el principio de taxatividad de la ley penal, en el sentido que este procedimiento es aplicable solamente a delitos con pena máxima de 5 años de prisión; por ende no es correcta una interpretación de aplicabilidad a delitos con pena máxima superior a este parámetro bajo el argumento de “la pena que se espera en el caso concreto” o “una interpretación in bonam partem,” etc.... Aquí es oportuno señalar que los 5 años de prisión a los que la norma hace referencia, es la pena descrita en cada tipo penal y aplicable para el autor de delito consumado (art. 62 Código Penal); por ende cualquier modificación de la misma por aplicación de figuras concursales, formas agravadas o atenuadas, grados de ejecución consumados o tentados, delitos continuados o imputación de dos o más delitos (salvo que alguno supere la pena máxima descrita), no modifica en esencia la aplicabilidad de dicho procedimiento a esos delitos y por ende la competencia establecida

En cuanto a la competencia, dicho procedimiento se sustancia y resuelve en las judicaturas de paz del país, cuya aplicación se dará de un modo progresivo, según lo regula el artículo 14 del decreto 7-2011. Para ese efecto debe tenerse presente que los Acuerdos 26-2011, 40-2017 y 86-2017 todos de la honorable Corte Suprema de Justicia, han venido estableciendo las fases y fechas en que será implementado dicho procedimiento en diversos juzgados de paz del país, hasta alcanzar una cobertura total. Un aspecto importante a tomar en cuenta es que la ley literalmente refiere “para este procedimiento son competentes los jueces de paz”, ello implica que a los jueces de paz se les confirió una competencia de tipo procesal (para juzgar a través de ese procedimiento los delitos que no superen 5 años de prisión), pero en ningún momento se les confirió competencia para conocer esos delitos a través del procedimiento común -competencia material- (este procedimiento se sustancia ante los jueces de primera instancia), por lo que nuevamente se evidencia el error de pretender aplicar normas o fases procesales del mismo a este procedimiento específico, extremo este que se comenta a continuación..

Un último aspecto que se considera sumamente importante de explicar, es la parte final del pasaje transcrito donde se señala: “se rige, aparte de las normas procesales generales, por las especiales siguientes.” Ello porque es lo que a mi

consideración ha provocado la mayor parte de la confusión en la sustanciación de este procedimiento. Este apartado ha servido de base a muchos para malinterpretar que las disposiciones del procedimiento común son totalmente aplicables a este procedimiento y con ello desnaturalizar el mismo utilizando la primera declaración, el auto de procesamiento o el plazo de investigación entre otros (como ejemplo ver páginas 9 a 14 del manual versión USAID, o las páginas 102 a 104 de la Revista del Defensor número 9), lo cual no es correcto, esa no es la intención de dicha regulación y tampoco es jurídicamente viable puesto que como se indicó anteriormente el juez de paz tiene una competencia meramente procesal respecto a este procedimiento, más no material³⁹. Dicho de modo simple, el juez de paz es competente para aplicar el procedimiento regulado para delitos menos graves (procesal), más no para juzgar delitos hasta de 5 años aplicando el procedimiento común (material), que son aspectos totalmente distintos.

Cuando la norma se refiere a la aplicabilidad de las normas procesales generales se refiere a aquellas que no contradigan o tergiversen el sentido del procedimiento específico, el cual precisamente por el principio de especialidad tendría preferencia sobre las restantes normas generales (art. 13 Ley del Organismo Judicial.) A guisa de ejemplo (más no es un listado taxativo o limitativo), se refiere a: normas referentes a la persecución penal (actos introductorios, citaciones, conducciones, órdenes de detención, autorizaciones judiciales -allanamiento, información personas particulares-, etc.), salidas alternas al procedimiento y sustitutivos penales (criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, conversión de la acción, conmuta, conversión de multa, suspensión condicional de la ejecución de la pena, etc.), audiencias potestativas (plantamiento de excusas, revisión de medida de coerción en el evento que sea impuesta -lo cual se explicará más adelante-, medidas cautelares o de seguridad para protección de la víctima), normas de la actividad procesal (idioma, lugar y tiempo de los actos, forma oral de las audiencias, modo de pedir audiencias y de informar de las decisiones de las mismas, etc.), obstáculos a la persecución penal, normas referentes a la prueba, derecho de reparación digna en el evento de condena, medidas cautelares para asegurar dicha reparación, etc...

Como puede apreciarse todos los institutos procesales antes enumerados son meramente complementarios, pero en ningún momento desnaturalizan o modifican el diseño normativo original del procedimiento para delitos menos graves; por eso es que la definición del procedimiento para delitos menos graves antes transcrita, señala “procedimiento basado en reglas del juicio”, pues se presupone está dirigido a profesionales de derecho que ya conocen el proceso penal, por lo cual no es necesario regular nuevamente todos los institutos que son de aplicación general. Como ya se dijo antes, pero es necesario insistir por su importancia e

incomprensión, este es un procedimiento específico, por lo que es un grueso error el pretender convertirlo en un procedimiento común sustanciado en la judicatura de paz.

Para confirmar lo antes expuesto, se transcribe un extracto de lo manifestado por la Corte de Constitucionalidad al referirse a la aplicación de una norma de carácter general dentro de este procedimiento específico cuando existe incompatibilidad entre su regulación. La Corte señaló:

Es de resaltar, en cuanto a lo argumentado por el postulante relativo a la inobservancia del artículo 118 del Código Procesal Penal que indica que la solicitud de acusador adhesivo deberá efectuarse siempre antes de que el Ministerio Público requiera la apertura del juicio o el sobreseimiento, se advierte que **ese precepto legal no resulta aplicable al presente caso, pues, como se dijo, se trata de un procedimiento especial que cuenta con reglas específicas que, en todo caso, prevalecen sobre las normas generales del procedimiento común,** especialmente porque sería inviable exigir que la constitución de querellante adhesivo sea previo a que el Ministerio Público requiera la apertura a juicio, cuando este tipo de procedimiento inicia, precisamente, con la presentación de la acusación o la querrela... (El resaltado y subrayado es propio.)⁴⁰

Continuemos:

“1) Inicio del proceso: El proceso da inicio con la presentación de la acusación fiscal o querrela de la víctima o agraviado;”

Es oportuno clarificar que lo que inicia a través de la presentación de la acusación fiscal o de la querrela, es el proceso propiamente, ante la judicatura de paz. Sin embargo ello no necesariamente coincide con el inicio de la persecución penal, la cual pudo haber comenzado con mucha antelación, en la sede fiscal mediante la presentación de los actos introductorios de proceso penal (salvo la querrela por obvias razones), por lo que la misma sigue la ruta normal establecida en la sede fiscal, hasta que se presenta la acusación respectiva, con el control de la judicatura para los actos que requieren autorización judicial (Art. 308 CPP) incomprensión, este es un procedimiento específico, por lo que es un grueso error el pretender convertirlo en un procedimiento común sustanciado en la judicatura de paz.

Otro aspecto que merece comentario es el hecho que la normativa abre la posibilidad para que no solo el ente fiscal como titular de la acción penal dé inicio al procedimiento, sino que la víctima o agraviado de forma directa también tenga el derecho de realizarlo. Aspecto este que fue considerado de dicha manera como una forma de “facilitar el libre acceso de las víctimas de delitos ante una judicatura para requerir la tutela judicial efectiva..., asegurar a la víctima, que ante la

⁴⁰ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de Amparo. Expediente 2555-2015, sentencia de fecha 11-11-2015.

indiferencia del Ministerio Público a su denuncia, pueda tener una vía directa para requerir un juicio justo, sin depender de esa Institución para ello; y potencializar el uso de la conversión, ya establecida normativamente en el artículo 26 del Código Procesal Penal, pero insignificamente utilizada.”⁴¹ Oportuno es indicar que la acusación que presente el fiscal debe cumplir los requisitos regulados en el artículo 332 bis del Código Procesal Penal, en tanto la querrela que presente la víctima o agraviado debe cumplir además con los requisitos regulados en el artículo 302 del mismo cuerpo legal, en lo que les resulte aplicables.

Resulta adecuado en éste punto comentar un aspecto que ha traído serias confusiones en la práctica, como lo es la detención flagrante o bien el cumplimiento de la orden de detención girada: tales situaciones no son eventos que den inicio propiamente al procedimiento por delitos menos graves, y en consecuencia no modifican en lo absoluto el diseño normativo del mismo. Toda vez, que al momento en que se pone a disposición de la judicatura de paz a la persona detenida (bien por cumplimiento de la orden de detención girada o bien por detención flagrante), lo que debe realizarse es imponer al fiscal o al querellante según el caso de la obligación que presenten la acusación o querrela respectiva y fijar la audiencia de conocimiento de cargos, dentro del plazo máximo de 24 horas que la ley fija. (arts. 6 y 9 de la Constitución Política de la República de Guatemala, art. 87 del Código Procesal Penal.) Dicha circunstancia desde un inicio se hallaba claramente explicada en la exposición de motivos respectiva al señalar:

indiferencia del Ministerio Público a su denuncia, pueda tener una vía directa para requerir un juicio justo, sin depender de esa Institución para ello; y potencializar el uso de la conversión, ya establecida normativamente en el artículo 26 del Código Procesal Penal, pero insignificamente utilizada.” Oportuno es indicar que la acusación que presente el fiscal debe cumplir los requisitos regulados en el artículo 332 bis del Código Procesal Penal, en tanto la querrela que presente la víctima o agraviado debe cumplir además con los requisitos regulados en el artículo 302 del mismo cuerpo legal, en lo que les resulte aplicables.

Si, justificadamente el Ministerio Público o, en caso de querrela, la víctima, acredita el primer supuesto del artículo 266 del Código Procesal Penal, el Juez puede ordenar la aprehensión para que la persona del imputado sea presentado ante el Juzgado, en cuyo caso la audiencia se llevará a cabo dentro de las 24 horas siguientes de la aprehensión, convocando inmediatamente a los demás sujetos procesales y sus abogados; de igual forma debe procederse en los casos de flagrancia, para cuyo efecto el fiscal o la víctima, deben presentar su acusación o querrela en un plazo menor de 24 horas, a efecto de realizarse la audiencia de conocimiento de cargos dentro del plazo máximo que establece la Constitución Política de la República, para escuchar a los detenidos. ⁴²

⁴¹ Exposición de Motivos. Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala. Páginas CIV y CV
⁴² Ibid. Pág. CV

Razón por la cual sorprende que en la práctica se haya tergiversado tal situación y se haya aplicado erróneamente la declaración del acusado contenida en los artículos 81 y 82 del Código Procesal Penal y la toma de una serie de decisiones (vinculación procesal, medida de coerción y plazo de investigación, lo cual abre la etapa preparatoria) que en este procedimiento no son aplicables. Aun y cuando se reconoce que tal error muy probablemente sea generado por el contenido de los Acuerdos 26-2011 y 40-2017 de la honorable Corte Suprema de Justicia, los cuales serán objeto de análisis posteriormente; y en consecuencia dicho error sea replicado y mantenido en el manual versión USAID.

Oportuno resulta indicar que, si dentro del plazo indicado (24 horas máximo), no fuera presentada la acusación fiscal o la querrela respectiva, el juez de paz deberá resolver la situación jurídica de la persona detenida puesta a su disposición, en éste caso decretando su libertad por no haberse iniciado la acción en su contra, sin menoscabo que en un futuro pueda ser presentada hasta en tanto no transcurra el lapso de prescripción (art. 107 del Código Penal), pero estando en libertad la persona contra quien se formula la misma.⁴³ Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en el escenario práctico dicha incidencia difícilmente sucederá si se toma en cuenta que la fiscalía tiene conocimiento de la detención de forma inmediata y acceso a las evidencias que fueran obtenidas por parte de la Policía Nacional Civil al momento de la detención ya que las mismas son entregadas directamente al ente fiscal.

Baste a forma de comparación, lo que procede en el evento que se ponga a disposición de una judicatura de paz a una persona detenida en flagrancia, por el señalamiento de un delito clasificado como de acción privada (art. 24 quater CPP). Evidentemente en ese supuesto no se comete el error antes mencionado, (declaración, auto de procesamiento, medida de coerción, plazo de investigación), porque dicha acción no se ventila mediante el procedimiento común, sino mediante otro procedimiento específico -para delitos de acción privada- y su iniciación solo ocurre mediante la presentación de la querrela en el tribunal de sentencia competente. Si esto puede comprenderse, sorprende, como antes se dijo, que hoy todavía no se entienda que el procedimiento para delitos menos graves solo inicia con la presentación de la acusación o querrela de la víctima, por lo que la flagrancia o cumplimiento de orden de detención no altera el diseño normativo del procedimiento como erróneamente plantean tanto los Acuerdos de la honorable Corte Suprema de Justicia y el manual versión USAID.

A forma de conclusión, como incansablemente se viene mencionando, el procedimiento para delitos menos graves es un procedimiento específico con reglas propias distintas a las del procedimiento común y que tienen preferencia de aplicación en virtud del principio de especialidad. El no entender dicha

43 | Artículos 6, 9 y 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

circunstancia y querer convertir el procedimiento para delitos menos graves en un procedimiento común, atenta contra la naturaleza el mismo y vulnera la garantía del debido proceso. Así lo ha expuesto, la Corte de Constitucionalidad al referirse a la modificación del diseño normativo de dicho procedimiento. La Corte señaló:

Con base en la ilación fáctica que precede, resulta oportuno indicar que si bien es cierto el acto cuestionado en amparo es la decisión por la que el Juez reprochado declaró sin lugar el recurso de reposición, instado contra la resolución mediante la que se fijó fecha para que el Ministerio Público presentara acto conclusivo referente al delito de Uso de información, **no puede obviarse, por parte de este Tribunal que la autoridad refutada no solo varió el procedimiento para juzgar los delitos menos graves sino también contravino su naturaleza rápida y sencilla...** Atendiendo a lo expuesto ut supra, esta Corte concluye que **todo lo actuado con posterioridad a la decisión referida deviene violatorio a los principios jurídicos de imperatividad y debido proceso**, por lo que es procedente otorgar la protección constitucional solicitada.⁴⁴ (El resaltado y subrayado es propio.)

Prosigamos:

“2. Audiencia de conocimiento de cargos: Esta audiencia debe realizarse dentro de los diez (10) días de presentada la acusación o querrela, convocando al ofendido, acusador, imputado y su abogado defensor, desarrollándose de la siguiente manera:

a. En la audiencia, el juez de paz concederá la palabra, en su orden, al fiscal o, según el caso, a la víctima o agraviado, para que argumenten y fundamenten su requerimiento; luego al acusado y a su defensor para que ejerzan el control sobre el requerimiento;

b. Oídos los intervinientes, el juez de paz puede decidir:

I. Abrir a juicio penal el caso, estableciendo los hechos concretos de la imputación;

II. Desestimar la causa por no poder proceder, no constituir delito o no tener la probabilidad de participación del imputado en el mismo;”

El desarrollo de esta audiencia sigue la lógica de todo sistema adversarial, posee una estructura simple, que permite la discusión de los aspectos esenciales en el caso; que en un primer momento se refieren a la imputación fáctica y jurídica, es decir, los hechos por los cuales se acusa y los fundamentos con que se cuenta para sustentar la acusación, así como el derecho aplicable (ilícito penal, que necesariamente tendrá que ser una norma jurídica contenida en el Código Penal, cuya pena máxima de prisión no sea superior a 5 años). Para ello luego que el juez abre la audiencia, verifica la presencia de los sujetos procesales y hace las advertencias preliminares, confiere audiencia en principio al fiscal y al querellante o agraviado

⁴⁴ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de Amparo. Expedientes acumulados 5090-2015, 5105-2015, 5217-2015, sentencia de fecha 31-03-2016.

para que fundamenten el requerimiento (acusación o querrela) y luego al acusado y a su defensor para que argumenten respecto al requerimiento planteado, ejerciendo el control del mismo, instando incluso a su desestimación.

En este punto surgen dos situaciones especiales que merecen comentario, ya que no están reguladas explícitamente, pero que son parte integrante y esencial de todo sistema adversarial: una de ellas es la posibilidad de uso de réplica fundado en el principio contradictorio que los sujetos procesales poseen; y la segunda es el hecho de dar oportunidad para que víctima y acusado se manifiesten, lo cual no debe confundirse con una declaración como hoy la entendemos, sobre todo para éste último, sino el ejercicio de su derecho de opinión para el primero (artículo 6 de los Principios Mínimos de las Naciones Unidas para las Víctimas de Delitos Comunes y Abuso de Poder; artículo 117 literal d) del CPP) y el derecho de ser oído para el segundo (artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.)

Luego de ello en base a los argumentos realizados y evidencias presentadas para sustentar los mismos, el juez debe decidir si abre a juicio o desestima la causa (siendo estas las únicas decisiones que puede tomar), por lo que es incorrecto que el mismo resuelva aspectos distintos como sobreseimiento o clausura provisional por ejemplo, por ser figuras jurídicas inaplicables en éste procedimiento.

“c. Si abre a juicio, concederá nuevamente la palabra a los intervinientes, a excepción de la defensa, para que en su orden ofrezcan la prueba lícita, legal, pertinente e idónea a ser reproducida en debate, asegurando el contradictorio para proveer el control de la imputación probatoria. Seguidamente, el juez de paz decidirá sobre la admisión o rechazo de la prueba ofrecida, señalando la fecha y hora del debate oral y público, el que debe realizarse dentro de los veinte días siguientes a la audiencia en que se admite la prueba;”

Este punto es el segundo aspecto de discusión en la audiencia de conocimiento de cargos, referente a la imputación probatoria, se circunscribe a discutir y ejercer control (por parte de la defensa) sobre la admisibilidad de la prueba de cargo. Para el efecto inicialmente se concede la palabra al ente fiscal y a la víctima o querrelante para que en su orden ofrezcan los medios probatorios con los que cuentan y que desean sean admitidos para ser diligenciados en el debate respectivo. Una vez ofrecidos se concede la palabra a la defensa pero no para ofrecer prueba (pues la prueba de descargo no se discute como se comenta más adelante), sino para que ejerza el control sobre la prueba ofrecida por el ente fiscal o querrelante, señalando los vicios de los que pudiera adolecer (ilicitud, ilegalidad, impertinencia, no idoneidad, abundancia.)

Es importante señalar de forma expresa que por previsión normativa directa y en atención a los principios de concentración, economía procesal y celeridad, esta discusión se lleva a cabo en la propia audiencia de conocimiento de cargos, y no en una distinta, es decir, es erróneo considerar que deba señalarse una audiencia de ofrecimiento de prueba en otro momento como sucede en el procedimiento común. Por lo que no resulta adecuado, el esquema que la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES) presenta en el anexo 2 de la revista que trata el tema.⁴⁵

Además luego de ello se fija día y hora para el debate, el cual debe llevarse a cabo dentro de los 20 días siguientes. Algo que se espera que en la práctica diaria pueda ser observado y cumplido por las judicaturas de paz; y no suceda lo mismo que ocurre en el procedimiento común, donde no obstante el plazo normativo es de 10 a 15 días posterior a la audiencia de ofrecimiento de pruebas, en la realidad los debates se señalan mucho tiempo después (meses e incluso años.)

Otro aspecto que resulta en este punto importante comentar, por cuanto es parte integrante de la audiencia de conocimiento de cargos es lo relativo a las medidas de coerción. Cuando se ha resuelto lo relativo a la apertura a juicio, se ha discutido la admisión probatoria de cargo y han quedado debidamente convocados a la audiencia de debate, el fiscal o víctima tienen la oportunidad de pedir se impongan una o más medidas de coerción a efecto de asegurar la presencia del acusado al debate respectivo; o por el contrario no solicitar ninguna medida de coerción y que el acusado enfrente el juicio en libertad simple (algo con lo que están familiarizados los jueces de paz que comúnmente le denominan caución juratoria, -art. 264 Código Procesal Penal-.)

La decisión que se emita en todo caso siempre debe tener presente los parámetros de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida que se adopte, privilegiando la libertad sobre la privación de ésta, máxime si se toma en consideración que se trata de causas menores a las que les son aplicables la mayoría de beneficios y sustitutos procesales. Tal y como desde hace varios años se encuentra regulado en el artículo 261 del CPP que establece: “En delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción.”

“d. Las pruebas de la defensa, cuando así se pida en la audiencia, serán comunicadas al juzgado por lo menos cinco días antes del juicio, donde serán puestas a disposición del fiscal o querellante;”

45 | Asociación de Investigación y Estudios Sociales. Revista ASIES. Agilidad Judicial Para Delitos Menos Graves. No. 3, 2,017. Página 101.

Este es otro aspecto que ha generado controversia, confusión y diversidad de opiniones, pues se considera que el mismo vulnera el derecho de igualdad y de contradictorio, en virtud que no existe la oportunidad para que el ente fiscal y el querellante puedan ejercer el control sobre la prueba ofrecida por la defensa. Sin embargo para dar claridad a la intención de dicha regulación, prudente es señalar dos circunstancias:

Uno, debe tenerse presente la garantía constitucional de presunción de inocencia, plasmada en el artículo 14 de nuestra Constitución; dicha garantía implica no solo el derecho del acusado a ser considerado y tratado como inocente, sino sobre todo que el mismo no está obligado a probar su inocencia o no participación en el hecho por el cual se le acusa, motivo por el cual no está obligado a ofrecer prueba, claro está no lo tiene prohibido, por eso si es su deseo puede ofrecerla, más no es su obligación. Por esta razón es que la norma no le obliga a ofrecer y discutir o ejercer control sobre su prueba, como si lo exige con la prueba de cargo. Cuando se edifica un procedimiento (menos graves) sobre la base de una garantía constitucional (presunción de inocencia), la norma ordinaria debe ser coherente con la garantía descrita y permitir su plena observancia y aplicación.

Dos, el hecho que en audiencia el fiscal o querellante puedan pedir que las pruebas de la defensa sean presentadas a la judicatura a efecto de conocer las mismas, en aplicación de los principios de “igualdad y lealtad de armas”, es lo que en el derecho comparado se conoce con el nombre de “revelación o descubrimiento probatorio”, que no es más que una corriente doctrinaria de la cual existe un amplio tratamiento sobre todo en el sistema sajón o de common law, donde dicho instituto es ampliamente conocido y utilizado en la forma que aquí se regula. Lo que persigue es que se conozca si la defensa va a proponer en juicio algún medio probatorio (recordemos que no está obligada a ello, por virtud de la presunción de inocencia que le asiste). Es una facultad que tiene fiscal y el querellante para pedir dicho descubrimiento probatorio. Aspecto este que no sucede en todos los casos, puesto que si quien acusa está convencido del sustento de su teoría del caso y de los medios probatorios con que cuenta para acreditarlo, irrelevante resultaría conocer de antemano los medios de prueba de la defensa. En todo caso en el evento de ser pedido, la defensa si está obligada a “descubrir sus pruebas” por los menos cinco días antes del juicio (dentro de los veinte que la norma señala.) Como comentario final es importante señalar que en el caso que dicho descubrimiento probatorio sea solicitado y la defensa no cumpla con ello, tendría vedado el poder diligenciar la prueba en debate.

“e. A solicitud de uno de los sujetos procesales, se podrá ordenar al juez de paz más cercano, que practique una diligencia de prueba anticipada para ser valorada en el debate.”

La norma prevé la posibilidad de practicar actos jurisdiccionales de anticipo de prueba en éste procedimiento, media vez cumplan con los requisitos establecidos en los artículos 317 y 318 del Código Procesal Penal, siendo competente para decidir lo relativo a su práctica el juez de paz que conoce del proceso y siendo competentes para su diligenciamiento los propios jueces de paz que sean comisionados por el titular de la causa, teniendo preferencia el del lugar más cercano en que haya de practicarse el acto o recibirse la declaración.

“3. Audiencia de debate: Los sujetos procesales deben comparecer con sus respectivos medios de prueba al debate oral y público, mismo que se rige por las disposiciones siguientes:

- a. Identificación de la causa y advertencias preliminares por parte del juez de paz;
- b. Alegatos de apertura de cada uno de los intervinientes al debate;
- c. Reproducción de prueba mediante el examen directo y contra-examen de testigos y peritos, incorporando a través de ellos la prueba documental y material;
- d. Alegatos finales de cada uno de los intervinientes al debate;
- e. Pronunciamiento relatado de la sentencia, inmediatamente de vertidos los alegatos finales, en forma oral en la propia audiencia;”

Este pasaje de la norma, describe la forma de desarrollar la segunda audiencia imperativa en éste procedimiento, la audiencia de debate. Sigue la misma lógica de toda audiencia en un sistema adversarial, según se describe. El juez realiza la identificación de la causa, la verificación de la presencia de los sujetos procesales y las advertencias preliminares referentes al poder de disciplina, luego de ello en su orden acusador y acusado emiten ante el juez sus alegatos iniciales o de apertura, que no son más que la exposición de su respectiva teoría del caso. Finalizado lo anterior se realiza la recepción del material probatorio, que es la -actividad esencial de todo debate-, donde la función de la judicatura se limita a la identificación del perito o testigo y a la protesta respectiva de cada uno de ellos y posterior moderación del examen y contraexamen, a efecto que sea en principio la parte proponente la que proceda al examen directo del mismo, para luego ser contraexaminado por la contraparte.

Un aspecto importante a señalar es el hecho que los medios de prueba documentales y materiales deben ingresar por intermedio de la prueba personal (peritos o testigos), según la norma claramente establece, por lo que es a estos a quienes deben ponérseles a la vista, previa descripción, a efecto que informen lo que les conste sobre los mismos o lean la parte conducente respectiva. Ello implica que no existe un momento específico para lectura de documentos o exhibición de elementos materiales, sino como se señaló estos deben ingresar por conducto de un perito o testigo.

Culminada la recepción de los medios probatorios, los sujetos procesales deben emitir sus alegatos finales como una propuesta de sentencia, argumentando y explicando según su teoría del caso cómo deben ser ponderados los medios probatorios diligenciados, e indicando la normativa jurídica que consideran aplicable al caso concreto, según la visión de cada uno de ellos. En este punto (al igual que en la audiencia anterior) surgen dos situaciones especiales que merecen comentario, ya que no están reguladas explícitamente, pero que son parte integrante y esencial de todo sistema adversarial: una de ellas es la posibilidad de uso de réplica fundado en el principio contradictorio que los sujetos procesales poseen; y la segunda es el hecho que previo a clausurar el debate debe darse oportunidad para que víctima y acusado se manifiesten, lo cual no debe confundirse con una declaración, sobre todo para éste último, sino el ejercicio de su derecho de opinión para el primero (artículo 6 de los Principios Mínimos de las Naciones Unidas para las Víctimas de Delitos Comunes y Abuso de Poder, artículo 117 literal d) CPP) y el derecho de ser oído para el segundo (artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.)

Concluido el debate, el juez debe emitir la sentencia respectiva, relatando en el acto su decisión, para lo cual puede tomar un tiempo prudencial a efecto de revisar algunos puntos que considere pertinentes o estructurar el contenido del relato. La sentencia escrita debe entregarse dentro del quinto día posterior a la emisión de la sentencia (art. 390 Código Procesal Penal.) Por último si la sentencia a emitir fuera de carácter condenatorio y existiera víctima determinada, el juez debe correr audiencia a los sujetos procesales para que se pronuncien respecto a la reparación digna (si es su deseo ejercitarla o se renuncia a ella; si desean ejercitarla en el acto -concentración-; o si se acogen al plazo de tres días que la ley prevé para su desarrollo.)⁴⁶

“En todos estos casos, cuando se trate de conflictos entre particulares, el Ministerio Público puede convertir la acción penal pública en privada.”

Este instituto procesal se encuentra regulado en el artículo 26 del Código Procesal Penal y consiste en convertir la acción de pública a privada, su efecto principal es desvincular al Ministerio Público de la persecución penal (recuérdese que el ente fiscal es el titular de la acción penal pública y está obligado a su promoción de oficio -arts. 24 bis y 285 del Código Procesal Penal), facultando a que la misma sea promovida con exclusividad por el querellante en éste caso. Sin embargo en este punto es sumamente importante expresar que para estos casos la continuidad de la acción no debe darse mediante el procedimiento específico de acción privada (Arts. 474 a 483 CPP), sino a través del mismo procedimiento

⁴⁶ Pueden consultarse como referencias complementarias, tanto para la audiencia de conocimiento de cargo como para la audiencia de debate; el Manual Para la Aplicación del Procedimiento Para Delitos Menos Graves, escrito por Erick Juárez, páginas 3, 4, 5, 6 y 7. Además la Exposición de Motivos del Decreto 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, páginas CV, CVI y CVII.

para delitos menos graves ante los jueces de paz, en atención a las consideraciones filosófico-finalistas que inspiran dicho procedimiento, como lo son la ampliación de la competencia de los jueces de paz y la posibilidad que el querellante inicie de forma directa el proceso a través de la presentación de la querrela, sin depender de la institución fiscal para ello; lo que pone de manifiesto que es totalmente factible dilucidar este procedimiento sin la intervención del ente fiscal.

Si por el contrario se considerase en pleno rigor de la norma jurídica señalada, que una vez realizada la conversión el caso debe pasar al tribunal de sentencia correspondiente, se estaría provocando un efecto adverso a la intención por la cual este procedimiento (delitos menos graves) fue ideado. Por ello es que el efecto de la conversión en éste procedimiento es simplemente desvincular al ente fiscal y permitir la promoción del caso únicamente por el querellante, según se apuntó anteriormente, puesto que si la norma le confiere la facultad para iniciar el proceso por sí solo, lógico resulta que tenga la facultad de proseguirlo del mismo modo una vez realizada la conversión.

Oportuno merece señalar que este instituto procesal (conversión) tiene como única limitación que el conflicto debe ser entre personas particulares, por lo que en consecuencia estaría imposibilitada su aplicación para todos aquellos casos en que la víctima del delito no es determinada con exactitud, lo cual deviene lógico puesto que en dichos casos no existiría titular legitimado para continuar por sí mismo la acción penal.

III) COMENTARIOS Y CRÍTICAS.

Como se indicó desde un inicio, el procedimiento para delitos menos graves, ha sido objeto de diversidad de opiniones por varios sectores -la mayoría de ellas totalmente contradictorias entre sí-, lo cual lejos de dotar de claridad y comprensión respecto al mismo, ha provocado confusión e incomprensión sobre sus fundamentos, aplicación y forma de desarrollo, tanto para el gremio de profesionales litigantes (fiscales y defensores) e incluso para los propios jueces de paz, tengan o no asignada la competencia respectiva; provocando en ellos incluso temor y ansiedad respecto a este procedimiento, lo cual no debería suceder máxime si se recuerda que el mismo posee una estructura procedimental menos compleja y su naturaleza es rápida y sencilla, según se ha explicado anteriormente.

La intención de este apartado estriba en comentar algunas de esas opiniones emitidas y compararlas con los sustentos que dieron origen a dicho procedimiento y con lo regulado por la norma constitucional y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos; no con la intención de criticar destructivamente las opiniones contrarias -pues nadie es dueño de la verdad absoluta-, sino con el afán de abrir el panorama lo más ampliamente posible en búsqueda

de la más adecuada y correcta interpretación de la norma que hoy se analiza, con la intención de provocar como efecto positivo una litigación e impartición de justicia de mayor y mejor calidad. Con la especial intención que los jueces de paz en éste caso en uso de su independencia judicial tengan mayores herramientas para hacer una interpretación adecuada del cuerpo normativo que hoy les corresponde aplicar como vía procesal para la sustanciación de las causas menos graves.

A) Acuerdos 26-2011 y 40-2017, ambos de la honorable Corte Suprema de Justicia.

La honorable Corte Suprema de Justicia, en uso de las facultades que la ley le confiere para emitir acuerdos, circulares, reglamentos, etc., (artículos 54 y 55 de la Ley del Organismo Judicial), en concordancia con lo preceptuado en el artículo 14 del Decreto 7-2011 del Congreso de la República y en aplicación del artículo 52 del Código Procesal Penal, emitió los Acuerdos antes enunciados (más los acuerdos 86-2017 y 58-2018 que simplemente modifican las fechas de implementación de la segunda y tercera fase y asignan la competencia para conocimiento de la vía recursiva), cuyo contenido central se refiere al procedimiento que venimos comentando.

Dichos Acuerdos en esencia, establecen la implementación del procedimiento para delitos menos graves en las judicaturas de paz que en ellos se mencionan, es decir, fijan la temporalidad en que se iniciará a aplicar por las judicaturas de paz y además fijan las circunscripciones territoriales que tendrán dicha competencia. Debe recordarse que la implementación del procedimiento para delitos menos graves, se hace de una forma progresiva, según el artículo 14 del decreto 7-2011 establece, tomando en cuenta los acuerdos interinstitucionales (Organismo Judicial, Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal) que previamente se realicen, -de hecho al momento todavía no se cuenta con dicha competencia en todas las judicaturas de paz del país-.

De lo anterior se advierte que la honorable Corte Suprema de Justicia, tiene plena competencia y facultades legales, para ir estableciendo de modo progresivo las circunscripciones territoriales a las que se les asignará competencia a las judicaturas de paz para aplicar el procedimiento para delitos menos graves, así como la fecha a partir de la cual pueden realizarlo. Sin embargo, al analizar el contenido de los Acuerdos antes mencionados, puede apreciarse que la honorable Corte Suprema de Justicia de aquel entonces, no solo estableció los puntos antes enunciados, sino además en su contenido giró instrucciones a los jueces de paz de cómo debe procederse en situaciones determinadas (casos de flagrancia y aplicación del artículo 81 del Código Procesal Penal, adición de los delitos contemplados en leyes penales especiales, privilegiar otras medidas sobre la prisión preventiva, procedencia del criterio de oportunidad o cualquier otra salida alterna, facultad de realizar diligencias de las establecidas en los artículos 108 y 108bis del Código Procesal Penal, facultad para decretar medidas de seguridad para mujeres y medidas de protección para niñez víctima) pretendiendo reglamentar o

interpretar el artículo 465 ter del Código Procesal Penal, o bien suplir las eventuales o supuestas lagunas legales que en el mismo existan (como el caso de la apelación, el cual ya ni siquiera mencionan en el último Acuerdo emitido -58-2018-). Aspectos estos que se considera son inadecuados por las razones siguientes:

Primero, en una visión de Estado Democrático de Derecho, un requisito indispensable es la separación e independencia de los poderes públicos⁴⁷, según la concepción a la que estamos acostumbrados (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en los cuales no debe existir intromisión de funciones o subordinación alguna entre los mismos. Ello implica que cada órgano de Estado debe cumplir el rol que constitucionalmente tiene asignado sin usurpar la esfera de competencia de los demás. Por ende, el órgano encargado de legislar única y exclusivamente es el Organismo Legislativo, por lo que la honorable Corte Suprema de Justicia no puede válidamente legislar o complementar la legislación que el órgano legislativo ha realizado, máxime si se toma en consideración que la norma de la que venimos hablando es una adición al Código Procesal Penal, no una ley que necesite de desarrollo o de complemento reglamentario (de hecho esa es la principal diferencia entre código y ley.)

interpretar el artículo 465 ter del Código Procesal Penal, o bien suplir las eventuales o supuestas lagunas legales que en el mismo existan (como el caso de la apelación, el cual ya ni siquiera mencionan en el último Acuerdo emitido -58-2018-). Aspectos estos que se considera son inadecuados por las razones siguientes:

Segundo, el hecho de instruir o girar directrices sobre el modo de proceder en casos o situaciones determinadas a los jueces de paz con competencia para este procedimiento, podría vulnerar la independencia judicial de cada juez. Debe recordarse que esa garantía es el pilar fundamental de toda la administración de justicia para el desarrollo de un juicio justo y del debido proceso, la cual debe ser objeto de protección por parte del Estado. La independencia judicial además se encuentra plenamente garantizada tanto en el ámbito nacional y principalmente en el escenario internacional donde dicha garantía cobra mayor valor y es entendida de un modo más amplio del que nosotros estamos acostumbrados.

Como ilustración se señalan los siguientes cuerpos normativos que la regulan y protegen:

- Artículos 140, 141, 203, 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.
- Principio 4º, de las Reglas Mínimas de Mallorca.
- Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial.

47 | Artículo 3 Carta Democrática Interamericana.

- Artículos 1 al 6 del Estatuto del Juez Iberoamericano.
- Artículos 1 al 3 del Estatuto Universal del Juez (actualizado en 2,017).

Adicional a lo ya expuesto, es necesario señalar que el juez no necesita ninguna sugerencia u orientación de cómo resolver o aplicar una forma procesal (aun con la mejor de las intenciones), toda vez que el mismo al momento de emitir sus decisiones está sujeto únicamente a la Constitución y a las leyes, mismas que tienen la obligación de conocer y aplicar debidamente según el conocido aforismo “iura novit curia.”

En este punto es oportuno citar al doctor Cesar Barrientos, que desde el año 1,998 cuando se desempeñaba como asesor del Congreso de la República, escribió un artículo referente a la independencia judicial en Guatemala, y en su parte conducente comentó:

El concepto de Independencia Judicial claramente definido por la Corte de Constitucionalidad no es comprendido. En reiteradas ocasiones, ha sostenido que nadie puede inferir en la decisión de los jueces. Frente al indebido ejercicio de la judicatura y la desesperación para enfrentar los males de la institución, se recurre a imposiciones morales, a sugerencias, circulares, instrucciones y controles que se traducen en presiones. Todo ello, claro está, se encuentra fuera de las fuentes del derecho. Aunque las “recomendaciones” se hicieran de buena fe, se causa un daño mayor que el que quiere evitar...⁴⁸ (Paradójicamente a lo antes expuesto, durante la gestión del doctor Barrientos como presidente de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, fue el período durante el cual más circulares y acuerdos fueron emitidos.)

Tercero, la existencia y vigencia conjunta de los Acuerdos que se comentan (26-2011 y 40-2017), lejos de brindar claridad (aun y cuando tal aspecto no es válido según se consideró anteriormente), puede crear confusión sobre el contenido de los mismos, pues inicialmente si son diferenciables respecto a la asignación de competencia, toda vez que el primero señala la primera fase de implementación del procedimiento para delitos menos graves; en tanto el segundo señala la segunda, tercera, cuarta y quinta fase de implementación. Sin embargo los restantes artículos regulan con casi idéntico contenido las directrices que se comentaron en el punto anterior, pero en ningún momento el acuerdo 40-2017 (que es el más reciente) derogó el primero en dichas partes, por lo que ambos siguen vigentes; cuando se estima que lo correcto es que el Acuerdo más reciente derogase lo normado por el anterior, tal y como la mayoría de disposiciones transitorias realiza, a efecto de evitar confusiones de aplicabilidad.

48 | Barrientos Pellecer, Cesar. Seminario Independencia Judicial. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Instituto de Jueces y Magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial. Año 1,998. Página 17.

B) Manual de procedimientos para delitos menos graves, versión USAID. - Respecto a éste manual, el cual fue difundido ampliamente dentro del gremio de jueces de paz e incluso se han realizado múltiples capacitaciones para su explicación, cabe mencionar inicialmente que fue redactado por las juezas que integraban el Juzgado Primero Pluripersonal de la ciudad de Guatemala, creado a través del acuerdo 58-2012 mediante la fusión del Juzgado Primero y Quinto de Paz de la ciudad de Guatemala, que fueron los Juzgados de Paz a los que se les asignó la competencia para conocer del procedimiento para delitos menos graves (art. 2 del acuerdo 26-2011.)

Tal y como el mismo manual refiere “se pretende compartir las experiencias que en la aplicación del procedimiento para delitos menos graves, han facilitado la gestión del despacho judicial que puede facilitar su aplicación en las distintas judicaturas de paz”⁴⁹ “Las observaciones contenidas en este documento se fundamentan en la experiencia adquirida durante el desarrollo de las audiencias realizadas en el Juzgado Primero Pluripersonal de Paz Penal en aplicación de este procedimiento especial, que pretenden brindar orientaciones del procedimiento en aplicación del apriorismo científico sujeta revisión y mejora.”⁵⁰

Lo cual da una idea clara de dos puntos centrales: primero, lo que se comparte en dicho manual es el modo en que se realiza la sustanciación de dicho procedimiento en ciudad de Guatemala, lo cual en ningún momento garantiza que sea el modo correcto de sustanciar el mismo, por el contrario de su contenido fácilmente puede establecerse que en dicha sede jurisdiccional se comete el error garrafal de desnaturalizar por completo el procedimiento para delitos menos graves, no comprendiéndolo y convirtiéndolo (según la interpretación que realizaron -“constituye la oportunidad para que el Juez de Paz conozca el proceso penal que estuvo reservado para los jueces de primera instancia”- ⁵¹) en un procedimiento común sustanciado en la judicatura de paz, lo cual ya fue ampliamente explicado en el inicio de éste artículo, acerca de las razones por las cuales tal práctica no es acertada

Sumado al hecho que se observa una incompreensión e inadecuada interpretación no solo de la normativa que regula dicho procedimiento (art. 465 ter CPP), sino sobre todo de la normativa en su conjunto, es decir, con una visión de sistema. Lo anterior se comenta porque en dicho manual tanto en su presentación como en su desarrollo se afirma lo relativo al “control jurisdiccional”⁵² que la judicatura de paz tiene respecto a los delitos, fundamentado en el artículo 44 literal b) del Código Procesal Penal, olvidando por completo que aún y cuando dicha norma en la formalidad está vigente, la misma surge con ocasión del Decreto 51-2002 del Con-

49 | Manual versión USAID. Página 6.

50 | Ibid página 12.

51 | Ibid, página 5.

52 | Ibid, páginas 5 y 11.

greso de la República que para el caso de los jueces de paz, lo que pretendía era la emulación del procedimiento común en la judicatura de paz, mediante la implementación del juez de paz como contralor de la investigación y la creación de la figura del juez de paz de sentencia (algo que nunca se llevó a cabo en la realidad.) Ello implica que ese control jurisdiccional al que la norma hace alusión, no tiene nada que ver con la competencia del procedimiento para delitos menos graves, sino era inspirado en lo antes expuesto. Debe recordarse que las normas jurídicas no solo se derogan de forma expresa, sino su inaplicación deviene además de la incompatibilidad del restante cuerpo normativo, tal y como lo señala el artículo 8 literal b) de la Ley del Organismo Judicial; por lo que no es correcto la referencia o sustento jurídico hecho en ocasión de tal norma.

Segundo, confirma la razón por la cual en las judicaturas de paz donde se implementó posteriormente este procedimiento (segunda, tercera, cuarta y quinta fase), según lo fijado por la honorable Corte Suprema de Justicia en los Acuerdos respectivos, se replica el mismo error y la confusión de los jueces de paz respecto al mismo -algo que me consta directamente gracias a la invitación que me fue hecha por la Asociación de Jueces y Magistrados del Organismo Judicial para dialogar respecto a este tema con los jueces de paz de la región occidente.- Lo que permite verificar objetivamente lo dicho con antelación: Lejos de proveer claridad y comprensión respecto a la adecuada interpretación del procedimiento específico para delitos menos graves, se genera confusión e interpretaciones erróneas.

Sin menoscabo de lo anterior, vale la pena mencionar que no sería correcto reprochar a las profesionales que redactaron el manual versión USAID, de las críticas antes señaladas, mucho menos a la institución que lo publicó. Por el contrario debe tomarse en consideración que fueron ellas -las juezas- quienes en primer momento y sin experiencia ni antecedente alguno, tuvieron que llevar a la práctica un contenido normativo nuevo y hasta ese momento desconocido en el país. Sin embargo, ello no implica que los errores o malas prácticas deban seguirse replicando hoy por hoy en el resto de las judicaturas de paz del país (incluidas las futuras), por el contrario, es tiempo de superar las deficiencias anteriores y buscar aplicar de forma recta y correcta dicho procedimiento, a través de su comprensión y adecuada interpretación.

C) Exposición de motivos del decreto 7-2011 - El documento nominado: “Fundamentos de las Reformas al Código Procesal Penal, Contenidas en el Decreto Legislativo 07-2011”, escrito por Erick Juárez, contiene las razones así como las finalidades o intenciones por las cuales se emite el Decreto 7-2011 por parte del Congreso de la República, indicando las consecuentes modificaciones que el mismo implica (derogatorias, reformas y adiciones) para la normativa preexistente.

Su existencia inicialmente deviene obligatoria por el requisito legal impuesto en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo el cual al referirse a los proyectos de ley refiere:

“Forma de las Iniciativas de Ley. Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, **incluyendo una cuidadosa, y completa exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifiquen la iniciativa.** La presentación de la iniciativa se hará por escrito, en hojas numeradas y rubricadas por uno o varios de los ponentes y, además, en formato digital que deberá ser en formato de texto editable, para que inmediatamente después que el Pleno tome conocimiento de la iniciativa por la lectura de la exposición de motivos, se ponga en disponibilidad de todos los diputados al Congreso de la República por los medios electrónicos existentes, para su información y consulta...” (El resaltado y subrayado es propio.)

Sin embargo, además de cumplir un requisito meramente formal en el proceso de creación normativa, la exposición de motivos tiene una importantísima utilidad interpretadora, habida cuenta que en la misma inicialmente se expresan las razones por las que se hace necesaria la modificación a la normativa existente, también se explica e interpreta cada instituto jurídico que el proyecto de ley contiene, lo que implica que es esa la fuente primaria para comprender e interpretar adecuadamente la legislación respectiva, cuando ésta ya esté vigente, también a través de la exposición de motivos se señala la finalidad que se persigue, es decir, el cambio que pretende lograrse en el mundo real a través de la nueva regulación.

Tal y como lo expresa el maestro Ossorio al definir a la exposición de motivos de la manera siguiente: “Preámbulo que suele acompañar a algunas leyes para explicar el alcance y significación de la nueva norma o de las razones jurídicas o políticas que las fundamentan o justifican. Se ha de tener presente que la exposición de motivos no forma parte del texto de la ley, por lo que carece de fuerza obligatoria. Puede sin embargo, servir para la mejor interpretación del contenido de aquella.”⁵³

Definición esta que es coherente con el tratamiento que en el ámbito internacional se hace de las respectivas exposiciones de motivos, a guisa de ejemplo se cita lo siguiente:

A menudo se recurre en los tribunales el valor normativo de la exposición de motivos o preámbulos de las normas legales aprobadas, sin embargo, esta cuestión es pacífica en nuestro derecho por cuanto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diferentes sentencias sobre la significación jurídica de esta parte del texto legal, a saber:

53 | Ossorio y Florit, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L., año 1,982, página 305

·Sentencia 36/1981, de 12 de noviembre, en cuyo Fundamento Jurídico 7º declaró que "el preámbulo no tiene valor normativo aunque es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las Leyes"...

*A nivel interpretativo, la exposición de motivos tiene un papel fundamental ya que recoge las decisiones políticas más importantes contenidas en el texto dispositivo de la norma en forma de principios o reglas en la que prima el criterio interpretativo de dar unidad y coherencia al articulado que recoge la norma aprobada, es decir, nos va a ayudar a entender el ánimo de legislador y cómo debemos aplicar lo regulado en la norma, esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista.*⁵⁴ *(El subrayado es propio.)*

Como puede apreciarse cualquier exposición de motivos resulta sumamente útil en la labor interpretadora de cualquier jurista, por lo cual aún y cuando la misma carece de valor normativo su función interpretadora es innegable. Por lo que en el presente caso, para tener una visión más amplia y mucho más acorde a la verdadera finalidad normativa del procedimiento para delitos menos graves, se propugna adecuado tener como material de consulta la exposición de motivos antes descrita, por sobre los manuales o artículos doctrinarios que puedan redactarse (incluyendo el presente).

IV) VÍA IMPUGNATIVA.

Por último, estimo oportuno comentar someramente lo relativo a la vía recursiva con la que los sujetos procesales cuentan dentro de éste procedimiento, a efecto de impugnar las decisiones que el juez de paz emita. Lo anterior en virtud de lo regulado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 11 del Código Procesal Penal que en su orden señalan:

“Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

“Prevalencia del criterio jurisdiccional. Los sujetos procesales deben acatar las resoluciones del tribunal y sólo podrán impugnarlas por los medios y en la forma establecidos por la ley.”

54 | www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_constitucional/valor-de-la-exposicion-de-motivos-y-rango-normativo

Para tal efecto debe recordarse que este procedimiento inicia con la presentación de la acusación fiscal o querrela por parte de la víctima. Al recibir la misma el juez de paz fija audiencia de conocimiento de cargos dentro del plazo de 10 días. En dicha audiencia luego de escuchar a los sujetos intervinientes, puede resolver abrir a juicio o desestimar la causa. En el evento que suceda lo segundo (desestimación), la parte afectada, puede impugnar la decisión mediante el recurso de reposición, regulado en los artículos 402 y 403 del Código Procesal Penal. Así lo ha interpretado la Corte de Constitucionalidad, cuando en torno al tema ha señalado:

Como cuestión previa es importante indicar que si bien nuestra normativa vigente no precisa un medio de impugnación que se pueda emplear dentro de una audiencia oral distinta al debate, con fundamento en el principio pro actione que informa que las normas de carácter procesal se deben interpretar en el sentido más favorable para la admisibilidad de una acción, debe entenderse que si alguna de las partes plantea reposición dentro de una audiencia, la impugnación se viabiliza, pues de lo contrario se estaría privando a los sujetos procesales de la posibilidad de recurrir una decisión judicial que consideran agravante, lo que provocaría vulneración a sus derechos de defensa, a recurrir y a la tutela judicial efectiva. Criterio que ha sostenido esta Corte en sentencias de veinticuatro de julio de dos mil trece, once de septiembre de dos mil trece y veinticinco de octubre de dos mil trece, dictadas dentro de los expedientes 442-2013, 1175-2013 y 3126-2013 respectivamente. En el caso concreto se concluye que la reposición planteada en audiencia por la entidad querellante -ahora postulante-, contra la desestimación dictada en ese mismo acto por la autoridad cuestionada, era viable, en concordancia con lo indicado en el párrafo anterior, haciendo aplicación analógica de lo normado en el artículo 403 del Código Procesal Penal.⁵⁵ (El subrayado y resaltado es propio.)

En la situación que el juez decida abrir a juicio, se proseguirá la audiencia discutiendo lo relativo a la admisibilidad o rechazo de la prueba ofrecida por el fiscal y por el querellante (prueba de cargo), en el evento que el juez rechace algún medio de prueba ofrecido, la parte afectada puede impugnar la decisión mediante el recurso de reposición, regulado en los artículos 402 y 403 del Código Procesal Penal. Así lo ha interpretado la Corte de Constitucionalidad, cuando en torno al tema ha señalado:

La decisión de la autoridad cuestionada de no admitir determinados medios de convicción ofrecidos por la abogada de la querellante adhesiva, fue emitida durante la etapa de preparación para el debate, en un procedimiento para delitos menos graves; es decir, ya en la fase de juicio oral de ese proceso penal, por cuanto que, se ha estimado que, cuando el juez analiza la admisibilidad de los medios de convicción ofrecidos, se encuentra dentro de una

55 | Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de amparo. Expedientes acumulados 3606-2014 y 3670-2014, sentencia de fecha 12-02-2015.

*etapa de preparación para el juicio -esto en el proceso común-, situación que resulta equivalente en el tipo de proceso específico que se promovió, aun cuando en este último, varias etapas se concentran en una misma audiencia denominada, para conocimiento de cargos. **Derivado de la etapa en que se encontraba la causa penal, la reposición planteada resultaba idónea de conformidad con lo establecido en el Artículo 403 del Código Procesal Penal...** (El subrayado y resaltado es propio.)*

En el desarrollo de la audiencia de debate, cualquier decisión que el juez adopte será impugnabile a través del recurso de reposición tal y como lo señala el artículo 403 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, en cuanto a la sentencia que el juez de paz dicta, en el procedimiento para delitos menos graves; a primera vista pareciese que no existe previsto un medio impugnativo para tal efecto, pues el artículo 465 ter del Código Procesal Penal no hace relación a ninguno en su contenido de forma expresa. Sin embargo, puede concluirse que dicha sentencia es impugnabile a través del recurso de apelación (genérico como comúnmente se le conoce), regulado en los artículos 404 al 411 del Código Procesal Penal. Así lo ha interpretado la Corte de Constitucionalidad, cuando en torno al tema ha señalado:

*En el procedimiento para delitos menos graves, al igual que en el proceso penal común, el legislador estableció como **medio de impugnación idóneo para cuestionar la sentencia emitida por el juez de paz, el recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el artículo 466 del Código Procesal Penal, por lo que carece de sustento el argumento del incidentante respecto a que en el aludido procedimiento no se contempló ningún medio de impugnación.**⁵⁷ (El resaltado y subrayado es propio.)*

*Y en concordancia con el precepto citado, el Artículo 466 del mismo cuerpo legal dispone que: "...Contra la sentencia será admisible el recurso de apelación, interpuesto por el Ministerio Público, o por el acusado, su defensor y el querelante por adhesión. La acción civil no será discutida y se podrá deducir nuevamente ante el tribunal competente del orden civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de apelación, con las limitaciones establecidas y sólo en la medida en que la sentencia influya sobre el resultado de una reclamación civil posterior...", pudiéndose apreciar que **en su oportunidad se refería únicamente al proceso abreviado, pero dadas las adiciones contenidas en los Artículo 465, Bis y Ter, de la ley procesal penal, debe entenderse que también es aplicable a lo resuelto en los procedimientos regulados en esas normas...** el caso concreto, para el tipo de proceso penal que*

57 | Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente 764-2016, sentencia de fecha 20-07-2017.

*se está ventilando, como para los otros regulados en el Título I, del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, **no está establecida la apelación especial, sino su equivalente, es decir, apelación genérica.***⁵⁸ (El resaltado y subrayado es propio.)

Es importante tener presente que la resolución impugnada, se trata de una sentencia proferida el órgano jurisdiccional, luego de llevado a cabo un debate; por lo que es adecuado que el trámite de la apelación como vía impugnativa idónea sea el contemplado en el segundo párrafo del artículo 411 del CPP, es decir el que se aplica para la sentencia del procedimiento abreviado -según la equiparación que la Corte de Constitucionalidad hace de la sentencia en procedimiento para delitos menos graves-. Ello implica que exista una audiencia en segunda instancia para dar oportunidad a todos los sujetos procesales a exponer sus alegaciones; y no se aplique la que se regula en el trámite genérico, (interposición en tres días con indicación del motivo en que se funda y posterior resolución del tribunal en tres días), pues en tal escenario no hay posibilidad de argumentar ante el juez de segundo grado.

IV) CONCLUSIONES.

Tomando en consideración las nociones expuestas en los apartados precedentes, se estima oportuno fijar las siguientes ideas puntuales respecto al procedimiento para delitos menos graves:

A) El procedimiento para delitos menos graves, es un procedimiento específico, por ende no debe confundirse convirtiéndolo en un procedimiento común sustanciado en la judicatura de paz, pues ello desnaturaliza el propio procedimiento y la intención por el cual fue creado (dar un tratamiento distinto a las causas diferentes.) Lo cual implica que las etapas procesales del procedimiento común no son aplicables a éste procedimiento derivado de su incompatibilidad, teniendo prevalencia de aplicación lo normado específicamente para la sustanciación de este procedimiento -principio de especialidad-, artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial.

B) Debe tenerse presente que todo juez está sometido únicamente a la Constitución y a las leyes (art. 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala), quienes gozan además de independencia judicial no como un privilegio personal, sino como una garantía de todo justiciable, pues son responsables por las decisiones que emitan. Lo anterior implica que ningún Acuerdo, circular, manual, artículo doctrinario -incluyendo el presente- u opinión alguna pueden imponerles o instruirles acerca de la forma de proceder en los casos sometidos a su conocimiento, pues ello iría en detrimento de su independencia judicial.

⁵⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de amparo. Expediente 2623-2016, sentencia de fecha 19-06-2017.

C) Según el criterio de jerarquía normativa -pirámide kelseniana-, en el caso de existir contradicciones entre cuerpos normativos dentro de un ordenamiento jurídico, debe aplicarse la norma jurídica que resulta jerárquicamente superior; por ende, ninguna norma inferior puede válidamente contrariarla, careciendo de validez en el evento que esto suceda. (Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial.) “Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.”

D) La exposición de motivos de cualquier regulación legal, no tiene carácter normativo o vinculante, pero sí una utilidad interpretadora muy valiosa, puesto que contiene lo que en doctrina se denomina la (voluntad del legislador o espíritu de la norma), que es uno de los parámetros de interpretación de la ley, según lo establecido en el artículo 10 literal a) de la Ley del Organismo Judicial. Por lo cual, la exposición de motivos del Decreto 7-2011 para el presente caso, se constituye en una herramienta útil, para todo juez de paz (que es a quien va especialmente dirigido el presente artículo) al momento de interpretar el verdadero sentido del artículo 465 ter del Código Procesal Penal.



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

**REVISTA DE LA COMUNIDAD
JURÍDICA DE GUATEMALA**

Edición Digital
Año 1 | Semestre 2
Edición: Julio-Diciembre 2018
Quetzaltenango, 2018



COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

REVISTA
DE LA COMUNIDAD JURÍDICA
DE OCCIDENTE

Año 1 | Semestre 2

Edición: Julio - Diciembre 2018