



**Instituto de la Defensa
Pública Penal**

CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Programa de Educación a Distancia

INDICE TEMÁTICO

CAPITULO 1

LAS FORMAS PROCESALES EN LA FASE INTERMEDIA.

	1
1. CONTROL DE PLAZOS, FORMAS Y EVIDENCIAS EN LA ETAPA 1 INTERMEDIA.	
1.1 Plazo para presentar ante el Juez contralor el acto conclusivo dela fiscalía.	1
1.2 Forma y plazo de la notificación para comparecer a la audiencia de acusación.	2
2. CON LA ACUSACIÓN, EL ORGANO FISCAL DEBE PONER A DISPOSICIÓN DEL JUEZ CONTRALOR, TODAS LAS ACTUACDIOANES Y EVIDENCIAS MATERIALES DE LA ETAPA INTERMEDIA.	
2.1 Presentación de la acusación con incongruencia de fondo.	6
a) Ilegalidad de los Previos	7
b) Legalidad de la modificación de la calificación jurídica, que el juez realiza cuando decide la apertura del juicio.	8
c) La no realización de la audiencia de acusación en el día fijado.	9
2.2 La no comparecencia del acusado en la audiencia.	11

CAPITULO !!

PERSECUCIÓN DE DELITOS DE ACCION MIXTA

1. LA ACCION	13
1.1 Definición	13
1.2 Titular de la acción	14
1.3 La instancia particular	14
a) Definición	14
b) Titular de la Instancia Particular	16
c) Medios para ejercerla	17
d) Requisitos del acto a Instar	17
e) Carácter dispositivo	18
f) Presupuesto del proceso	18

CAPITULO V	
CONTROL DE LA ACUSACIÓN EN CUANTO A LA LEGALIDAD DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN PRODUCIDOS	47
1. Principio de legalidad y Estado de Derecho. La cuestión de la legalidad en la producción de los medios de investigación.	49
2. Libertad de prueba y sus limitaciones	50
2.1 Principios y garantías constitucionales que presiden el debido proceso. De la detención legal	51
CAPITULO VI	
ESCRITO DE ACUSACIÓN	
INSUFICIENCIA Y/O FALTA DE PRECISION DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN.	60
CAPITULO VII	
EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIAS DE APERTURA DEL JUICIO	69
a) Orden de la comparecencia de las partes en la audiencia	70
b) Ratificación de la petición contenida en el escrito de acusación	74
1. IGUALDAD DE INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA.	76

**MODULO
CONTROL DE LA ACUSACIÓN**

1. LAS FORMAS PROCESALES EN LA FASE INTERMEDIA

La etapa intermedia se inicia en el momento en que transcurridos tres o seis meses, dependiendo de la situación en que se encuentre el procesado, el Ministerio público presenta alguno de los actos conclusivos de la etapa de investigación. Da lugar entonces al examen que realiza el juez, para evaluar si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo, o bien para verificar la fundamentación de las otras solicitudes del Ministerio Público. (arto. 332 C.P.P.)

1. CONTROL DE PLAZOS, FORMAS Y EVIDENCIAS EN LA ETAPA INTERMEDIA

1.1 Plazo para presentar ante el Juez controlar el acto conclusivo de la

fiscalía. En la mayoría de procesos penales en los que uno o varios sindicados se encuentran guardando prisión, difícilmente se da una solución rápida dentro de los tres meses que establece el Código Procesal Penal. Ello no obstante que el artículo 323 del código Procesal Penal establece que *"el procedimiento preparatorio deberá concluir lo antes posible, procediéndose con la celeridad que el caso amerita, y deberá practicarse dentro de un plazo de tres meses"*. Sobre esta base legal el defensor debe gestionar ante Juez contralor, que exija al Fiscal presentar la conclusión de su investigación, aun antes de los tres meses si ya no existen medios de investigación que recavar.

Para obligar a que se cumpla el plazo razonable que prescribe el Pacto de San José, en el no. 5 de su arto. 7, el defensor puede demandar el emplazamiento regulado en el arto. 324 Bis. Ello en relación con el arto. 151, ambos del CPP, que prescribe que "los plazos fijados son improrrogables y a su vencimiento caduca la facultad respectiva..." No

presentar ningún acto conclusivo en el plazo legal, constituye una violación del plazo razonable. Asimismo se violenta el principio de imperatividad, recogido en el arto. 3 CPP. Si el fiscal después del emplazamiento, por ocho días, finalmente no presenta el acto conclusivo, el juez bajo su responsabilidad debe dictar la clausura provisional del proceso. Arto. 324 bis CPP.

1.2 Forma y plazo de la notificación para comparecer a la audiencia de acusación. Sí el Ministerio Público estima que la investigación le proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, debe requerir por escrito al juez, la decisión de apertura del juicio y formular la acusación.

Problema: Incumplimiento del órgano jurisdiccional de la forma y lugar de notificación, y el plazo para comparecer a la audiencia de acusación. En cuanto al plazo, el artículo 340 CPP establece que "al día siguiente de recibida la acusación del Ministerio Público, el juez señalará día y hora para la celebración de audiencia oral..." Para el efecto, el juez entregará a las partes que así lo soliciten en el juzgado, copia de la acusación y dejará a su disposición en el despacho, las actuaciones y medios de investigación aportados por el Ministerio Público para que puedan ser examinados..."; el artículo 335 del mismo cuerpo legal establece, que "el juez ordenará la notificación del requerimiento del Ministerio Público al acusado y a las demás partes, entregándoles copia del escrito. Las actuaciones quedarán en el juzgado para su consulta por el plazo de seis días comunes". Estos plazos, tienen además, el soporte legal contenido en el arto. 142 de la LOJ, y el 160 del CCP. El primero establece que las providencias o decretos deben dictarse al día siguiente de recibidas las solicitudes, y el segundo, "que las resoluciones de los tribunales se darán a conocer a quienes corresponda, a más tardar al día siguiente de dictadas..."

El defensor debe verificar el cumplimiento de estas prescripciones sobre el plazo, apersonándose en el juzgado contralor, para:

- constatar con el sello de recepción del memorial, la hora y la fecha en que fue presentado por el ente fiscal
- establecer cuándo debió resolverse sobre la petición de citar a audiencia, y,
- saber sí se notificó a las partes en el tiempo de ley.

En relación a las diferencias que existen entre el artículo 335 y el 340 ambos relacionados anteriormente, hay que atenerse a lo que establece el primero de ellos, por cuanto es obligación del órgano jurisdiccional notificar a las partes los requerimientos y resoluciones decididos, a fin de garantizarles el derecho de acción y de defensa.

En cuanto al lugar de notificación del requerimiento de acusación, ésta debe hacerse, de conformidad con los artos. 162 y 163 CPP, en la casa o lugar señalados para ello, y al acusado que se encuentra en prisión, en el centro de detención preventiva correspondiente. No obstante, el arto. 162 de cabida a que el sindicado pueda ser notificado en otro lugar, como la oficina de su defensor, lo que eventualmente puede menoscabar su derecho de defensa.

En todo caso debe garantizarse en forma efectiva la notificación de todas las partes, a fin de que se pueda ejercer la función que se desempeña.

Para el caso de que no se notifique la solicitud de apertura del juicio directamente al acusado, y se pretendiera hacerlo a través de su defensor, no obstante haberse fijado un lugar distinto para recibir notificaciones, puede devolverse la cédula de notificación. El alegato se fundaría en la protesta por actividad procesal defectuosa arto. 282 CPP.

La Primera comunicación de la acusación debe hacerse entregando copia de escrito y citando con la suficiente antelación a las partes, a fin de que puedan examinar durante 6 días mínimos, las actuaciones, medios de investigación y evidencias materiales obtenidas por el M.P. Ello, con fundamento en el arto. 335 ya citado. Su violación, igualmente puede atacarse en los términos desarrollados en el párrafo anterior, (arto. 282 CPP). La

notificación entregando copia del escrito de acusación es un derecho que tiene que respetarse, porque de ahí deviene el conocimiento, estudio y posición que tomará cada parte sobre lo que el órgano fiscal ha solicitado. Por lo mismo, si no se cumple con esta forma, el defensor o el acusado deberá presentar por escrito un reclamo de subsanación, describiendo el acto incumplido y señalando la forma de resolverlo.

De no subsanarse el defecto en la notificación, podría ser el fundamento de acciones futuras, como la apelación especial por motivo de forma que regula el artículo 419 numeral 2 CPP.

Por otra parte, la importancia que tiene la cita con antelación para la audiencia de acusación, está referida a la posibilidad de consulta de las actuaciones. Esta garantía de defensa establecida en el procedimiento penal, debe atenderse obligadamente por el órgano jurisdiccional a fin de que las partes puedan consultar totalmente el expediente y actuaciones que existen, previo a la discusión de la acusación.

El incumplimiento del plazo de seis días como mínimo para que las partes puedan consultar las actuaciones antes de la audiencia, estaría originando una actividad procesal defectuosa, y por ello, las partes pueden plantear los remedios procesales, ya referidos.

La utilización de estos remedios procesales, deja constancia, que el defensor advierte oportunamente que se incumple con el debido proceso.

2. CON LA ACUSACIÓN, EL ÓRGANO FISCAL DEBE PONER A DISPOSICIÓN DEL JUEZ CONTRALOR, TODAS LAS ACTUACIONES Y EVIDENCIAS MATERIALES DE LA ETAPA PREPARATORIA.

El órgano fiscal regularmente pone a disposición del órgano jurisdiccional, el escrito de acusación y documentos que constituyen medios de investigación, no así las evidencias materiales que están en poder del M.P, como lo prescribe el arto. 332bis.

En la práctica tribunalicia, únicamente se remiten los documentos que el Ministerio Público ha recabado, incluyendo fotografías, dictámenes y croquis diversos, incumpliendo así con lo que manda el artículo antes citado.

En un caso de homicidio por ejemplo, el órgano persecutor en su memorial de acusación señala que existen armas y proyectiles incautados en la escena del crimen. Estos elementos materiales constituyen medios de investigación que el fiscal va a utilizar, para convencer al juez de la existencia del hecho y la probable participación del acusado en el mismo. Por ello, con base en el artículo de referencia, debe poner a disposición del juez contralor, las armas y proyectiles, y toda otra evidencia material incautada.

Los abogados tendrán así la posibilidad de poder comparar si coinciden las armas con las que dice el escrito de acusación, o si en realidad existen los proyectiles que se aducen fueron encontrados. También debe considerarse la importancia de verificar, si las evidencias materiales incautadas han llevado todo un proceso de cadena de custodia.

Es de suma importancia hacer notar que el derecho de defensa debe respetarse totalmente durante todas las etapas del proceso penal, y esta etapa no puede ser la excepción. En este momento, es en donde puede el defensor argumentar oralmente, utilizando incluso los propios medios materiales que el Ministerio Público presenta como medios para tratar de convencer al juez de abrir el juicio oral.

Al no presentarse las evidencias materiales, se incurre en actividad procesal defectuosa de carácter absoluta, que provoca la anulación de la audiencia de la etapa intermedia, con las consecuencias que establece el arto. 283CPP.

Esta posición se fortalece si relacionamos el derecho de defensa, establecido constitucionalmente. De conformidad con esta garantía, sindicado y defensor tienen el derecho de conocer desde el inicio de una sindicación, las actuaciones en que se base la misma, y los medios con que cuenta el M.P. para acusarlo. Por lo mismo, para ejercer el derecho de defensa debe ponerse a disposición del juez contralor, no solamente los documentos, sino los medios materiales que el Ministerio Público tenga en su poder, a fin de poder tener una verdadera discusión oral sobre la procedencia o no de abrir el juicio oral y público.

2.1 Presentación de la acusación con incongruencias de fondo: El Ministerio Público presenta el memorial de Acusación pidiendo que se abra el juicio penal por un delito distinto y más grave que aquél por el que se dictó el auto de procesamiento. En estos casos algunos jueces han decretado previos, para que el memorial de acusación se acomode al delito por el que se ha procesado.

a) **Ilegalidad de los Previos:** El artículo 46 CPP establece que el Ministerio Público es el órgano encargado de realizar la averiguación de los delitos que el código Procesal Penal señala, y los jueces de Primera Instancia cumplen el papel de órganos contralores, a efecto de que se respeten los derechos y garantías de todo sindicado; y ello incluye el cumplimiento de plazos, y la legalidad de sus peticiones dentro del proceso.

El Ministerio Público no puede pretender acusar por un delito distinto a aquél, por el que la persona ha sido previamente procesada a través del auto correspondiente. Ello porque se atentaría en contra del debido proceso, se violaría el principio de imperatividad de las formas procesales, y finalmente porque el arto. 320 CPP establece que *"El auto de procesamiento... sólo puede reformarse de oficio o a solicitud de parte, hasta antes de que se presente la acusación... garantizando el derecho de audiencia."* Es decir que si el M.P. no solicitó la reforma del auto de procesamiento previo a presentar su acusación, no puede presentarla pidiendo que se abra a juicio por un delito distinto al del auto de procesamiento.

A guisa de ejemplo citamos el caso de unas personas que estaban siendo procesadas por el delito de homicidio y al momento de presentarse la acusación, se hizo pidiendo que se abriera a juicio por el delito de asesinato.

Algunos jueces están tratando de encontrarle solución a este problema, violando el arto. 320, antes citado. En efecto, otorgan al fiscal un plazo de tres días a fin de que acomode su memorial de acusación al delito por el que ha procesado al sindicado. Pero es importante hacer notar que el previo que se está utilizando, no está contenido en la ley procesal penal. El artículo 176 CPP regula una institución diferente,

pues se refiere a la base legal para conferir audiencias, y a que la audiencia que no tenga plazo fijado se considerará otorgado por tres días. Por ello, legalmente no puede ser utilizado para fijar un previo.

El defensor debe estar atento en este sentido, ya que si tomamos en cuenta el tiempo que llevaría poner el previo, notificar a las partes, cumplir con lo que ha mandado corregir el juez contralor (si es que el M. P. está de acuerdo con acatar el previo) y (uego una nueva cita a las partes para la audiencia de acusación, el derecho al plazo razonable se violenta. Pero lo más grave es que se violaría el debido proceso.

Dentro de un proceso llevado en tribunales de la capital, un juez dictó un previo para que el fiscal modificara la calificación jurídica, para ajustarla a la que constaba en el auto de procesamiento. El fiscal llegó a la acción de amparo, la que le fue denegada en virtud de que violaba el debido proceso y el Derecho de Defensa. En efecto, plantear la acusación por un delito distinto de aquel por el cual se le dictó auto de procesamiento, limita o anula las posibilidades de defensa de/ sindicado.

b) Legalidad de la modificación de la calificación jurídica, que el juez realiza cuando decide la apertura del juicio. Se dan casos en que el juez cita a la audiencia de apertura del juicio, teniendo en mente la modificación de la calificación jurídica que consta en el auto de procesamiento para ser discutido en la misma. En estas circunstancias el defensor debe solicitar que el juez, apoyándose en el arto. 342 numeral 4 CPP, rechace la calificación jurídica del fiscal, para respetar la figura delictiva contenida en el auto de procesamiento. Esta última posibilidad tiene, además del soporte legal del arto. 342 ya relacionado, la congruencia con el derecho de defensa establecido en el

arto. 12 constitucional. Este derecho impide que a un sindicato pueda abírsele a juicio por un delito, respecto del cual no se le ha dado la oportunidad de fijar su posición. Ello es independiente de que la nueva figura proteja el mismo bien jurídico, pues es obvio que todos los tipos penales tienen aspectos particulares, que permiten un pronunciamiento específico del sindicato y su defensor.

c) La no realización de la audiencia de acusación en el día fijado. Es

constante el hecho de que el día que se ha fijado para la celebración de la audiencia de apertura del juicio, no se lleve a cabo por innumerables razones, lo que da lugar a que se prorrogue por un plazo indefinido.

Si bien la ley procesal penal especifica el trámite que ha de llevar la presentación de la solicitud de apertura del juicio y acusación, dicha normativa procesal debe aplicarse para el caso en que no se pueda por cualquier razón llevar a cabo dicha audiencia.

El artículo 340 del C.P.P. establece la deducción de responsabilidades en contra de funcionarios, cuando tienen culpa de la no realización de la audiencia de referencia. Lo que no hace es regular los pasos a seguir para fijarla nueva audiencia.

En este caso existe una laguna de la ley procesal penal y por ello, para integrarse puede utilizarse la interpretación analógica de conformidad con el artículo 14 del CPP.

Se puede iniciar por recordar que la resolución que cita a las partes a la discusión de la acusación, misma que pone a disposición las actuaciones dentro del juzgado, constituye un decreto, los cuales, según el arto. 142, primer párrafo de la LOJ; debe dictarse a más tardar al día

siguiente de que se reciban las solicitudes. Por ello, si no se realiza dicha audiencia, debe citarse a las partes, inmediatamente después de suspendida, para que se discuta en una nueva audiencia el requerimiento fiscal, puesto que se trata de un decreto. Ello además, fijando como término para su celebración el que señala el arto. 340, en relación con el 152 ambos CPP., que establece un plazo no menor de diez ni mayor de quince días. A falta de norma específica, debe aplicarse por analogía el arto. citado, ya que lo que se entrará a conocer es el mismo requerimiento.

Además, según el artículo 142 de la LOJ, el juez está obligado a fijar nueva audiencia de una manera inmediata, cuando la primera ha sido suspendida por alguna circunstancia. El artículo 179 del CPP incluso permite el recurso de queja, como medio para que el tribunal superior emplazase al juez a que dicte la resolución dentro del plazo que manda la ley.

En la práctica se observa que el juez fija con total arbitrio el plazo para la audiencia, y por ello es común que se señale un término superior a los quince días. Este arbitrio no lo autoriza, ni el arto. 340 CPP, ni el 142 de la LOJ, y en tanto, el arto. 151 CPP, párrafo segundo previene que *"... Los plazos que sólo tienen como fin regular la tarea de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento, serán observados rigurosamente por ellos; su inobservancia implicará mala conducta.. "*

Incluso si se rechazara el criterio analógico, puede aplicarse el arto. 152 CPP que prescribe que, cuando la ley no establezca plazo o la extensión del mismo quede a criterio de la autoridad, el tribunal o funcionario que deba practicar el acto fijará el plazo conforme a la naturaleza del procedimiento y a la importancia de la actividad que se deba cumplir.

Debe entenderse que la naturaleza del procedimiento para el que debe de citarse es de inmediatez, y su importancia está determinada por la supresión de derechos que sufre el acusado y la demanda social de hacer justicia.

El defensor debe tener presente al momento de la suspensión de ;a audiencia de acusación, hacer constar en una "razón", que debe citarse inmediatamente a una nueva audiencia, observando como mínimo. los plazos descritos.

2.2 La no comparecencia del acusado en la audiencia.

Incomparecencia del acusado debido a uno de los siguientes factores:

- a. Deficiencias administrativo-judiciales cuando **la** persona está detenida
- b. Falta de notificación cuando se encuentra bajo alguna medida sustitutiva.
- c. Finalmente puede tratarse de una incomparecencia voluntaria.

En el primer caso, es evidente que una persona que sufre prisión preventiva, depende del sistema penitenciario para su comparecencia en la audiencia. Su ausencia no depende solo de su voluntad; y cuando la responsabilidad recae en el sistema penitenciario, resulta afectando los derechos de defensa del acusado. Pensar en usar la fuerza para hacerlo comparecer no tiene sentido, y cualquier presión debe dirigirse más bien contra el personal del sistema penitenciario, cuando no cumple con la obligación correspondiente.

En cuanto al sindicado que se encuentra bajo alguna medida sustitutiva de prisión, debe verificarse tanto por el defensor como por el juez contralor,

que el acusado haya sido bien notificado, a fin de no violentar el derecho de defensa que le asiste. No obstante, si el acusado no desea comparecer a la audiencia, tiene derecho, según se especifica en el párrafo siguiente.

Este ha sido un tema de mucha discusión, pero al tenor literal del artículo 340 del CPP, "el acusado puede renunciar a su derecho a esta audiencia, en forma expresa durante su celebración y en forma tácita si no compareciere a la misma".

A propósito cabe señalar que se han tomado decisiones judiciales declarando la rebeldía de personas que encontrándose con medida sustitutiva no asisten a la audiencia de discusión de apertura del juicio. Ello no es legal y se atenta en contra del debido proceso, en virtud de que el legislador ha establecido el derecho del acusado a renunciar a su derecho de comparecencia a esta audiencia. Por tanto, no puede pretenderse que el juez como órgano contralor tenga la potestad de hacer comparecer a una persona aunque esta no quiera hacerlo. Por el contrario, si el acusado se encuentra en prisión, tiene el derecho de no comparecencia si lo hace explícito, por cuanto su ausencia puede originarse en causas que no dependen de su voluntad, como la referida anteriormente.

Si el juez, violando el arto. 340 CPP ya citado, decreta la rebeldía, el abogado defensor debe plantear apelación, basándose en el arto. 404 numeral 10, por ser auto de un juez de primera instancia, que contiene una restricción a la libertad del sindicado.

II. PERSECUSIÓN DE DELITOS DE ACCIÓN MIXTA

A menudo el defensor se encuentra, que en los delitos de acción pública dependiente de instancia particular, el Ministerio Público presenta acusación, sin que exista autorización para ejercer la acción penal.

El Ministerio Público como representante de la sociedad actúa en la búsqueda de la verdad, y ese quehacer debe encuadrarse dentro de los parámetros del debido proceso en observancia de los principios de imparcialidad, objetividad y legalidad.

El fin de la investigación, es determinar si el hecho constituye delito, la identificación de; responsable y concluir, presentando la acusación.

Este es el procedimiento frente a los delitos de acción pública; pero esto no opera igual en los delitos cuya acción pública depende de instancia particular

En el presente trabajo, nos referiremos al ejercicio de la acción penal en esos casos, específicamente en la etapa intermedia cuando el Ministerio Público concluye formulando acusación y solicita la apertura a juicio sin que exista instancia particular.

1.1 Definición. Para Couture , es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción; exponiendo sus pretensiones y formulando la petición.

¹ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas; Políticas y Sociales. Editorial Heliasta República de Argentina 1974. Pág. 16

Desde el punto de vista del Derecho Penal, la acción es aquella que se ejercita para establecer la responsabilidad criminal.

1.2 Titular de la acción. Uno de los temas que más se ha debatido en el Derecho Procesal Penal es la determinación de quién puede ejercitar la acción y cada legislación, lo ha resuelto de diferente manera. Esto depende de la naturaleza jurídica de los delitos de que estamos hablando, así:

- La acción está encomendada fundamentalmente al Ministerio Público cuando se trata de delitos que afectan a la sociedad, y que por ello, tiene carácter público.
- Existen los delitos, en que no obstante lesionarse el interés público, la acción únicamente puede ser iniciada por la víctima.
- Otros delitos, por su índole privado pueden ser accionados por la víctima o su representante, al estimarse que en su comisión no se lesiona el interés social.

El Código Procesal Penal clasifica la acción en pública, pública dependiente de instancia particular o que requiere autorización estatal y privada.

1.3 La instancia particular. El desarrollo de este tema, constituye básicamente un resumen y en ocasiones transcripciones textuales del libro El Proceso Penal de Jorge Claría Olmedo.

a) Definición. La instancia particular, es la facultad que tiene un particular, víctima del delito o su representante, de determinar la conveniencia o inconveniencia de proceder penalmente. ²

² Ciaría. Olmedo Jorge. El Proceso Penal, su génesis y primeras críticas jurisdiccionales. 2da. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994. Pág. 125 y siguientes.

Es común otorgar a la denuncia o a la declaración que la víctima presta en el Ministerio Público, la calidad de instancia particular. Así, el ejercicio de la acción que realiza el Estado está condicionado a esa voluntad.

Esta afirmación, es congruente con el contenido del artículo 31 del Código Procesal Penal, que establece que, cuando la acción pública dependa de gestión privada, el Ministerio Público **sólo podrá ejercitarla una vez que, con respecto al hecho, se formule denuncia o querrela por quien tenga legitimación para hacerlo**, pero se procederá de oficio en los casos previstos en el CPP.

Se advierte de lo anterior, que el legislador toma a **la** denuncia o querrela como sinónimo de instancia particular, de ahí que, para la solución de casos **el** defensor deberá seguir esta orientación.

Al respecto Claría Olmedo expresa que solo puede llegarse a la conclusión que existe instancia, cuando la víctima o su representante, manifiesta claramente su voluntad de que se investigue el hecho.

En efecto, mientras el particular legitimado para instar, no presenta la denuncia o querrela formal ante el Ministerio Público, éste no está facultado para ello y por consiguiente la acción ejercitada sin ese requisito, constituye, como se verá adelante, un caso de falta de acción, que puede devenir en un sobreseimiento o en una sentencia absolutoria. Sin embargo, esta limitación tiene las excepciones, señaladas en el arto. 24 TER.

Salvo esa excepción, el defensor debe verificar que la denuncia que se presente para promover la instancia reúna los requisitos establecidos en el artículo 297 del CPP. Así, al identificar al denunciante, puede establecer si está legitimado o no para el ejercicio de la acción

La extensibilidad de la instancia, está determinada en cada Estado a delitos diferentes, pero en general, se incluye aquellos casos en que el interés social o público no está gravemente afectado.

El artículo 24 Ter. del CPP, contiene los delitos que para ser perseguidos por el órgano acusador del Estado necesitan de instancia particular, a su vez contiene las excepciones.

b) Titular de la Instancia Particular. Soler, citado por Clariá Olmedo, en la obra referida, caracteriza al ejercicio de la acción, y con ello la acción penal misma, como "el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática". Las condiciones puestas en ese ejercicio se muestran como limitaciones sustanciales del poder que, como regla, tiene el Estado para investir en concreto a los órganos jurisdiccionales de la función de actuar el derecho sustantivo, una de las condiciones sustanciales se muestra en la titularidad para el ejercicio de la acción, en cuanto la ley se la otorga exclusivamente al particular.

Es una subordinación del interés punitivo del Estado con respecto a determinados delitos, al interés que el particular ofendido pueda tener para que se castigue al culpable, poniendo en sus manos la actividad condicionante a fin que por la vía de la jurisdicción se declare esa culpabilidad como presupuesto constitucional para que se pueda imponer legalmente una pena.

Al tenor del artículo 24 Ter. Del Código Procesal Penal el titular de la instancia particular, es la víctima. Sin embargo cuando la víctima es menor o incapaz, el titular de la instancia es su representante legal o su guardador.

Si bien la instancia particular constituye la excepción al carácter público de la acción, aquella se convierte en pública en los siguientes casos:

- Cuando fueren cometidos por funcionarios o empleados públicos en ejercicio o con ocasión de su cargo
- Cuando la víctima fuere un menor o incapaz que no tenga padres, tutor o guardador. Y
- Cuando el delito fuere cometido por uno de sus parientes en los grados de ley, o por su tutor o guardador en casos de menores o incapaces.

c) Medios para ejercerla. Conforme el Código Procesal Penal, los medios para ejercerla son la denuncia que puede presentarse por escrito u oralmente, ante la policía, el Ministerio Público o a un tribunal, y la querrela.

d) Requisitos del acto de Instar. Siguiendo a Clariá Olmedo, instancia es la manifestación clara de la voluntad de la víctima, representante o guardador de que se investigue el hecho y los medios para ejercerla son la denuncia o querrela.

Siguiendo a Clariá Olmedo, los requisitos del acto de instar serían:

- Es exigencia que se dé la noticia o la imputación **ante autoridad competente**. Esto es que se presente ante la policía, el Ministerio Público o antes un Juez.
- Debe actuarse **personalmente o por medio de apoderado**. Si es con este, deberá ser especial para el caso, además que el mandatario reúna las calidades previstas para este tipo de mandatos en la Ley del Organismo Judicial.
- Es un acto del particular ofendido o de su representante Ya que solo él determina si ejercita o no la facultad de instar

- Debe ser espontánea. Significa que ha de quedar excluida de ella toda imposición o coacción legal, judicial, policial o privada que pueda afectar la libre determinación del titular del poder.

e) Carácter dispositivo. La esencia de la instancia particular, como afirma Clariá Olmedo, consiste en ser un poder del particular determinante de la persecución penal y por ello de la pena. Es un poder privado, de donde resulta su carácter dispositivo en cuanto de su voluntad depende ejercerlo o no.

Mientras el particular no expresa que quiere la persecución, el derecho penal no puede realizarse en el caso concreto.

El titular del derecho de instancia es el único que puede determinar la conveniencia o inconveniencia de proceder penalmente, de aquí, el carácter dispositivo de la instancia.

f) Presupuesto del proceso. Dice Clariá Olmedo que, puesto que, en relación con los delitos mixtos, no es posible proceder a la formación de causa sin que se produzca la instancia del titular del derecho, resulta que esa manifestación de voluntad del particular funciona como presupuesto para el ejercicio válido de los poderes de acción y de jurisdicción. En consecuencia, es inválida la actividad persecutoria y decisoria cumplida por los órganos del Estado sin que haya mediado instancia privada cuando está impuesta, debiendo declararse su ineficacia. La omisión funciona como un obstáculo para la persecución penal oficial en su iniciación.

La instancia es, en esencia, una condición de procedibilidad.

Examinada la instancia desde un punto de vista constitucional, su inexistencia constituye conforme al artículo 283 del Código Procesal Penal un defecto absoluto de anulación formal, susceptible de ser advertido de oficio y que debe sancionarse como una violación al principio del debido proceso regulado en el artículo 12 constitucional, que puede devenir en el sobreseimiento del proceso o sentencia absolutoria, porque en el primer supuesto, es evidente que no se puede proceder y en el segundo, porque no puede existir condena sin juicio previo.

g) Caducidad y revocación. El Código no contiene plazo de caducidad de la instancia privada, de donde resulta que para el ejercicio del derecho pueda actuarse sin limitación temporal alguna

"Caducidad" implica la imposibilidad de ejercer con eficacia jurídica un poder conferido por la ley, a causa de haberse extinguido la facultad por el mero transcurso del tiempo. El efecto del transcurso del tiempo, es extintivo ³.

Ante la falta de regulación sobre el plazo en que caduca el derecho para ejercer la instancia particular, hay que advertir que la forma de impedir la continuación de la persecución penal, una vez instada, es por la concurrencia de la prescripción de la responsabilidad penal, establecida en el artículo 107 del Código Penal.

La acción penal se extingue por la revocación de la instancia particular, esto implica que por ser condición indispensable para su ejercicio la instancia de la víctima, ésta puede ser revocada dado su carácter disponible. Conforme el artículo 35 del CPP, es posible revocar la instancia

³ Ob. Cit. (2) Páginas 144 y 145.

particular en todos los casos, siempre y cuando dicha revocación emane de la víctima o de su representante legal o tutor.

El efecto de la revocación es que extingue la acción penal iniciada, por tanto, si se quiere promover dicha acción mediando revocatoria, **la defensa debe presentar una excepción por falta de acción.** Artos. 32 inciso 5°. Y 294 CPP.

Es claro que la petición puede hacerse verbalmente o por escrito y ante falta de regulación sobre el momento procesal para ello, se entiende también, que puede hacerse durante todo el trámite del proceso.

1.4 Alternativas de defensa ante ausencia de Instancia Particular al formular acusación.

a) Plantear excepción de falta de acción del Ministerio Público: De no haberse planteado en la etapa preparatoria, puede plantear la excepción en la audiencia de apertura a juicio. La base es el artículo 336 del Código y debe denunciar la violación del artículo 24 Ter, en cuanto a que el Ministerio Público solo podía haber ejercido la acción penal, si hubiese sido requerido por el particular y en su ausencia, éste carece de legitimación para ejercerla, con lo cual variaron las formas del proceso que es prohibido conforme al artículo 3°. Del Código y que debe sancionarse como una violación al principio del debido proceso consagrado en el artículo 12 de la Constitución.

b) Solicitar el sobreseimiento: Además de plantear la excepción de falta de acción si no se hizo con anterioridad, en la audiencia de apertura del juicio, con base en el artículo 336 del Código, puede objetar la acusación señalando como obstáculo para que progrese, la ausencia de instancia. Por esta razón se pide el sobreseimiento y se fundamenta en que el

Ministerio Público no puede soportar una acusación porque existe un problema de perseguibilidad debido a la falta de requerimiento.

III. LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA ACUSACIÓN

1. PRINCIPIOS BÁSICOS QUE RIGEN LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA ACUSACIÓN

Uno de los controles necesarios del escrito de acusación es el referido a la fundamentación fáctica. Los hechos se constituyen en el relato necesario que tiene como propósito dentro del proceso penal demostrar si esa acción allí descrita es constitutiva de delito (acción típica, antijurídica, culpable) y en un siguiente paso, subsumir esa acción en un tipo penal aplicado al caso concreto

4

1.1 Principio de legalidad penal.

a) Legalidad penal sustantiva. El principio de legalidad penal sustantiva establece que nadie puede ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas en la ley penal. (Artos. 17 CPRG y 1 del Código Penal). Por ello, no deben describirse hechos en la acusación basados en acciones o conductas que no estén tipificados como delitos..

Una persona únicamente puede ser detenida por la **exteriorización de conductas** calificadas como delitos o faltas en la ley penal y como consecuencia de esa exteriorización de conductas ya establecidas en tipos penales, ser sometida a proceso penal como una garantía de legitimación de la acción penal en el ejercicio de ius puniendi. Esa exteriorización de

⁴ Vicente Gimeno Sendra, Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domingo. DERECHO PROCESAL PENAL; "La fundamentación fáctica: El hecho punible". Editorial Colex. España 1997. Pág. 210 Al respecto indica que: "El hecho punible, puede éste ser considerado desde dos perspectivas muy distintas: como acontecer histórico desligado de toda valoración jurídica (teoría naturalista) o como subsumible en tipo penales de carácter homogéneo". Comentario: Para el caso del CPP y con el fin de garantizar los derechos fundamentales relacionados con el ius puniendi, los hechos son los únicos que pueden acreditarse en la sentencia según el Art. 388 CPP (Teoría normativa), acreditados en la fundamentación fáctica del escrito de acusación.

conductas típicas y antijurídicas se transforman en el sustento de los hechos no solo en la acusación, sino además, de todo el proceso. La construcción de ese hecho parte desde su historia misma y cómo ésta se va probando en el proceso penal. Por esa razón la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza ese principio de legalidad penal en el artículo 6.

b) Legalidad penal procesal. La legalidad penal adjetiva o procesal, impone a los operadores de justicia penal, la obligación de someterse a ley en cada una de sus actuaciones. Va dirigido principalmente a fiscales y jueces, pero también a todo aquel funcionario como los agentes policiales que tienen intervención en la persecución del delito.

Siempre en el ámbito eminentemente procesal, la acusación debe de respetar el **principio de Derecho de Defensa Penal**, puesto que, para los fines de la justicia penal, el acusado debe saber porqué y de qué hecho se le acusa. Entonces al referirse a los fundamentos fácticos de la acusación el proceso penal exige una relación clara precisa y circunstanciada del hecho punible, además, esos hechos deben corresponder a la finalidad del proceso penal guatemalteco, que es, la demostración de un hecho calificado como delito o falta, así como demostrar la participación de quien se supone lo ha cometido. Si la acusación no cumple con este requisito fáctico vulnera de una u otra manera la defensa material y técnica, en el caso concreto, de acuerdo a los requisitos que debe de llevar el escrito de acusación fiscal.

1.2 Derecho de Fundamentación

Por último, existe un principio que el Estado, en el ejercicio de ius puniendi, debe garantizar en el escrito de acusación: el **derecho de fundamentación**.

Es una obligación del fiscal de acuerdo con el artículo 109 CPP., fundamentar sus requerimientos y conclusiones con expresión clara y concisa de lo que requiere, indicar cuáles son los hechos por los cuáles pide someter a un sindicado a juicio penal, y esta fundamentación exige del fiscal un ejercicio intelectual en la construcción de los hechos⁵. Podríamos concluir que, por interpretación extensiva del artículo 11 bis CPP, autorizada a su vez por el arto 14 CPP, la simple relación de documentos del proceso, no reemplaza en ningún caso la fundamentación fáctica de la acusación.

La existencia del hecho, así como la participación del sindicado en el mismo, queda plasmado en la fundamentación fáctica de la acusación, constituyéndose este requisito del escrito en el eje central del proceso que, fijado en el mismo, no puede ser variado, ni darse por acreditado otro que no sea objeto del proceso penal (caso concreto). Por esa razón es importante individualizar e intimar los hechos con relación a los partícipes, y su relato no constituye, o más bien dicho, no puede ser sustituido por la descripción del tipo penal aplicable.

1.3 CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL HECHO:

a) La descripción del hecho: Para establecer una reconstrucción histórica es importante establecer cuantos medios de investigación sostendrán la verdad de ellos en la acusación. Entonces es necesario hacer aquella enunciación de hechos concretos claros y precisos para saber con mayor exactitud porqué el fiscal cree conveniente acusar por determinado delito. Puede ser que la descripción de los hechos sea **insuficiente**, o por el contrario, sea **abundante** en información que no sirva para construir una imputación por no tener significado jurídico alguno, para efectos de cumplir con los objetivos del proceso penal.

⁵ Esta obligación de fundamentación de la fiscalía, corresponde a lo que, para los jueces establece el arto. 11 bis.

b) Los hechos como soporte de la calificación jurídica (la complejidad del tipo penal): Ligado ya en el tema de la construcción histórica del hecho, existen exteriorizaciones de conductas delictivas en donde el hecho principal va acompañado de una serie de elementos de ese hecho que lo hace complejo y que no basta con calificarlos jurídicamente, sino más bien, históricamente describir en qué consisten. El mejor ejemplo se da en aquellos hechos que encuadran en los tipos penales cualificados (ya incluyen las agravantes específicas) como el asesinato, parricidio o en aquellos tipos penales que contienen elementos descriptivos e independientes al elemento esencial del tipo como el homicidio en riña tumultuaria, la violación con agravación de la pena, estupro agravado, los abusos deshonestos y abusos deshonestos agravados, el plagio o secuestro, el hurto agravado, el robo agravado, la estafa y los casos especiales de estafa entre otros, que generan desde la perspectiva de la fundamentación jurídica los problemas en la subsunción de los hechos a los tipos penales. Otro ejemplo es el de las agravantes independientes que modifican la responsabilidad penal del imputado contenidas en el artículo 27 del Código Penal y que merecen por parte del fiscal la obligación de construir fácticamente los mismos.

c) De los elementos del modo, tiempo y lugar: Para delimitar la construcción histórica del hecho es necesario establecer el **tiempo, el modo y el lugar** en que estos de acuerdo con la hipótesis del fiscal se han cometido, indicando todas las circunstancias, pues sin ellas, ese hecho no existiría en concreto. Este requisito es básico en el proceso penal ya que, en el momento de escuchar al sindicado en su declaración inicial frente al juez, éste debe de hacerle saber el motivo de su detención de conformidad con el artículo 81 del CPP. Estos elementos necesariamente deben de estar contenidos en la acusación, pero en muchos casos, pueden ser totalmente distintos a la actividad probatoria, por ejemplo:

A XX se le sindicó de provocar la muerte de ZZ el día veintisiete de mayo del año dos mil uno aproximadamente a las veintiuna horas con cuarenta minutos. El fiscal para probar los hechos objeto del juicio ofrece dentro de los medios de investigación de la acusación, el informe médico legal en donde el perito informa haber practicado la necropsia a las trece horas del día veintisiete de mayo del año dos mil uno. Presenta también una certificación del acta de defunción del registro civil donde indica como día de la muerte el veintiocho de agosto del año dos mil uno.

Este es un claro ejemplo de una descripción de tiempo y lugar en que se dieron los hechos que no es coherente con la fundamentación probatoria del escrito de acusación⁶.

El defensor público no puede dejar pasar por alto el análisis exhaustivo de este control de la fundamentación fáctica de la acusación, puesto que, de existir inconsistencias fácticas en el escrito, se debilita la veracidad de la misma, y a veces el derecho de defensa pena al acusado.

Con relación al **elemento del modo**, la exigencia de la acusación consiste en enunciar cómo ocurrió el hecho y las circunstancias en que este se cometió. Este punto se retrotrae a lo antes indicado con relación a la descripción del hecho, porque en muchas ocasiones los hechos descritos son insuficientes, imprecisos, no indican elementos importantes de la imputación. Es necesario que el elemento modo en la acusación deba de ser preciso y contener los datos o elementos suficientes para provocar una imputación.

⁶ Proceso No. 6325-2001 Of. 2do. Juzgado 9no. 1 ra. Instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente. Guatemala, Delito: asesinato.

Para el efecto de analizar la construcción histórica del hecho citamos el siguiente caso: (por razones obvias, los nombres son ficticios)

DESCRIPCIÓN DE DATOS INNECESARIOS EN LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA:

RELACION CLARA PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DEL HECHO PUNIBLE QUE SE LE ATRIBUYE A LA SINDICADA Y SU CALIFICACION JURIDICA: "El día tres de diciembre del año dos mil, aproximadamente desde las ocho horas con treinta minutos el señor CARLOS en compañía de su hijo JUAN JOSÉ, y el mecánico estuvieron arreglando el carro del señor LOPEZ en su residencia ubicada en lote ciento dos del sector tres, manzana A de la colonia Prados de Villa Hermosa; zona siete de San Miguel Petapa, hasta las tres de la tarde, almorzaron y salieron a comprar repuestos. Aproximadamente a las veinte horas llegaron a la tienda de nombre "Mary" ubicada en lote ciento ochenta y seis sector tres, manzana A de Prados de Villa Hermosa, su hijo JUAN JOSE y el señor CARLOS, a bordo del pick up, marca Nissan, color gris placas de circulación particulares 123456 modelo mil novecientos ochenta y cinco, a nombre de JJJ; pidieron dos cervezas y se salieron de la tienda a beberlas enfrente, en la acera, entonces el señor MANUEL aprovecho a solicitarle al señor JUAN JOSE que le hiciera un flete"

El anterior párrafo no describe una acción que motive una posterior imputación, es mas, no tiene relación alguna si solo nos circunscribiéramos a la lectura de este trozo de la historia, siendo este un relato innecesario. El fiscal en este caso le hace la siguiente imputación a la acusada:

d) Fundamentos Resumidos de la Imputación: *"A la procesada SUSANA se /e imputa la acción delictiva tipificada como HOMICIDIO.*

EN QUE CONSISTIO EL HECHO QUE MOTIVO AL FISCAL ACUSAR A LA SINDICADA POR EL DELITO DE HOMICIDIO El día tres de diciembre del año dos mil dos, bebiendo cervezas en la tienda "Mary" de dirección ya anotada en el párrafo anterior, CARLOS el ahora fallecido en compañía de JUAN JOSE (hijo de la acusada) fueron abordados por el señor MANUEL para solicitarle a JUAN JOSE un flete, con el objeto de trasladar una plancha de hierro que sirve como comal. El joven JUAN JOSE accedió a realizar dicho flete con el infortunio de que el vehículo antes descrito no le arrancó. Esto motivó que el hoy fallecido se burlara de JUAN JOSE provocándose así una discusión que acabó en golpes. Durante el desarrollo de la pelea llega la hoy acusada SUSANA al lugar antes descrito y al presenciar la pelea entre su hijo y el señor CARLOS decide tomar una piedra que se encontraba cerca y aprovechando que el hoy fallecido se encontraba dominado en el suelo lo golpeó en la cabeza con tal fuerza que le provoca la muerte

La anterior descripción se constituye en el hecho por el cual la sindicada fue acusada.

En este ejemplo se da un problema por los hechos compuestos. El presente caso de análisis se refiere a que el Ministerio Público establece tanto en la calificación jurídica como en la construcción fáctica de esa acusación las agravantes de ensañamiento, nocturnidad y haber exteriorizado la acción bajo motivos fútiles o abyectos.

RELACIÓN CLARA, PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DEL HECHO PUNIBLE QUE SE LE ATRIBUYE: Indica la acusación: "al llegar usted

SUSANA a dicho lugar y presenciar que estaban peleando entre ellos, tomó usted una piedra que se encontraba cerca de un montón de ripio, en un lote baldío y como el señor CARLOS se encontraba en el suelo aprovecho usted, para golpearlo con la piedra que había tomado, de una forma brutal en la cabeza al señor CARLOS hasta causarle la muerte, con ensañamiento, porque utilizó un objeto contundente que al impregnarle fuerza produjo la muerte de la víctima; aprovechando la nocturnidad, y por motivos fútiles o abyectos".

Del presente análisis se desprende que la construcción de los hechos complejos no significa incluir en esa descripción las agravantes contenidas en el artículo 27 del Código Penal. En el presente hecho el fiscal se circunscribe a citar con algún comentario de tipo legal las agravantes, pero no describe en qué consistieron esas acciones que las soporten jurídicamente, cómo históricamente se representa ese momento en la construcción de los hechos y como además de golpear a una persona y causarle la muerte exteriorice otras acciones y así describirlas en la acusación. La indicación de las agravantes como un elemento para modificar la responsabilidad penal del acusado no se circunscribe a la simple mención de las mismas y jamás sustituyen la construcción de hechos.

El ensañamiento se establece como aquella acción encaminada a aumentar deliberadamente los daños ya provocados al bien jurídico tutelado (en el presente caso, la vida) o provocar otros innecesarios. ¿Cómo se puede determinar desde la construcción histórica de los hechos qué golpes o cuántos golpes fueron necesarios para provocar ese resultado y ya consumado el propósito cuantos más fueron propiciados innecesariamente? ¿Qué actos exteriorizados debieron construirse en la fundamentación fáctica de la acusación para imputarle a la acusada la agravación de esa

conducta típica, antijurídica y culpable? ¿Cuál sería la brutalidad a la que se refiere el fiscal en esa parte de la construcción histórica del hecho?

Para el M.P. el ensañamiento se fundamentó en utilizar un objeto contundente y la supuesta fuerza que se aplicó, pero no le da ni siquiera a ese objeto la calidad de arma. La nocturnidad es aquella agravante que se refiere a aprovechar para realizar una acción delictiva la oscuridad; utilizar la desventaja de la víctima y ocultar la visibilidad de quien comete la acción generando impunidad. Por otra parte la nocturnidad es la no visibilidad y no puede ser confundida simplemente con las horas nocturnas, pues puede ser de noche pero existir un buen alumbrado eléctrico. En el presente caso se cita como agravante la nocturnidad pero igual el fiscal no indica en que consistieron esas acciones encaminadas a aprovechar ese elemento natural. ¿Qué cantidad de luz artificial existía en el lugar? ¿Si habían varios testigos, y a la vez nocturnidad, como pudieron presenciar los hechos? ¿Fue visible la riña entre los primeros y visibles los golpes que le propinó la acusada a la víctima?

El fiscal en conclusión no describe ninguna acción para justificar en la construcción fáctica tal extremo, por consiguiente, no sabemos como fue que la acusada aprovecha ese elemento accidental natural.

Los motivos fútiles o abyectos tampoco son descritos en la fundamentación fáctica del caso analizado. Lo fútil se entiende como aquella acción exteriorizada en donde el sujeto activo del delito manifiesta en esa conducta

poca importancia hacia el sujeto pasivo⁸ ¿pero cómo el fiscal va a demostrar en- un posterior juicio ese extremo del hecho si no lo ha construido históricamente en el escrito de acusación y probatoriamente tampoco lo establece?. Lo abyecto se entiende como aquella acción manifiestamente baja, despreciable o vil por parte de quien se sindicaba haber exteriorizado esa conducta⁹ No basta que el fiscal indique en la fundamentación fáctica del escrito de acusación que existieron motivos fútiles o abyectos y con ello pretender que las agravantes sean parte de la construcción jurídica, hay que establecer qué conductas se exteriorizan por la parte acusada y como se observaron estas desde la perspectiva de la prueba para construirlas históricamente.

Por último se anota como el M.P. en el escrito de acusación califica jurídicamente el presente caso de análisis, citando a continuación: (transcripción literal)

LA CALIFICACION JURÍDICA DEL HECHO PUNIBLE RAZONÁNDOSE EL DELITO QUE LA SINDICADA HA COMETIDO, LA FORMA DE PARTICIPACION, EL GRADO DE EJECUCION Y LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES:

"Sobre la base de las investigaciones realizadas por esta Agencia Fiscal, se considera que existe fundamento serio para formular acusación en contra de SUSANA como autora del delito de HOMICIDIO, el cual se encuentra regulado en el artículo 123 del Código Penal. Este establece que comete homicidio quien diere muerte a alguna persona. Al homicida se le impondrá prisión de 15 a 40 años) con las siguientes agravantes, de conformidad con el artículo 27 del Código Penal:

⁸ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Tomo 1, vigésima edición. Editorial Espasa Calpe, S. A. España 1999. al respecto indica: FUTIL: de poco aprecio o importancia.

⁹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia española. Tomo 1, vigésima edición. Editorial Espasa Calpe, S. A. España 1999. al respecto indica: ABYECTO: Despreciable, vil en extremo, humillado, abatido.

- a) Motivos fútiles o abyectos: porque no había motivo suficientemente fuerte como para privar de la vida a la víctima;
- b) Ensañamiento porque no le bastó con los golpes que le propiciaba al señor JUAN JOSE sino que intervino golpeándolo con una piedra en la cabeza, aprovechando que ya estaba tirado en el suelo, después de recibir tantos golpes y continuo la sindicada golpeándolo en presencia de varios testigos hasta causarle la muerte; con imposibilidad de defenderse porque la víctima no portaba arma.
- c) Nocturnidad porque los hechos ocurrieron en la noche"

Al analizar los fundamentos jurídicos del escrito de acusación observamos que los argumentos plasmados por el fiscal son incoherentes y contrarios a la construcción fáctica y probatoria.

El defensor público debe de ser muy acucioso al momento de analizar la fundamentación fáctica del escrito de acusación y relacionar esa construcción de hechos con la fundamentación jurídica. Es muy común establecer un divorcio total entre ambas, y esta a su vez, frente a la escasa precisión de la fundamentación probatoria, extremos que pueden favorecer el ejercicio de defensa técnica.

2. CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA IMPUTACIÓN SEGÚN LOS HECHOS.
(intimación procesal) Para la construcción histórica de un hecho de relevancia para el proceso penal debe tomarse en cuenta la participación del sindicado en ese hecho. Esa participación no es más que la exteriorización de conductas humanas que para el tipo penal se constituyen en acciones u omisiones según la Teoría del Delito.

Por esa razón, al fundamentar fácticamente la acusación, se debe observar como esa historia contiene en sí misma el relato de un hecho (*yace el cadáver de Juan que es ultimado a tiros, producidos por un arma de fuego de calibre no autorizado que fue accionada intencionalmente por José motivado por los celos que sentía*) que determinara que existe como tal la exteriorización imputable a una persona (*Juan da muerte a José*) de una conducta que el Estado en el ejercicio del ius puniendi persigue penalmente.

Esa construcción histórica incluye una relación causal que le atribuye al acusado como producto de sus actos, un resultado. Pero ese resultado para que motive una posterior sentencia condenatoria debe explicar en el proceso, en qué consistió esa acción típica, antijurídica y culpable.

La demostración histórica del hecho y la participación del sindicado en el mismo se constituyen como fines del proceso penal guatemalteco, y están diseñados precisamente para desarrollar en ellos un relato que ligado al principio de legalidad penal promuevan el mismo. Por esa razón es importante que en la etapa o fase de investigación esa historia sea reconstruida a través de los medios de investigación para que en ese proceso penal todos los extremos del relato sean descritos y fundamentados probatoriamente en la acusación. **Si ello no consta en la acusación no podría legal y efectivamente el Estado perseguir penalmente a una persona; el tipo penal por sí solo es insuficiente.** Para profundizar sucintamente en ello es necesario abordar algunos problemas que el defensor público a diario encuentra al analizar la fundamentación fáctica del escrito de acusación.

3. EL PROBLEMA DE SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS AL TIPO PENAL. (Confusión de la fundamentación fáctica con la descripción del tipo penal por parte del ente acusador.)

Este es el problema que sin lugar a dudas más inconsistencias provoca en el escrito de acusación al construir la fundamentación fáctica. **Los hechos en la acusación no implican un desarrollo del tipo penal** que se cree pudo haber cometido el acusado, sino implican un desarrollo lógico de aquella historia que contiene una exteriorización de conductas humanas que nos indicarán cuándo, cómo, dónde, bajo qué motivos y con qué medios, una persona sindicada cometió un ilícito penal, que concluyan en una adecuada imputación.

Lo anterior implica un análisis dogmático penal y por lo mismo, nos remite a la concepción del derecho penal que asuma el fiscal que elabora la acusación: derecho penal de acto o derecho penal de autor. Es básico relacionar los hechos de la acusación desde el comportamiento humano como punto de partida para la teoría general del delito. El enfoque del derecho penal de acto no sólo se debe reflejar en los problemas de la jurisdicción (juez penal), sino además, desde los problemas de la persecución penal, que se materializan en el escrito de acusación. Se cae en el craso error de visualizar al acusado con base en el área geográfica donde vive, su nivel de educación, su condición social y económica para dar por establecido el hecho, con un mínimo de investigación y una pobre construcción fáctica basada en un desarrollo del tipo penal aplicable. Así se acusa y somete a juicio oral y público a una persona. Comúnmente son acusaciones que recurren al vicio de agregarle al tipo penal el lugar y el tiempo, omitiendo por completo las circunstancias del modo.

Se constituye en un problema entonces construir fácticamente un fundamento de la acusación desde la concepción del derecho pena(de autor y no desde la perspectiva de una derecho penal de acto. Por esa razón es importante describir todas aquellas conductas exteriorizadas en la construcción histórica del hecho, para fortalecer una adecuada imputación según la teoría de la

acción¹⁰. Esta concepción nos permite establecer en esa construcción la relación de causalidad, el grado de participación, el grado de ejecución, las circunstancias agravantes y atenuantes que justificarán posteriormente una calificación jurídica adecuada en el apartado de la fundamentación jurídica de la acusación.

Esta confusión se manifiesta incluso cuando en la construcción fáctica de la acusación, el fiscal incluye una serie de términos jurídicos propios de la construcción jurídica, y en muchos casos se contradice al relacionar éstos con la fundamentación de los hechos.

En el caso anteriormente citado para su análisis en el apartado de la construcción histórica del hecho, se establece este problema, puesto que a la acusada de homicidio en la construcción fáctica de dicha acusación se le imputa haber cometido el hecho bajo motivos fútiles y abyectos, y con ensañamiento, términos jurídicos propios de la fundamentación fáctica pero que no indican en el apartado de la relación clara precisa y circunstanciada del hecho en qué consistieron esos actos exteriorizados por la acusada.

La importancia de la fundamentación fáctica de la acusación estriba en la descripción de conductas que al ser exteriorizadas permitan al fiscal encuadrar posteriormente éstas en un tipo penal o en varios tipos penales. Si la construcción fáctica es deficiente o inconclusa la fundamentación jurídica correrá la misma suerte.

¹⁰ Muños Conde, Francisco. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. "Teoría de la Acción. El comportamiento humano como base de la teoría del delito". Al respecto indica que "La distinción entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor no es sólo una cuestión sistemática, sino también y fundamentalmente, política e ideológica. Solo el Derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente".

Para establecer una buena imputación es importante construir con claridad y precisión los hechos. El relato fáctico de la acusación carece algunas veces de elementos importantes que posteriormente no pueden sostener la calificación jurídica, o bien, inexistencia de elementos subjetivos en dicha construcción citando como ejemplo el ánimo de lucro en los delitos contra el patrimonio o el propósito en el delito de secuestro. Se evidencia también este problema especialmente cuando el fiscal no hace referencia al grado de participación, como la autoría, complicidad o encubrimiento o los grados de ejecución como lo son la consumación o el grado de tentativa.

La construcción histórica para lograr una buena imputación depende de igual forma de cómo el fiscal establece en el escrito de acusación aquellos hechos complejos (acciones previas o posteriores) al momento consumativo, que le dan fortaleza a la calificación jurídica de la misma, y determinarán en muchas ocasiones, el grado de participación del acusado. Se hace referencia entonces al momento previo y posterior a la acción humana exteriorizada (momento consumativo del delito)

Lo mismo sucede cuando la calificación jurídica de la acusación pretende determinar el monto de la pena, cuando se da el concurso de delitos. Para lograr ese fin, la acusación debe contener los hechos que determinen la necesidad de establecer un concurso real, ideal o continuado de delitos. Para el caso del concurso ideal de delitos, el fiscal debe establecer en la fundamentación fáctica de la acusación cuando una exteriorización de conductas constituye el encuadramiento de dos o más tipos penales. Para ello necesariamente tiene que describir esas acciones en la construcción del hecho. La misma observación es aplicable al caso del delito continuado.

5. CONSTRUCCIÓN HISTORICA DE LA IMPUTACIÓN SEGÚN LOS ACTOS PREVIOS Y POSTERIORES AL ACTO PRINCIPAL DE LA CONSUMACIÓN DEL HECHO

a) **Momento Previo (la descripción del pre actum)** Es muy común que los defensores públicos se encuentren con acusaciones que no incluyen una serie de elementos característicos del hecho en la construcción fáctica que distingan las acciones previas, las acciones principales y las acciones posteriores del momento consumativo producto de la exteriorización de conductas calificadas de ilícitos penales.

El **pre actum se entiende para efectos de este tema** como aquellas acciones que incluyen una serie de circunstancias previas (exteriorización de conductas) al momento consumativo del delito. Se puede citar como ejemplo; las agravantes de alevosía, premeditación, interés lucrativo, auxilio de gente armada, cuadrilla, nocturnidad y despoblado, embriaguez, entre otras, que modifican la responsabilidad penal, pero que, para ser válidas en la fundamentación jurídica de la acusación deben constar en el apartado fáctico de la misma. Estas circunstancias previas representan una dificultad al momento de construir el relato del caso concreto, y por ello es importante que el defensor sea acucioso en la revisión de este extremo del escrito de acusación.

Cabe comentar también que, en el caso de los tipos penales cualificados tal como el asesinato, muchas veces la acusación establece para sostener la calificación jurídica la alevosía y premeditación, pero estos elementos propios del tipo penal no están descritos en la acusación, pues no señalan qué actos preparatorios ha realizado un individuo para asegurar la muerte de otra persona. Otro ejemplo de actos previos puede ser el referido al delito de plagio y secuestro ya que previo al momento de limitar la libertad

de locomoción del sujeto pasivo del delito, se necesita establecer actos preparatorios que deben estar plasmados en la acusación. Además los actos que, después de realizada la detención del secuestrado, se realizan para demandar y en su caso, obtener el propósito de dicha detención (lograr rescate, canje de personas o con cualquier otro propósito similar). Aquí el punto a examinar es si ese elemento subjetivo del tipo penal se exterioriza según el relato del fiscal para determinar si el propósito de limitar la libertad ambulatoria del supuesto agraviado tiene como soporte fáctico el interés lucrativo o cualquier otro propósito similar. En los anteriores ejemplos es una exigencia dentro del proceso penal la descripción de esas acciones en la acusación, para poder individualizar los hechos así como la participación de los sindicados.

b) EL ACTO PRINCIPAL DEL MOMENTO CONSUMATIVO (descripción del actum) El artículo 13 de la ley sustantiva penal guatemalteca establece que la exteriorización de una conducta tipificada como delito concurre cuando todos los elementos del **tipo penal se han** producido en dicha acción humana.

Se ha indicado anteriormente que es común que en muchos casos existan acusaciones en las cuales la calificación jurídica no encuadra con la fundamentación fáctica ya que en ella no se describen en qué consistieron todas esas acciones del tipo penal. Citando nuevamente uno de los anteriores ejemplos, este vicio se da en los delitos de plagio o secuestro cuando, siendo este un delito continuo en modo, tiempo y lugar, suponemos que no se exteriorice el propósito por el cual se coarta la libertad ambulatoria porque los sindicados son detenidos antes de exteriorizar el móvil del mismo. Esto nos indica que, por causas independientes de la

Voluntad de los secuestradores, este ilícito no se consuma. En consecuencia, no se dan todos los elementos del tipo penal, por lo tanto no podría acusarse por plagio o secuestro consumado, pero sí en grado de tentativa o en su defecto, dependiendo del caso concreto, algún otro tipo penal que pudiera haberse consumado.

Otro caso común se da en los delitos contra el patrimonio. Para que exista momento consumativo de conformidad con el artículo 281 del Código Penal el sujeto activo del delito debe de tener el bien bajo su control. Eso implica libre disposición del bien apropiado con el desplazamiento respectivo y ante todo que tenga como propósito el ánimo de lucro. A menudo las acusaciones indican en la fundamentación fáctica que el acusado es responsable del delito de robo y sus variaciones, porque fue sorprendido en el preciso momento en que despojaba a la víctima de su patrimonio. La cuestionante es que ¿si no existió pleno control del bien y el respectivo desplazamiento cómo puede haberse consumado dicha acción?. Una relación de hechos que no establezcan en la construcción histórica este extremo no podría sostener en la fundamentación jurídica de la acusación un delito contra el patrimonio consumado.

El defensor público debe analizar la construcción fáctica, especialmente en los delitos contra el patrimonio o de aquellos tipos penales que se integran con varios elementos, puesto que, cada uno de ellos exige una fundamentación fáctica. •

- c) **EL MOMENTO POSTERIOR (descripción del post acturn)** En la construcción histórica de la imputación existen actos que agravan la acción exteriorizada y que concluyen en un determinado tipo penal y en

consecuencia modifican en perjuicio de la persona acusada la responsabilidad penal.

El post actum comprende aquellos elementos diversos o característicos del tipo penal aplicable según la construcción fáctica que así los haya exigido, que complementan el acto principal del momento consumativo. Aquí se hace referencia también a las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, que deben describirse en la fundamentación fáctica de la acusación, para determinar aquellas conductas posteriores a dicho momento. Este es el caso de las agravantes de ensañamiento, preparación para la fuga, interés lucrativo, vinculación con otros delitos por citar algunos, de conformidad con el artículo 27 del Código Penal.

Si en la construcción fáctica no se describen éstas acciones propias de las agravantes que modifican la responsabilidad penal, no podrá esa historia sostener la fundamentación jurídica de la imputación que incluya agravantes. Esta ausencia de fundamentación menoscaba el derecho de defensa penal, puesto que, la imputación del acusado es una garantía penal para preservar el principio de legalidad penal.

d) LA PARTICIPACION DEL ACUSADO EN LOS HECHOS r

Pluralidad de acusados
Pluralidad de hechos

Pluralidad de acusados: en Guatemala aún se encuentran serios obstáculos para construir la imputación en la fundamentación fáctica de las acusaciones penales, ya que no se maneja con propiedad la teoría de la participación cuando existen dos o más personas acusadas por un hecho.

La autoría y la complicidad son formas básicas de participación en el delito que no se determinan en la mayoría de acusaciones, en donde por regla general todos los acusados son autores de un mismo hecho sin fundamentar bien ese extremo fáctico de la acusación. Bajo la perspectiva de la norma penal guatemalteca según el artículo 36 del Código Penal. Ni siquiera se indica en la fundamentación jurídica de los escritos de acusación los numerales aplicables de dicho artículo según el caso concreto investigado. Es más, esta ausencia de fundamentación va muy ligada al problema de la fundamentación probatoria, en consecuencia, no se puede sustentar en la fundamentación de los hechos de la acusación fiscal, la participación de o los sindicados de un ilícito penal. También se observa este problema en la autoría intelectual (Art. 36, numeral 2 y 3 "inducción directa" del Código Penal) y la autoría material, ya que en la acusación no se describen en la construcción fáctica, cuáles fueron las acciones exteriorizadas que puedan distinguir una de la otra, si este fuera un extremo necesario para imputarle a o los acusados un mismo hecho.

En la complicidad como forma de participación en el delito muy raras veces se encuentra una acusación que describa en la fundamentación de hechos, en qué consistieron esas acciones exteriorizadas que pudieran sindicarse a un individuo de ser cómplice de un determinado delito.

En consecuencia, de lo anteriormente expuesto, se desprende que existe vulneración del derecho de fundamentación cuando esta exigencia se incumple, inobservando la intimación procesal. Dicho de otra forma, no se fundamenta la *individualización* de conductas cuando en un mismo hecho existen varios acusados. La imputación, para garantizar el

principio de legalidad penal, parte desde indicarle especialmente a los acusados cuál fue su participación en el hecho motivo de persecución penal, individualizando las conductas que encuadren en **un tipo penal**.

Para citar un ejemplo: en varias ocasiones se acusa a tres o cuatro sujetos de haber dado muerte a otro, muerte que le fue ocasionada a la víctima por un disparo de **una sola arma de fuego y a** los tres se les sindicó del mismo hecho sin individualizar acciones y grados de participación. Otro ejemplo se da en los casos de secuestro en donde todos los acusados, manejaron el vehículo donde introdujeron a la víctima, todos negociaron el rescate, todos retuvieron en cautiverio al secuestrado y todos cobraron el rescate.

Esta necesaria individualización de acciones, relacionada con la teoría de la participación, son en conclusión una de las mayores deficiencias en la construcción fáctica de las acusaciones, que quebrantan además del principio de legalidad penal, el principio de imperatividad procesal garantizado en el artículo 3 del Código Procesal Penal y el derecho de fundamentación contenido en el artículo 108 y 109 de dicha normativa procedimental.

PLURALIDAD DE HECHOS: Para cerrar el tema de la fundamentación fáctica de la acusación es importante también anotar lo referente a aquellas acusaciones en donde se acusa **a** uno o varios individuos por dos o más hechos ilícitos.

En diversas situaciones el M.P. acusa **a** una persona por varios delitos y un mismo hecho sin aclarar en el plano fáctico si ese hecho manifiesta

exteriorización de conductas que se encuadran en uno o varios tipos penales, en consecuencia, la exteriorización por parte del acusado de varios hechos. Se cita como ejemplo la violación con amenazas y lesiones; lesiones u homicidio provocado con arma de fuego y el sindicado no portaba el arma legalmente o el arma era de procedencia incierta; robo agravado y amenazas por citar algunos ejemplos.

El problema para la construcción de la imputación en el ámbito fáctico es cómo en un proceso de subsunción posterior que se realiza en la fundamentación jurídica de la acusación, el fiscal argumenta la existencia del concurso de delitos. Para un concurso real, ideal o continuado el fiscal debe ser coherente y congruente entre la fundamentación fáctica y la fundamentación jurídica, ya sea porque los hechos indistintamente sean un medio necesario para cometer otro u otros, o bien cuando el sujeto activo del delito sea imputado por dos o más delitos indistintamente a la existencia de uno o varios hechos. Esto implica que, en la individualización de hechos, no solo atañe a los sujetos o acusados, sino también a individualizar los hechos según cómo estos en la construcción histórica lógicamente se han suscitado.

Hay que recordar que el tribunal de sentencia en el debate oral y público no puede dar por acreditado otros hechos distintos a los contenidos en la acusación. Ello sin importar que el fiscal los haya fundamentado jurídicamente en la misma y en ello estriba la importancia para el defensor de revisar muy bien la construcción histórica de los hechos y de la imputación desde la perspectiva de la pluralidad de hechos, pues de un minucioso análisis de ese escrito puede desprenderse una mejor estrategia y argumento de defensa técnica penal.

IV. EL TIPO PENAL Y LA ACUSACION ALTERNATIVA

La acusación alternativa la regula el artículo 335 del CPP, que establece, "El Ministerio Público, para el caso que en el debate no resultaren demostrados todos o algunos de los hechos que fundan su calificación jurídica principal, podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento de imputado en una figura delictiva distinta".

En el momento de presentar la acusación el órgano fiscal realiza una evaluación interna de los medios de investigación producidos para determinar no solo la probabilidad de que el acusado haya participado en el hecho, sino que a la vez, establece qué hechos pudieran no ser demostrados en el debate.

En este caso, la ley procesal faculta al Ministerio Público a presentar una acusación alternativa.

Son requisitos de la acusación alternativa:

Que el MP prevenga que en el debate pudiera tener dificultad para probar algunos de los hechos que fundan su calificación jurídica principal.

Indicar alternativamente el o las circunstancias que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta.

Puede suceder que la figura típica alternativa, proteja un bien jurídico distinto al de la figura principal, por ejemplo, acusar por hurto agravado, en donde el bien jurídico es el patrimonio, y alternativamente por el delito de encubrimiento propio, en donde el bien jurídico es la administración de justicia.

Puede en cambio protegerse el mismo bien jurídico con ambas acusaciones. Ejemplo: un caso de homicidio, en donde alternativamente se acusa por homicidio preterintencional. En este segundo supuesto se infiere, que la no demostración de alguno de los hechos, variará la calificación jurídica a un tipo penal, con una pena inferior, de la expuesta en la acusación principal. En doctrina se conoce con el nombre de tipo básico, acusado alternativamente por un tipo privilegiado¹¹. Sin embargo, en la práctica tribunalicia, algunas acusaciones alternativas no están fundadas de conformidad con el artículo 333 CPP, contraviniendo esta disposición, presentando acusación por un delito mas grave, o delito cualificado. Aspecto que no es técnico, ya que si se establece que no se probarán todos o algunos de los hechos del tipo establecido en la acusación principal, mucho menos se probará hechos que conlleva a calificar los mismos en un delito con una pena mas grave.

Indicar las circunstancias del hecho: Al presentar la acusación alternativa, el Ministerio Público tiene la obligación de indicar las circunstancias materiales o personales, que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en otro tipo distinto a la figura principal.

No confundir el verbo "podrá" como una facultad que la ley otorga al ente investigador para presentar acusación alternativa, con los requisitos procesales de la presentación de la misma.

¹¹Los tipos privilegiados y los tipos cualificados son simples derivaciones del tipo básico. En el tipo privilegiado existen circunstancias que atenúan la pena. Por ejemplo, si el tipo básico es un hurto, el tipo privilegiado se da cuando la cosa sustraída no exceda de 10 salarios mínimos, lo que lo convierte en un delito de acción pública dependiente de instancia particular. Hay casos en que la variación del tipo básico, agrava la pena, como el caso del hurto de objetos sagrados o históricos. Estos son los llamados tipos cualificados.

Al indicar esas circunstancias debe eslabonarse lo relativo a los elementos objetivos por el cual se pretende calificar esos hechos. Es decir, debe existir una relación entre la plataforma fáctica y la calificación jurídica que se pretende. No basta con solo enumerar el artículo o la norma penal sustantiva o sus supuestos, sino fundamentar porqué los hechos subsumen esa calificación jurídica distinta.

Estas circunstancias son condiciones objetivas o personales que agravan o atenúan la antijuricidad, o la culpabilidad, y en consecuencia la pena asignada puede ser mayor o menor, que la asignada al tipo básico.

La razón del requisito es indicar cuáles son esas circunstancias que configuran un tipo pena; distinto, ello sin cambiar los hechos contenidos en la acusación, sino únicamente partiendo de la premisa que pudieran no ser demostrados algunos durante el debate. Otra cosa es la ampliación de la acusación regulada en el art. 373 CPP, con la cual no debe confundirse la acusación alternativa.

V. CONTROL DE LA ACUSACIÓN EN CUANTO A LA LEGALIDAD DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN PRODUCIDOS.

En la actividad de investigación criminal los fiscales y defensores tienen la ocasión de constatar las dificultades que entraña la construcción de un hecho del pasado. Son las mismas que enfrenta el historiador social. Son conocidas las dificultades que tienen que salvarse, cuando se trata de realizar la construcción lógica de esos hechos, y sobre todo, cuando se intenta una explicación a través de su interpretación. En este módulo está presente esta interesante cuestión. No obstante, el defensor también se encuentra a menudo con dificultades adicionales. Ya no se trataría solamente de controlar rigurosamente el basamento probatorio de los hechos descritos en la acusación, sino de ejercer control sobre la licitud del mismo.

La tarea de controlar la licitud de las pruebas presentadas por la fiscalía, se relaciona directamente con el conocimiento de las garantías constitucionales en su sentido propio, esto es, conocer los remedios que la Constitución de la República y las leyes ordinarias establecen, cuando se ha violado el derecho del sindicado al Debido Proceso.

El problema de la prueba ilícita, pareciera que sufre desubicación al tratarse como parte del control de la acusación, puesto que una situación tal debe controlarse desde el inicio del proceso penal. Ello es cierto, pero la suposición de que se parte es que por razones que solo la práctica de la defensa penal puede ofrecer, se presentan situaciones en que se arriba al acto conclusivo de la etapa preparatoria del juicio, arrastrando vicios en el proceso de acopio de medios de investigación. Por ello, la cuestión que se coloca en el centro del presente capítulo atiende al problema que se le presenta al defensor público, cuando tiene que enfrentar situaciones de esta naturaleza.

En nuestro sistema procesal penal, el Juez de Primera instancia, existe como un órgano de control de legalidad de la actividad que ejerce el ente de la persecución penal. Esta función se ejerce claro está en toda la etapa preparatoria del proceso, pero en la etapa intermedia el CPP sistematiza esta actividad de control de legalidad. Por ello, esta función tiene carácter obligatorio.

La cuestión que se plantea justamente, es si el Juez de Primera Instancia está facultado para el control de la licitud de los medios de investigación presentados por el ente fiscal. Ello porque de conformidad con el CPP, al Tribunal de Sentencia se le asigna la función de rechazar la prueba ofrecida, entre otras razones, por ser ilegítima.

Es aceptado sin controversias por la doctrina que, el control de la acusación por el juez, es un control de la legalidad del ejercicio del deber estatal de acusar, cuando se dan las condiciones que la misma ley ha establecido. La cuestión es, determinar este control, comprende el de la legalidad de los medios de investigación.

Veamos el arto. 283 CPP, que va a ser citado una y otra vez, al referirse a los defectos absolutos, prescribe que, pueden ser advertidos aún de oficio, los defectos concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado... o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la constitución y por los tratados ratificados por el Estado.

De conformidad con el [arto. de](#) referencia un juez contralor no podría fundar una decisión, en este caso el auto de apertura del juicio, si advierte o reconoce la objeción de la defensa sobre el carácter ilegal de los medios de investigación presentados por la fiscalía. Además, qué caso tendría la apertura del juicio, si la acusación carece de mérito por no fundarse en prueba legal, por haberse violado en el procedimiento, garantías constitucionales

Este problema no se inserta en la polémica de si el juez contralor puede o no, valorar prueba, puesto que se trata más bien de afirmar que le corresponde previamente evaluar la licitud o ilicitud de los medios de investigación que le ha presentado el Fiscal. Este criterio encuentra sustento en el arto. 281 en relación con el 283, ambos del CPP, por cuanto, aquél prescribe que "no podrán ser valorados para fundar una decisión, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos¹² cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código..." Por ejemplo, si la fiscalía presentara como único mérito de su acusación, la individualización del imputado, a través de un reconocimiento en rueda de presos, del que no hubiese sido notificado la defensa, el juez estaría legalmente obligado a dictar la clausura provisional, pues de otro modo, estaría enviando a debate un caso que probablemente no pasaría de los actos preparatorios del mismo, de conformidad con lo que prescribe el ya citado arto. 350CPP no. 1.

En la inteligencia que el juez de primera instancia debe también controlar la licitud de la prueba, se hace el desarrollo de este tema. Es en esta óptica, que se abordarán resumidamente los diversos subtemas que le son propios.

1. Principio de legalidad y Estado de Derecho. La cuestión de la legalidad en la producción de medios de investigación. El principio de legalidad resume el conjunto de principios constitucionales que soportan el Estado de Derecho. Ello que aparece tan evidente no es siempre correctamente comprendido. El sentido común asocia generalmente este

¹² Son actos procesales " aquellas formas de conducta constitutivas del proceso que son regladas por el derecho procesal como presupuestos y efectos". Schmidt, Eberhard, Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, no. 181. Citado por Alvarez, Alejandro, Control de la Acusación, Separata de Revista Pena y Estado, No. 2

principio, con el respeto simple y llano de la ley. Ello no es así. Tanto por su origen histórico político, como por el modo como funciona actualmente, el principio se desarrolla como una garantía frente al Estado, sea impidiendo la arbitrariedad estatal, o como remedio frente a la misma cuando ya se ha dado.

En materia penal, hay que distinguir la vigencia del principio. Tratándose del derecho penal sustantivo hay que atenerse al *nullum crimen sine lege penale* previa, garantía que es recogida por el artículo 17 constitucional, 1° del código penal, y 9 de la CADH. Esta garantía con ser tan importante, no agota en materia penal al principio de legalidad, aunque sea común a muchos abogados esta reducción. El tratamiento de este control de legalidad por parte de; defensor, se desarrolla en otro capítulo del presente módulo. Allí se fundamenta la necesidad de una revisión rigurosa de la legalidad penal sustantiva, cuando se examina el escrito de acusación, por cuanto, la calificación jurídica de los hechos por parte de la fiscalía y del juez, no siempre está presidida por el rigor dogmático jurídico.

En este capítulo, interesa el principio de legalidad en relación con la legalidad procesal penal, ámbito en el que rige el arto. 12 de la CPRG, que comprende los derechos de defensa y del debido proceso. El debido proceso en materia penal se regula en todas aquellas normas constitucionales que se refieren a los derechos del sindicado. La CADH, en su arto. 8 los denomina Garantías Judiciales.

2. libertad de prueba y sus limitaciones.

En nuestro país, la violación de garantías constitucionales en el proceso de persecución e investigación de los hechos delictivos, es un fenómeno bastante extendido y no obstante, no se ha convertido en un centro de preocupación del sistema de justicia. Igualmente, la función contralora de los jueces adolece aún

de ciertas deficiencias, cuyas causas van desde la excesiva carga de trabajo, hasta un ejercicio desenfadado del poder de la judicatura, pasando a veces por la incomprensión del contenido de los derechos constitucionales de los sindicatos de la comisión de hechos delictivos.

Principalmente preocupa a los defensores públicos, que aún muchos jueces de diversos niveles, no asuman las consecuencias procesales que tiene la violación de garantías constitucionales, cuando se da la persecución e investigación del delito. En la práctica de la defensa pública penal, se registran violaciones de la naturaleza referida.

Medios de investigación obtenidos ,mediante la presión de una detención ilegal, tratamiento del imputado como objeto de prueba, inobservancia de los plazos constitucionales, allanamientos de vivienda excediendo los ámbitos físicos de la autorización judicial, violación del derecho de defensa. Estas son algunas de las violaciones registradas por nuestros defensores, con tolerancia, o participación de algunos jueces.

2.1 Principios y garantías constitucionales que presiden el debido proceso.

De la detención legal. Se aborda esta garantía para relacionarla con un caso en que, su violación se convierte en medio, para la obtención de medios de investigación en que la fiscalía funda su acusación y solicitud de apertura del juicio.

El arto. 6 de la Constitución Política regula la detención legal. Dos son los supuestos que plantea: la que se realiza con base en una orden judicial, librada con apego a la ley, y la detención que se da en el acto mismo de la comisión del delito, o flagrancia. En ambos supuestos se conocen violaciones del principio de legalidad.

Hay casos en que la detención ilegal, es convalidada por los jueces, en consideración a que existe prueba de la comisión de un hecho delictivo. Es decir, se atienden a la eficacia de la investigación, aunque se hayan atropellado garantías constitucionales. En estos casos los jueces acostumbran decretar la prisión preventiva y la apertura del juicio, a pesar de la insistente protesta de nuestros defensores. Hay que reconocer que un Juez de Primera Instancia, enfrenta una dificultad política y social para aplicar la ley, cuando el delito imputado es de alto impacto social, como es el caso del de narcoactividad. No obstante, lo que el defensor público defiende en última instancia es el debido proceso que, hay que reiterarlo sin cansancio, es un pilar del Estado de Derecho.

La Constitución Política, establece la garantía del debido proceso. No obstante, cosa curiosa o quizá no tanto, solo al referirse a la inviolabilidad de la correspondencia, y de los documentos, libros y archivos, que se relacionan con el pago de impuestos, arbitrios, tasas y contribuciones, los recaudos de nuestra ley suprema establecen de manera explícita y muy clara, que cualquier información o documento obtenido con violación de esta garantía, "no producen fe, ni hacen prueba en juicio". No obstante, es conocida la violación de esta garantía cuando el fiscal, sin orden de juez, solicita y obtiene de las empresas del ramo, información detallada de llamadas telefónicas del sindicato, con indicación del período, día y hora de las mismas.

Referido a la garantía de la detención legal en cambio, hay que recurrir al CPP y a las leyes constitucionales, para hacerlas valer dentro del proceso penal.

El arto, 185 CPP prescribe que los medios de prueba no deben suprimir las garantías y facultades de las personas. Ello quiere decir que, cualquier medio de investigación que caiga dentro de esta previsión legal, no puede ser valorada por el juez, puesto que éste solo podrá valorar para decidir en cada

caso concreto, aquéllos elementos de prueba que hayan sido obtenidos por un procedimiento permitido, y, en su caso, incorporados al proceso, conforme a las disposiciones del CPP. Arto, 186.

Los artos. citados, al parecer claros y de fácil comprensión, se tornan complejos cuando se aplican a cada caso, y no pocas veces, se colocan en el centro de las controversias que se dan en el proceso penal. Veamos un ejemplo:

Ejercicio no. 1

En el Juzgado xxx de Paz de turno se recibe un informe policial, a través del cual, se pone a disposición de j juzgado referido a la señora YYY. Informa la policía que dicha señora fue detenida ese mismo día a las 20.15 horas, en una sala del Hospital General en virtud de que a las doce horas siempre del mismo día, arribó la detenida al Aeropuerto Internacional La Aurora procedente de Colombia. El informe dice, que los agentes antinarcóticos la observaron nerviosa cuando ya había checado su pasaporte, y por ello, la "invitaron" a pasar a la unidad canina y al ser entrevistada manifestó voluntariamente que momentos antes, había ingerido varias cápsulas, ignorando la cantidad y el contenido. Por este motivo, los agentes captores procedieron de inmediato a trasladarla al hospital general, en donde se le sacaron radiografías abdominales. Toda vez que en ellas aparecieron cuerpos extraños, le suministraron soluciones, para provocar la expulsión de los mismos. En efecto, el informe agrega que expulsó dos cápsulas ante la presencia de la agente AAA, con un peso aproximado de 10 gramos cada una y una apariencia de color rosado pálido, envueltas en material sintético, conteniendo polvo blanco. La prueba de campo realizada con un reactivo químico de heroína, resultó positiva.

En la ampliación de su primera declaración ante el Juez de Primera Instancia la detenida admite el hecho del cual se le sindicaba, aportando algunos detalles sobre el mismo. Confirma lo que el sentido común orienta, respecto de que en realidad fue detenida en el Aeropuerto en donde permaneció unas dos horas y posteriormente llevada al Hospital General.

De conformidad con la experiencia de la defensoría pública, casos como éste se repiten en el Aeropuerto La Aurora. Lo que no se sabe es cuántas veces habrá atropellado derechos constitucionales por simples sospechas, finalmente fallidas.

El caso de referencia puede tomarse como un test para evaluar el respeto las garantías constitucionales en el país. Por otra parte, estos casos convierten en un centro de conflicto entre la justicia y legalidad por una parte y la seguridad ciudadana por otra. Ya se sabe que cualquier atropello de derechos de las personas, tiene suficiente consenso social, cuando se agita bandera de la lucha contra la delincuencia, pero ello no debe debilitar la lucha permanente de la defensa pública penal, por la vigencia del debido proceso el Estado de Derecho.

Aboquémonos ahora a la cuestión central del caso en estudio. Llegado el procedimiento a la etapa intermedia y en la relación circunstanciada de hechos del escrito de acusación, el agente fiscal repite casi textualmente contenido del informe policial.

Estamos en presencia de un caso en donde existe aceptación de los hechos por parte de la sindicada. ¿Es éste un dato jurídico relevante que le quita fundamento legal a la objeción del requerimiento del fiscal, por tratarse prueba ilícita?. Para el caso, es igual desde el punto de vista jurídico, que la sindicada hubiese negado o aceptado los hechos, puesto que la objeción legal

no se dirige propiamente a la pertinencia de la prueba, sino al procedimiento inconstitucional empleado para obtenerla.

Lo que jurídicamente importa en este caso es el procedimiento a través del cual fue obtenida la prueba, con la presencia y participación del fiscal. De la lectura del expediente aparece la violación de al menos tres garantías constitucionales en el procedimiento empleado por la PNC, para incriminar a la sindicada.

- a) Se le detuvo de manera ilegal como condición para obtener medios de investigación con violación del art. 6º. Constitucional. En efecto, nuestro ordenamiento penal sustantivo penaliza conductas, éstas por definición son exteriores, ya que no puede juzgarse lo que una persona piensa y tampoco puede detenerse por simples sospechas, apoyadas en cualesquiera fundamento, como la nacionalidad, o como en este caso el origen del vuelo, pues no nos rige un derecho penal de autor. La sindicada no realizó conducta alguna tipificada como delito en nuestro CP. Pese a ello fue detenida, bajo el argumento que los agentes captore la notaron nerviosa.

- b) Se violó su derecho a la integridad personal, recogido en el art. 5º. , numeral 1 de la CADH, puesto que no se respetó la integridad psíquica y moral de la detenida. Esta afirmación se desprende del escrito de acusación pues en él se señala (en los mismos términos que el informe policial), que a la sindicada se le practicaron sin su consentimiento, exámenes radiológicos, que a través de ellos se dictaminó la presencia de cuerpos extraños dentro de su organismo, y al aplicarle por vía intravenosa solución mixta, a eso de las diecinueve horas con treinta minutos, expulsó por la vía anal dos cápsulas. Ello se produjo en presencia de la agente AAA. Esos mismos hechos quedan también comprendidos en el numeral 2

del mismo arto. 5º de la CADH, que establece que nadie debe ser sometido a tratos inhumanos o degradantes.

- c) La sindicada fue obligada a autoincriminarse, con violación del arto. 16 constitucional y el 8 numeral 2, literal g) del Pacto de San José. Ello se desprende de la presión que se ejerció contra ella, al ser detenida ilegalmente, pues permaneció más de nueve horas en poder de los agentes antinarcóticos, antes que obtuvieran ilícitamente evidencias contra ella. Además, en este lapso, la policía debió hacerle saber sus derechos constitucionales al detenido, en forma que le fueran comprensibles, y especialmente que podía proveerse de un defensor, para estar presente en todas las diligencias policiales. Arto. 8 CPRG. Tratándose de un extranjero, como es el caso, existe la obligación de la policía, o autoridad judicial que intervenga en el procedimiento, de informar al detenido el derecho que tiene de comunicarse con su consulado. Arto. 36 no. 2 del Convenio de Viena Sobre Relaciones Consulares, en relación con la opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La omisión de tal obligación constituye un defecto del procedimiento, y puede producir la suspensión de sentencias, o nulidad de resoluciones.

La demanda actual del Estado mexicano en contra de Estados Unidos de América, ante la Corte Internacional de Justicia, constituye un ejemplo al respecto. Estados Unidos obedeció la resolución de suspensión provisional de la condena a muerte de dos ciudadanos mexicanos.

Frente a una situación tal el defensor debe plantearle al Juez contralor la ilicitud de los medios de investigación presentados, desde el primer momento. En nuestro ordenamiento procesal penal, existe un control judicial obligatorio del acto conclusivo de la fiscalía_ Tratándose de una acusación y solicitud de apertura del juicio, el juez está obligado a realizar

un control de legalidad, que debe comprender no solo la calificación jurídica del hecho, sino también la licitud del procedimiento para recabar medios de investigación. Existe por tanto respaldo legal para que el defensor solicite en un caso como este el sobreseimiento, o bien la clausura provisional, puesto que una prueba recabada con violación de garantías constitucionales, constituye un defecto absoluto del procedimiento, según prescribe el arto. 283 CPP.

Los jueces de sentencia tendrían impedimento legal para admitir esos medios como prueba, y por lo mismo, es equiparable a ausencia o carencia de medios de investigación que respalden la solicitud fiscal.

Ante la negativa del juez contralor de desestimar los medios de investigación ilícitos, cabría la acción de amparo, recomendable en casos de gravedad como el de referencia. Artos. 8 y 49, literal a) de la ley de amparo.

Ejercicio no. 2.

El siguiente caso permite entre otras cosas, valorar la propuesta inicial de que el defensor debe insistir ante el juez ejercer su función en cuanto al control de la licitud de los medios de investigación.

Se trata de un caso en que se sindicó a dos jóvenes del bloqueo con piedras de una carretera de terracería. Ello impidió el paso libre de un pickup en que se conducía una pareja de esposos, a quienes les dispararon y lesionaron y les robaron 300 quetzales. Según la primera versión de las víctimas asentada en la denuncia policial, habían sido robados por dos desconocidos que usaban gorros pasamontañas Posteriormente al presentarse ante el Ministerio Público para rendir su declaración sobre el hecho, la señora declara que reconoció a uno de los

asaltantes, a través de una fotografía que la policía había recogido en la casa del padre de uno de los sindicados.

Más allá de la incongruencia de reconocer por foto, a quien se había visto encapuchado, el defensor plantea en la audiencia de apertura del juicio, entre otros argumentos, que se trataba de un reconocimiento impropio, por ser extrajudicial, violándose la garantía constitucional del debido proceso, lo que constituía un defecto absoluto de forma, ya que los arts. 246 y 247 CPP, establecen los requisitos y formalidades que se deben seguir para individualizar a un imputado, y no se había cumplido con las mismas. Que se debía haber efectuado el reconocimiento en fila de cinco personas, con las mismas características indicadas por los agraviados, estos es, encapuchados todos, y con la cita del defensor.

El punto que interesa es que el defensor alegó ante el juez la ilegitimidad de la prueba presentada por el fiscal para fundamentar su solicitud de apertura del juicio, solicitándole correctamente una clausura provisional, a efecto de que el Ministerio Público hiciera alguna investigación para individualizar a través de un procedimiento legal, a las personas que hubieren participado en dicho ilícito.

El juez no atendió la petición del defensor, admitió la acusación y abrió a juicio, pues consideró que había suficiente mérito para ir a debate. Estimamos que, tratándose de prueba ilícita como es el caso, los jueces contralores deben apreciar para decidir, el sustento del alegato de la defensa, sobre el carácter ilegal del medio de investigación presentado por la fiscalía.

El caso de referencia no ha sido discutido en debate, pero el mensaje consiste en que el defensor debe insistir ante el juez el control de la

legalidad del procedimiento empleado para la obtención de medios de investigación. Ello, sin ignorar la cultura antigarantista que a menudo preside las resoluciones jurisdiccionales.

Depende en todo caso de la propia práctica del defensor público y de su evaluación de las condiciones jurídicas, y personales, y posibilidades de éxito, intentar la acción de amparo frente a la negativa del juez, de atender sus objeciones jurídicas al requerimiento de apertura de juicio. Hay que tener presente que nuestra institución constituye un pilar para el desarrollo del Estado de Derecho en nuestro país, y que la falta de control de la legalidad en los requerimientos del Ministerio Público, frena y debilita tal empeño.

VI. ESCRITO DE ACUSACIÓN. INSUFICIENCIA Y/O FALTA DE PRECISION DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACION.

Cuando la fiscalía presenta ante el juez contralor de garantías como acto conclusivo, acusación generalmente el defensor público se encuentra ante la disyuntiva de cuál debe de ser su actuación en la audiencia correspondiente. El artículo 336 de; CPP determina las actitudes que tanto el letrado, como su defendido pueden asumir en la citada audiencia, dentro de ellas se determina lo tendiente a señalar los vicios del escrito de acusación, el planteamiento de excepciones y/o la formulación de objeciones u obstáculos contra el requerimiento del Ministerio Público.

Muchas veces surge el cuestionamiento en el defensor, si por estrategia es conveniente determinar los errores, vicios y deficiencias de la investigación que fundamenta la pretensión de debate del ente acusador. Aparece la duda si conviene a los intereses del acusado hacerlos notorios, ya que frecuentemente al evidenciarlos, no solo pueden no cumplir su objetivo (pretensión de clausura provisional o sobreseimiento), por el criterio poco garantista del juez contralor, si no que le da una oportunidad de rectificación al Ministerio Público. La experiencia ha demostrado que al evidenciarse las deficiencias de la investigación, se conjuga el contenido de las acusaciones con el propósito de asegurarse una sentencia condenatoria.

Por lo anterior, el Defensor debe decidir en cada caso concreto, el camino a seguir, considerando la orientación del Juez Contralor.

Existen jueces garantistas que, ante una investigación que no proporciona el fundamento serio que exige la ley, resuelven otorgando la clausura provisional o bien el sobreseimiento. Para ellos resulta conveniente efectuar planteamientos técnicos por parte del defensor, que le ayuden a determinar que esa investigación

es insuficiente y no constituye un punto de partida eficaz, para concluir la probable responsabilidad del acusado.

Los artículos 324 y 332 del CPP, determinan cuál es el objeto del procedimiento intermedio, que se inicia a partir del requerimiento de acusación. En términos generales esta solicitud requiere que el juez realice una evaluación, de la investigación para decidir si somete a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo.

Esta evaluación que no es lo mismo que una valoración, (ya que esta última se realiza esencialmente por los jueces de sentencia luego del debate), debe referirse a un examen de las actuaciones constituidas como medios de investigación. Evaluar significa conforme al DRAE, apreciar. En esta situación, el trabajo del defensor debe ir encaminado a evidenciar que, en el caso concreto la pesquisa es insuficiente, le falta precisión o ha sido obtenida de manera ilegal, con lo cual no podría fundamentar conforme a derecho la decisión de apertura del juicio.

La tarea de evaluar los medios de investigación, que se adjuntan a la acusación, le corresponde en primer lugar al defensor, determinando conforme la naturaleza del delito tipificado en el auto de procesamiento si efectivamente esa pesquisa es suficiente y precisa para pensar fundadamente en la probabilidad de la participación del acusado en esa conducta típica. **Fundamento** (del fundamento serio que habla la ley como requisito para abrir a juicio) equivale a razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa. (DRAE). De tal modo que esa investigación equivale a proporcionar elementos de juicio, que hagan surgir en la mente del juzgador, la idea de que efectivamente se cometió un hecho delictivo y que el acusado probablemente participó en el mismo.

Se entiende que la tarea del ente investigador en la fase intermedia debe ir encaminada a proporcionar los medios de investigación que fundamenten su

requerimiento. Sobre esta base el Juez contralor decide si procede o no abrir el juicio.

Tomando en cuenta lo anterior, convendría analizar conforme al delito tipificado en el auto de procesamiento, cuáles son los aspectos que debe abarcar la investigación del Ministerio Público, (suficiencia), para luego determinar la idoneidad (precisión), para convencer al juzgador de que es necesaria la discusión de responsabilidad en el debate. En ese orden de ideas, el juicio que en primer lugar debe realizar el defensor sobre la investigación debe referirse a un orden cuantitativo, ¿están todos los medios de investigación necesarios para demostrar determinado delito? y cualitativo ¿proporcionan esos medios de investigación el fundamento serio que exige la ley para abrir el juicio?). Por último aunque no necesariamente en el orden expuesto, el defensor debería analizar si la investigación se ha realizado de conformidad con la ley, es decir si para recabar la misma, se ha cumplido con el respeto a las leyes constitucionales y procesales penales. La que no llene ese requisito obviamente no puede ser tomada en cuenta para tomar una decisión. (artículos 186 y 183 del CPP). Tema que fue tratado en el capítulo Vi.

Se sugiere la realización del referido análisis tomando en cuenta los elementos del delito que se investigó. En primer lugar, definir cual es el bien jurídico tutelado y determinar, los medios de investigación mínimos que deben fundamentar una acusación atendiendo al delito perseguido. En segundo lugar se cumple o no con la legalidad del procedimiento.

En los delitos como homicidio simple y sus variantes, los medios de investigación documental mínimos que deben acompañarse al memorial de acusación, se deben referir a demostrar la existencia y deceso de la persona agraviada. Ello a través de los respectivos atestados del registro Civil, (certificación de las partidas

de nacimiento y de defunción). En lo referente al delito de parricidio también el atestado que determine el vínculo de parentesco entre víctima y victimario.

También se debe acreditar la causa de la muerte, a través del informe médico forense de la necropsia. Generalmente en los exámenes practicados por los peritos forenses, se extraen muestras de sangre u otros con el objeto de determinar la presencia de sustancias como alcohol o drogas. Si así se hizo constar, en el informe pericial también se tendrían que acompañar los respectivos informes de laboratorio que determinen la presencia de este tipo de sustancias. Se debe incluir, dentro de este apartado los informes de investigación que a requerimiento del Ministerio Público han realizado los servicios de investigación de la Policía Nacional Civil. El defensor debe- prestar sumo cuidado, en determinar si se aportaron o no los documentos antes mencionados ya que su ausencia constituiría un motivo de clausura provisional. Sobre todo si ocurre lo que tantas veces en la práctica, que se hace referencia a los mismos en el memorial de acusación pero no se adjuntan al mismo.

La investigación también se refiere a la declaración de las personas a las que les consta el hecho y la participación del imputado en el mismo, debiendo acompañar las actas que las contiene. Cuando la investigación es insuficiente para abrir a juicio, pero existen citas de testigos que no fueron evacuadas, se debe decretar la clausura provisional. La prueba pericia; se materializa en la etapa de investigación, en los dictámenes por escrito que se rinden ante el fiscal. En la práctica sucede a veces que el fiscal, presenta en la audiencia de acusación, algún medio de investigación con el cual no contaba al momento de plantear su solicitud de apertura del juicio. En este caso el defensor debe protestar la actitud en la audiencia respectiva alegando que conforme el artículo 332 Bis del código procesal penal, el titular de la acción penal tiene la obligación de presentar con su memorial de acusación los medios de investigación. Esta deficiencia no puede

suplirse en la audiencia ya referida, exigiendo por consiguiente que el medio de investigación sea devuelto inmediatamente al Ministerio Público.

Tratado ya el tema de la insuficiencia, (investigación incompleta dada la naturaleza del delito), es menester realizar un profundo análisis de los mismos, para determinar si proporcionan el fundamento serio que exige la ley para que produzcan como efecto la apertura del juicio penal.

En ese orden de ideas se puede atacar por falta de fundamentación una investigación. Ejemplo: con respecto a la prueba documental en delitos contra la vida, ocurre que muchas veces se dan incoherencias, como cuando se señala en el escrito de acusación, fecha y hora de la muerte distinta a las que aparecen en la certificación de la partida de defunción.

A continuación se transcribe literalmente la relación clara precisa y circunstanciada de los hechos punibles que se atribuyen al sindicado dentro de un delito de parricidio: Al procesado se le imputa el hecho siguiente. "Que el día once de octubre del año dos mil uno, aproximadamente entre las diecinueve horas con treinta minutos y las veinte horas con treinta minutos, cuando se encontraba ingiriendo licor junto con adentro de su domicilio ubicado en..... surgió entre ustedes una discusión, teniendo como resultado final que usted agarrara un hacha, que se encontraba en su casa con la que le produjo varias heridas corto contundentes en diferentes partes de la cara y cráneo respectivamente al señorcon lo que le provocó la muerte". La certificación de la defunción determina en cambio como hora de la muerte, las veintiuna horas con cuarenta y cinco minutos.

Situación análoga se da en un caso de secuestro, en el que la víctima había fallecido y fue encontrada dos días después de que fueran detenidos los secuestradores en un predio baldío. En este caso en particular se señalaba como

fecha y hora de la defunción, según la certificación de la partida respectiva, el día en que se encontró el cadáver de esta persona y a esa fecha los sindicados tenían dos días de estar detenidos. La acusación señalaba como fecha y hora en que los sindicados habían dado muerte, la misma en que ocurrió la detención y en el atestado respectivo, se consignó como fecha de la muerte, el día en que el cadáver había sido encontrado.

Lo que se quiere destacar como punto de reflexión, con respecto a estos ejemplos, es que usualmente en las investigaciones de delitos contra la vida se encuentran este tipo de errores en la certificación de defunción que, lógicamente no coinciden con los aspectos que se hacen constar en el memorial de acusación referente a la conducta reprochable de los acusados, y que obviamente constituyen una contradicción severa que es menester sea enmendada pero que incide en que la acusación no pueda prosperar si se resuelve conforme a derecho. Al señalar este tipo de aspectos al juzgador, se le proporcionan argumentos convincentes y de peso que pueden fundamentar un auto que resuelva la clausura provisional o el sobreseimiento.

Hay acusaciones que contienen gran cantidad de datos que resultan muy poco relevantes para el hecho que se pretende juzgar. Estos no son útiles para la fundamentación fáctica del delito que se pretende tipificar (a no ser que se quieran incluir como circunstancias agravantes en algunos casos) pero se deben aprovechar por la defensa atendiendo a que si son incluidas en la acusación, la investigación que la fundamenta o pretende fundamentar no debe contradecirlas.

Se debe tomar en cuenta también aspectos de la investigación, o la práctica de diligencias en la persona del imputado sin el consentimiento de este. Pruebas tales como la de absorción atómica, (para determinar si se ha disparado recientemente arma de fuego). Haciendo una interpretación extensiva de la norma penal, (la que a favor del imputado sí es posible realizar), se puede concluir

que el derecho a la no autoimputación puede abarcar aún, el de no proporcionar colaboración para la práctica de medios de investigación como la ya referida. Pruebas tales como las de dactilografía, peritaje de voces en audiocasetes, reconocimiento en fila de detenidos, únicamente pueden realizarse si el imputado presta su consentimiento.

Cabe en este apartado analizar la normativa que fundamenta este postulado, ya que la doctrina presenta singulares y contradictorios puntos de vista. Por un lado, cierto sector se inclina por determinar que el imputado tiene pleno derecho a no declarar en su contra, pero este no se extiende al hecho de ser sujeto de prueba. Según quienes se inclinan por esta postura, se determina que el imputado puede aún ser obligado a proporcionar muestras de sangre o semen, ser sometido a exámenes y análisis, etc. La norma ciertamente le faculta a no declarar ni proporcionar información que eventualmente le pudiera perjudicar, pero como en este caso no se está proporcionando información si no que es dentro del cuerpo del sindicado que se pueden encontrar evidencias que fundamenten su culpabilidad, se podría pensar en que sí es válido.¹³

En la posición contraria se sostiene que el derecho a la no auto imputación, si bien es cierto se refiere a no declarar contra sí mismo, se extiende al derecho de no proporcionar elementos de convicción que puedan perjudicarlo. Ello se desprende de los derechos a la intimidad, dignidad y la prohibición de poner en peligro la vida o la salud al utilizar la fuerza material para obtener una muestra de sangre por ejemplo.

Consentimiento para declarar contra parientes. El artículo 16 CPRG otorga el derecho de abstenerse de declarar contra sí mismo y parientes, mostramos el siguiente ejemplo: En un caso de parricidio los únicos testigos de cargo contra una persona acusada de dar muerte a su progenitor lo constituían precisamente la

¹³ Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo II Página 15

mamá y hermano del acusado. El ente acusador en la fase respectiva del procedimiento preparatorio, citó a esas personas para que prestaran declaración en relación al hecho, las mismas no querían prestar declaración dado que implicaba proporcionar elementos de convicción en contra de un pariente dentro de los grados de ley. El fiscal debió advertir a los citados, el derecho de abstenerse de declarar, de conformidad con la norma constitucional ya referida.

Esto se complementa con lo normado en el artículo 214 (código procesal penal), que señala que corresponde al tribunal, estimar si la causal alegada para no declarar está ajustada a derecho y, que en el procedimiento preparatorio debe decidir sobre este aspecto el Ministerio Público.

En este caso, luego del análisis de las normas legales precitadas, se puede afirmar que aún en el procedimiento preparatorio es obligación del ente investigador, hacer la advertencia de la no obligación de declarar y que si dicha obligación se incumple, existe una violación al debido proceso.

Ello provoca un defecto absoluto, que imposibilita al órgano jurisdiccional tomar en cuenta el medio de investigación para efectos de decisión sobre la situación jurídica del imputado.

En el caso de referencia, en la audiencia de acusación se denunció que el Ministerio Público no había cumplido con dicho requisito (de advertencia), y lejos de esto, coaccionó de alguna manera a los parientes del sindicado para que declararan, (diciéndoles que su negativa implicaba encubrimiento).

Se supone que a una acusación de este tipo, se debe acompañar la declaración de los agentes capturadores y la del agraviado y, que existiera reconocimiento en fila de personas, en las que éste señalara al acusado de que él le despojó del referido vehículo. Lo que se pretende concluir con este caso en particular es que,

para que se den los elementos del tipo robo agravado debe existir coincidencia entre la persona que participó en la sustracción violenta del bien, (extremo que se demuestra con el reconocimiento en fila de detenidos), y quien cargaba el vehículo. En caso de que no se acompañe dicha diligencia únicamente podríamos hablar de un delito de encubrimiento propio, y no de robo agravado (recuérdese que el delito de encubrimiento se tipifica por la utilización de un bien que provenga de un delito que es el caso que se describe en la acusación). En otras palabras la utilización de las reglas dogmáticas de carácter penal, en el caso concreto de la tipificación le pueden servir al defensor para realizar planteamientos en beneficio del acusado, dado que en la situación analizada, la investigación a falta del referido reconocimiento, únicamente puede presentar fundamento serio para la comisión del referido delito de encubrimiento, no para el de robo agravado ya que en este caso se tendría que hacer referencia a que el agraviado directamente sindicara de la participación al acusado en la sustracción material del bien.

VII. EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE APERTURA DEL JUICIO.

Se han analizado a lo largo del presente trabajo, aspectos relacionados con la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica que debe contener el escrito de acusación y sobre los cuales el Defensor debe realizar un análisis exhaustivo. Así mismo nos hemos referido a la realización de los controles de perseguibilidad que permiten establecer si el órgano fiscal cuenta con la autorización legal para proceder. Una vez agotados los temas anteriores, cabe considerar ahora el desarrollo del acto procesal a través de la cual el Juez va a pronunciarse sobre la admisión o no de la acusación, en concordancia con el objeto de la etapa intermedia que está previsto en el segundo párrafo del artículo 332 del CPP.

Este cuerpo legal bajo el epígrafe de "**Audiencia**", pretende regular en su artículo 340 el desarrollo de este acto, pero analizado su contenido puede establecerse que el mismo se refiere a los aspectos siguientes:

- Al plazo en el cual la audiencia debe señalarse, con la indicación de las consiguientes responsabilidades penal, civil y administrativa de los funcionarios o empleados administrativos o judiciales que tuvieren culpa de su no realización en la fecha prevista.
- A la entrega por parte del juez a las partes que así lo soliciten en el juzgado, copia de la acusación, dejando a su disposición en el despacho las actuaciones y medios de investigación aportados por el Ministerio público para que puedan ser examinados,¹⁴
- A la participación del querellante y las partes civiles, y

¹⁴ Al respecto, véase lo establecido en el artículo 335 del mismo cuerpo legal, y el 12 de la CPGR.

- A la posibilidad del acusado de renunciar a su derecho de comparecencia a esta audiencia la cual puede efectuarse en forma expresa o tácita.

El artículo siguiente, (341), bajo el epígrafe de "**Resolución**," menciona inicialmente que "Al finalizar la intervención de las partes a que se refiere el artículo anterior, el juez inmediatamente decidirá sobre las cuestiones planteadas, decidirá la apertura del juicio o de lo contrario...". De las dos normas anteriores que explícitamente se refieren al desarrollo de la audiencia, no se advierte ninguna regulación en cuanto a los aspectos que se han mencionado anteriormente. Estos afectan el ejercicio de la defensa, por lo que corresponde efectuar algunas consideraciones en cuanto a ellas para orientar la búsqueda de su solución. Nos referiremos a continuación a cada uno de los puntos de la problemática planteada.

- a) Orden de comparecencia de las partes en la audiencia: Esta situación, que se presenta únicamente en la sede central, se refiere a que, en algunos Juzgados, al fijar el juez el orden de intervención de las partes establece como intervención inicial la del Defensor. Así, se altera el orden lógico de comparecencia de las partes, puesto que si el objeto de la etapa intermedia es que el juez evalúe la existencia de fundamentación para abrir el juicio penal en contra del acusado, resulta lógico que primero debe darse la oportunidad al ente fiscal para que explique o exponga los fundamentos de su acusación, y sólo después de ello, permitir a su contraparte técnica -el defensor- que se refiera a ella.

Afecta el ejercicio de la defensa técnica y material que se desarrolla en el proceso puesto que si se mantuviera este orden de actuación no sólo se impediría al defensor recibir la argumentación del fiscal para poder referirse a ella, sino que lo privaría de referirse a los pedimentos del querellante adhesivo o del actor civil en su caso. En efecto, cómo podría referirse a

estas solicitudes sin haber sido presentadas? Ello viola el artículo 12 constitucional relacionado con el debido proceso y violenta la imperatividad de las formas del proceso, establecida en el artículo 3 del CPP.

Por otra parte, se atenta en contra del principio de oralidad, a través del cual las partes deben fijar su posición en el proceso. Efectivamente, si el defensor debe argumentar inicialmente, sin oír previamente al fiscal, se le da preeminencia a un escrito en detrimento de la argumentación oral y del contradictorio.

Al respecto, cabe mencionar lo señalado por el Manual del Juez ¹⁵ al referirse a los presupuestos y consideraciones en cuanto a la realización de la audiencia para conocer la acusación, indicando que debe ser oral en su totalidad, y agregando "La audiencia ha de comenzar dando la palabra al fiscal para que exponga un resumen de la acusación y los medios de prueba en que fundamenta los hechos por los que solicita abrir a juicio. Luego se procederá a conceder la palabra a los demás sujetos procesales,. Comenzando por la defensa, siguiendo con el imputado y los demás sujetos procesales, si los hubiere. Durante la audiencia oral habrá que dar suficiente tiempo para la exposición de las partes"_ Claramente se señala el orden de comparecencia a las partes durante la celebración de esta audiencia.

Sin embargo, en la práctica sucede lo contrario -en la ciudad capital- y puede señalarse lo actuado en el proceso No. 42-02 oficial 3º. del Juzgado Octavo de Primera Instancia Penal.. En esta audiencia, la titular del Juzgado decidió otorgar el primer lugar de intervención al defensor, quien manifestó su desacuerdo por este orden de intervención, planteando su formal protesta, ya que en su opinión se violenta el artículo 12 de la CPRG, el debido proceso y el 3 del CPP, ya que se está asumiendo que la acusación fue previamente

¹⁵ Manual del Juez. Publicación efectuada en Guatemala el 8 de diciembre de 2,000. Página 127

leída por la defensa lo cual atenta contra el principio de oralidad que rige el proceso. Hizo otras peticiones de fondo que fueron desestimadas por la Juez.

En situaciones como la relatada y de acuerdo al principio que rige la actividad procesal defectuosa (artículo 281 CPP) se recomienda plantear la subsanación del defecto, que en este caso constituye la alteración del orden de comparecencia , o bien presentar la protesta mientras se cumple al acto, es decir, al iniciar la intervención, o bien inmediatamente después de cumplido, que pudiera entenderse al cierre de la diligencia.

En este caso, la protesta debe ir encaminada a observar que la comisión de un error en las formas procesales equivale a incumplimiento del acto, y a impedir que éste, debido al vicio que presenta, surta efectos procesales. Generalmente por ello se hace ver al final de las diligencias. Por su parte, el reclamo de subsanación, además de contener los requisitos procedimentales establecidos específicamente para su planteamiento, tiende a corregir el error cometido durante la realización del mismo. Es decir, busca agotar en el desarrollo de la propia audiencia, el conocimiento del defecto y la propuesta de solución que se plantea para resolverlo.

De conformidad con el artículo 282 del CPP, "el interesado debe reclamar la subsanación del defecto o protestar por él, mientras se cumple el acto, o inmediatamente después de cumplido, cuando haya estado presente en el mismo, o bien inmediatamente después de conocerlo, indicando en su caso la descripción del defecto, la individualización del acto viciado y la propuesta de solución.

En el caso comentado se consideraría que, al presentarse esta situación que altera el orden de comparecencia, el defensor puede plantear el reclamo de subsanación solicitando que el juez fije como intervención inicial en la

audiencia la correspondiente al fiscal para que exponga su acusación, y sólo después de presentada, brindar al defensor la oportunidad de dirigirse a ella, lo cual comprendería la propuesta de solución de la cuestión planteada. Además puede presentar **su formal protesta de anulación** ante el Juez por la reversión del orden de comparecencia, manifestando los argumentos planteados inicialmente.

Ahora bien, si después de presentar la protesta correspondiente o presentar el reclamo de subsanación a que se ha hecho referencia, el juez insiste en mantener el orden de intervención inicial en la audiencia, se constituiría en un **defecto absoluto** conforme lo establecido en el artículo 283 del CPP, pues el defecto originado por un orden de intervención inicial incorrecto, afectaría la intervención, asistencia y representación del imputado, al impedirle recibir la argumentación del fiscal en cuanto a la acusación que presenta y omitiendo la presentación de la intimación correspondiente, constituyendo además una absoluta inobservancia del derecho de defensa. Cabe al respecto, citar lo preceptuado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8°. Numeral 2 literal b que regula dentro de las garantías judiciales mínimas, el derecho a una comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada en su contra.

Lo anterior debe relacionarse con los motivos de forma establecidos en el 419 del CPP que se refiere a la configuración **de vicios de forma, para efectos de una posterior apelación, la inobservancia o errónea aplicación de la ley que constituya un defecto del procedimiento**. En este caso, como hemos venido relatando, se estima que surge un defecto procedimental al conceder la intervención inicial en la audiencia de discusión de apertura a juicio al ente fiscal.

El vicio de forma únicamente podrá hacerse valer cuando el interesado ha reclamado oportunamente la subsanación o ha hecho protesta de anulación de acuerdo a lo establecido en el artículo 419 numeral 2º. del CPP..

Además de la situación antes descrita (en que el defensor interviene antes que el fiscal), y como resultado de esta intervención inicial se encuentra en imposibilidad de referirse a las intervenciones de las otras partes en el proceso, (querellante adhesivo, tercero civilmente demandado, por ejemplo), y se priva de la posibilidad de presentar oposición a las mismas prevista en el artículo 339 CPP, una limitación al ejercicio de la defensa material y técnica. La protesta de subsanación debe contener la descripción del defecto, la individualización del acto viciado y la propuesta de solución que se ofrece, la cual lógicamente tiene que ir encaminada a que se fije el orden lógico que permita a las partes efectuar el contradictorio en que se basa el proceso.

- b) Ratificación de la petición contenida en el escrito de acusación por parte del Ministerio Público: Se ha planteado también por parte de los defensores, que la actitud casi generalizada del fiscal en el desarrollo de la audiencia de discusión de apertura a juicio, se limita a ratificar el escrito de acusación sin ofrecer ninguna argumentación en cuanto a su petición.

Inicialmente, partiremos de la definición de ratificar. El Diccionario Jurídico de Comares¹⁶ indica que ésta consiste en "aprobar o confirmar actos, palabras o escritos, dándolos por valederos y ciertos". Manuel Osorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" menciona que la ratificación se

¹⁶ Diccionario Básico Jurídico: Editorial Comares, Sa. Edición. Enero 1977 Granada España, página 446.

Osorio, Manuel: Diccionario de ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales: Editorial Heliasta S.R.L. 1981. Argentina. Página 636

refiere a la "Confirmación de un dicho o hecho propio o que se acepta como tal, a la insistencia en una manifestación, reiteración del consentimiento."

Cabe mencionar que taxativamente, nuestro CPP no establece la ratificación como un requisito del proceso, ni mucho menos, como una formalidad dentro del desarrollo de la audiencia a la que nos hemos venido refiriendo. Efectivamente, y como ya se señaló, el artículo 340 del CPP se refiere a supuestos formales de la audiencia, y el siguiente, 341 a la resolución que deberá contener la decisión inmediata del Juez sobre las cuestiones planteadas, decidiendo la apertura del juicio o las alternativas que correspondieren.

En ningún momento, el código se refiere a la ratificación como una posibilidad procesal en el desarrollo del presente acto. Consecuentemente, el juez debe requerir al fiscal que exponga sus motivos acusatorios en atención a la oralidad que gobierna el proceso y si éste no lo hace, el Defensor, con fundamento en el artículo 3 del CPP que regula las formas del proceso, deberá solicitar al Juez que exija **al Fiscal** que así lo haga.

A través de la argumentación el Fiscal debe probar o demostrar la propuesta acusatoria que plantea, para convencer al juez de lo que se afirma o niega en su petición. Obviar esta posibilidad significaría darle mayor relevancia a un acto escrito en detrimento de las vías instrumentales establecidas para el juzgamiento y con ello se violaría el principio de imperatividad ya mencionado.

Por su parte, la ley orgánica del Ministerio Público, en su artículo 50, establece la obligación para los fiscales, de efectuar una interpretación restrictiva de las normas de incorporación de la prueba por lectura al juicio oral, y de ello debe desprenderse la preeminencia que para la institución fiscal representa la oralidad como mecanismo instrumental en el proceso penal. Es por ello que en

el desarrollo de este acto procesal debe exigirse al fiscal la exposición de la acusación que presenta, la cual no puede obviarse a través de su referencia a la solicitud escrita.

En el Manual del Fiscal ¹⁸ se menciona que "En la audiencia las partes podrán hacer valer sus pretensiones y presentarán los medios de prueba que las fundamenten." El Fiscal entonces, puede hacer valer sus pretensiones fundándose en los medios de prueba que haya presentado. Esta propuesta de actuación es más rica y conveniente que la simple "ratificación" del escrito que ya ha sido presentado, y constituye en todo caso una debilidad para el ente acusatorio que debe ser explotada convenientemente por el defensor.

El Manual del Juez ¹⁹ siempre refiriéndose a esta audiencia para conocer la acusación indica que a la misma debe concurrir el fiscal quien "Es el responsable de realizar la actividad investigativa, el esclarecimiento de los hechos, así como de presentar la acusación o cualquier otra forma alternativa del proceso, y por lo tanto, debe defender su petición durante la audiencia". Esta representa, por lo tanto, una oportunidad para el ente acusador de explicar y respaldar lo expuesto en su escrito correspondiente, el cual está sujeto al análisis de las partes y del juez. Limitarse **a ratificarlo** no está previsto en la legislación, y constituye una práctica judicial incorrecta.

1. IGUALDAD DE INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA.

En el desarrollo de la audiencia relacionada, sucede también que frente a las argumentaciones que efectúa el Defensor, se le concede el derecho de réplica, al representante del Ministerio Público, sin que a su vez, frente a las nuevas peticiones de éste, se conceda la palabra a la Defensa. Con ello

¹⁸ Manual del Fiscal 2da. Edición Ministerio Público de la República de Guatemala, Guatemala Feb. 21 del

se ocasiona una reducción en las posibilidades de argumentación concedidas a las partes procesales, con saldo desfavorable para la defensa del sindicado.

La CPRG en su artículo 4° claramente establece que en Guatemala, todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos así como que cuando una persona sea sometida a proceso gozará de todas las garantías y derechos que la misma establece, siendo el juez el encargado de garantizarlo. Hay que exigir que el sindicado y su defensor tengan las mismas posibilidades que el Ministerio Público. Aun y cuando la igualdad es preponderante en la etapa de juicio, hay que exigirla en la etapa intermedia, y especialmente en el desarrollo de la audiencia de discusión de apertura del juicio penal.

La igualdad pretende equiparar en derechos a todo acusado, frente al encargado de la persecución penal, al permitirle equilibrio en el proceso, y por ende, la facultad de examinar las pretensiones formuladas en su contra y finalmente presentar límites al poder penal estatal. Esta posibilidad no solamente es cualitativa, referida por ejemplo al derecho de conocer personalmente todas las actuaciones, documentos y diligencias penales sin reserva alguna y en forma inmediata (art. 14 constitucional), sino también puede entenderse un aspecto cuantitativo, toda vez que con base en el derecho de defensa y el principio de contradicción, a cada actuación de una parte procesal corresponderá el examen o la posibilidad de actuación de la parte contraria.

En el ámbito internacional encontramos algunas disposiciones que se refieren al derecho de igualdad, las cuales se mencionan a continuación:

Convención Americana de Derechos Humanos Pacto
Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Declaración Universal de los Derechos Humanos

Arts. 1 y 24
Arts. 3 y 26
Art. 7°:

El artículo 21 del CPP tiene como epígrafe " Igualdad en el proceso" estableciendo que quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación". Reiterando lo dispuesto en el artículo 14 constitucional ya citado con anterioridad, entendemos que el principio de igualdad en la fase intermedia debe entenderse como la posibilidad que se prevé para las partes de poder referirse a los planteamientos de la otra, y en ese sentido, como ya se mencionó en el artículo 336 del CPP, se regulan las posibles actitudes que puede adoptar el acusado en relación a los requerimientos del órgano fiscal. Limitar la intervención del defensor en relación a las peticiones del Ministerio Público viola el principio constitucional de igualdad, el de contradicción y el de defensa.

¿Qué hacer ante esta situación? En principio, la respuesta sería idéntica a la sugerida en el numeral inicial de este capítulo. Es decir, presentar la protesta o solicitar la rectificación del acto. Si estas posibilidades no dan resultado, convendría examinar desde una perspectiva más amplia la conveniencia o no de plantear otro tipo de acciones de orden constitucional- si la envergadura de la omisión efectuada en cuanto a la defensa respaldara los supuestos de procedencia. Recordemos que el amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido, pero debe agotarse previamente la interposición de los recursos establecidos en la ley.

Para finalizar, debe recordarse, sobre todo a los jueces, las tendencias modernas en cuanto al reforzamiento del papel de la jurisdicción en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y su independencia, la cual, en este caso no sólo se refiere a la independencia externa-es decir libre de injerencias de terceros- sino en una independencia "interna" que garantice de manera impecable la administración de justicia penal resguardando la vigencia del sistema de garantías que rige el proceso. En este caso concreto la igualdad entre las partes.

El resguardo de la igualdad exige pues, un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo y capaz de censurar desestimando como ilícitos o carentes de valor los actos tendientes a quebrantarla. Hay que recordar, que, precisamente, el control de legalidad de la acusación justifica su importancia porque posibilita el examen de las condiciones requeridas para la promoción de la acusación. Este examen debe ser realizado inicialmente por las partes intervinientes en la audiencia que precisamente harán efectivos sus argumentos a partir de las sendas intervenciones que se les confieren dentro de la misma. Limitar la posibilidad de realizarlo, afecta el contradictorio y por ende el principio de igualdad.

Esta publicación fue impresa en los
Talleres de impresos RAMf REZ,
12 Av. 21-66, Zona 12 La Reformita
Telefax: 2485-0514, en junio del 2007.
La edición consta de 300 ejemplares.