

*Instituto de la Defensa
Pública Penal*

PRISIÓN

PREVENTIVA

TOMO I

**Programa de Educación
a Distancia**

ÍNDICE

TOMO 1	Página
PRESENTACIÓN DEL MÓDULO	v
INSTRUCCIONES PARA USO DEL MÓDULO	ix
OBJETIVOS TERMINALES	xi
INTRODUCCIÓN	xiii
PROBLEMA CENTRAL	xv
CAPITULO I	1
MARCO CONCEPTUAL	
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	2
1.1 EL IUS PUNIENDI Y EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL 3 1.2	
PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 8	
1.3 MEDIDAS DE COERCIÓN Y ESTADO DE INOCENCIA	11
1.4 LIMITES LEGALES EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL	13
ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN	16
CAPITULO II	17
LA DETENCION	
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	19
2.1 NOCIONES BÁSICAS DE LA DETENCIÓN	20
2.2 PRINCIPIOS MÍNIMOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI	21
2.3 MOMENTOS DE LA DETENCIÓN	23
2.3.1 LA APREHENSIÓN	24
2.3.1.1. Clases de Fuerza Utilizada por la P.N.C.....	24
a. Fuerza Inteligente	24
h. Fuerza Preventiva	24
c. Fuerza Represiva	25

	Página
2.3.1.2 Principios Básicos de Actuación de la P.N.C	25
a) Principio de adecuación al ordenamiento jurídico	25
b) Principio de relaciones con la comunidad	25 2.3.1.3
Problemática del Uso de la Fuerza en la Detención	26
2.3.1.4 Propuestas de Solución	26
2.3.1.5 Requisito de Definitividad	29
2.3.1.6 Requisito de Admisibilidad	29
2.3.2 ENTREVISTA SINDICADO/ DEFENSOR.....	32
2.3.2.1 Ámbito Psicológico	32
2.3.2.2 Ámbito Jurídico.....	33
2.3.2.3 Problemática.....	34
2.3.2.4 Propuestas de Solución.....	34
2.3.3 ANÁLISIS DEL INFORME POLICIAL	37
2.3.3.1 Problemática.....	37
2.3.4 ARGUMENTOS DE DEFENSA FRENTE AL INFORME POLICIAL	40
2.3.4.1 Falta de Acción u Omisión	40
2.3.4.2 Problemática.....	41
2.3.4.3 Propuesta de Solución	41
2.4 ACTOS EQUÍVOCOS.....	42
2.4.1 Problemática	43
2.4.2 Propuesta de Solución.....	44
2.4.3 Problemática de la Detención por Particulares.....	45
2.4.4 Orientaciones Sigüientes	46
2.5 INGRESO DEL DETENIDO A CENTRO CARCELARIO	47
2.5.1. Planteamiento del Problema	47
2.5.2 Orientaciones	48
2.5.3 Responsabilidad del Agente Captor.....	48
ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN	50

CAPÍTULO III	Página
VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN PROCESAL EN LA PRIMERA DECLARACIÓN	52
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	53
3.1 MARCO CONCEPTUAL	54
3.1.1 Consideraciones Generales sobre los Principios Procesales	
Vinculados con la Inmediación del Juez	54
3.1.2 El Principio de Inmediación y su relación con la Oralidad	58
3.1.3 La Primera Declaración.....	60
3.1.4 Características.....	61
3.2 PRÁCTICAS TRIBUNALICIAS.....	65
3.2.1 La Ausencia Del Juez En La Primera Declaración del Imputado y Consecuencias de la Violación al Principio de Inmediación	69
a) Manifestaciones del imputado	
b) Derecho de recusación y excusa	
c) Realización de comisiones judiciales	
3.3 ESTRATEGIAS DE DEFENSA ANTE LA NO PRESENCIA DEL JUEZ EN LA PRIMERA DECLARACIÓN	69
3.3.1 Protesta	69
3.3.2 Presentación de casos.....	71
3.3.3 Defecto absoluto.....	75
3.3.4 Conclusiones.....	75
ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN.....	78
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	79

PRESENTACIÓN DEL MÓDULO

El Instituto de la Defensa Pública Penal, a través de la Unidad de Formación y Capacitación del Defensor Público - UNIFOCADEP- presenta a la consideración de los defensores el módulo denominado: ^{PRISIÓN} *PREVENTIVA*.

Forma parte de una serie de módulos que conforman el Programa de Educación a Distancia. Esta modalidad educativa, le permitirá al defensor, estudiar en forma sistemática, en su lugar de trabajo y residencia, sin desatender constantemente sus labores diarias, aspectos vinculados con las funciones y tareas relacionadas con su cargo.

Este módulo consta de dos tomos, compuestos por tres capítulos cada uno, que le permitirán conforme avance en el estudio de los mismos, relacionar la teoría con la práctica. Se adjunta cuaderno de trabajo como auxiliar del proceso de enseñanza - aprendizaje.

El primer tomo, comprende los capítulos relacionados con el Marco Conceptual de la Prisión Preventiva, la Detención y la Violación del Principio de Inmediación Procesal en la Primera Declaración.

Los autores, Consultores - Capacitadores de UNIFOCADEP, en esta primera parte, abordan aspectos relacionados con el *Ius Puniendi* y el Derecho a la Libertad Personal, lo relativo al Principio Constitucional de Presunción de Inocencia, las Medidas de Coerción y el Estado de Inocencia, como también se Refieren a los Límites Legales en la Aplicación de Medidas de Coerción Procesal.

En el capítulo dos, se abordan las Nociones Básicas de la Detención, los Principios Mínimos Limitadores del *Ius Puniendi*, los Momentos de la Detención, analizando cuatro momentos: La Aprehensión, Entrevista Sindicato/ Defensor, Lectura del Informe Policial, Argumentos de Defensa. Asimismo se hace referencia a los actos equívocos.

El defensor estudiará únicamente los cuatro momentos de la detención que se le presentan, para que en posteriores capítulos, pueda analizar con mayor detenimiento, lo relacionado con la Primera Declaración y el Auto de Prisión, así como lo relativo al Auto de Procesamiento.

El capítulo III, denominado Violación del Principio de Inmediación Procesal en la Primera Declaración, inicia con un marco conceptual, en el cual se presentan, las consideraciones generales, sobre los Principios Procesales Vinculados con la Inmediación del Juez. Se da a conocer, relacionando la teoría con la práctica del defensor, el Principio de Inmediación y su relación con la Oralidad La Primera Declaración y sus Características, son abordadas.

La segunda parte del capítulo se refiere a las Prácticas Tributarias. Para el efecto y mediante una eficiente forma de relacionar la teoría con la práctica, así como motivando al defensor para que presente casos similares o situaciones de su quehacer diario, que tengan vinculación a lo planteado, el capítulo se refiere a la Ausencia del Juez en la Primera Declaración del Imputado y- las Consecuencias de la Violación al Principio de Inmediación. Para ello aborda, lo relacionado con las Manifestaciones del Imputado, el Derecho de Recusación y Excusa, así como lo relativo a la Realización de Comisiones Judiciales.

El capítulo finaliza analizando, las Estrategias de Defensa ante la No Presencia del Juez en la Primera Declaración, refiriéndose a la protesta, para ello presenta casos, en los cuales se han enfrentado los defensores, de cuyo análisis se derivan conclusiones.

Los aspectos relacionados con la Primera Declaración, Derecho de Fundamentación y el Recurso de Apelación del Auto de Prisión Preventiva, se analizan en el segundo tomo y forma parte de los capítulos cuatro, cinco y seis.

Los autores, a la luz de la doctrina jurídica, precedentes judiciales y la legislación vigente, aunado al trabajo de mediación que realizaron profesionales en la materia, presentan un amplio y dinámico análisis de los temas desarrollados, relacionándolos con el quehacer de los defensores, priorizando la problemática con la que se enfrentan diariamente. Para ello presentan ejemplos y casos de la vida real, que les permitirá a los lectores, analizarlos, estudiarlos y resolverlos, de acuerdo con su experiencia profesional.

Derivado de ello, podrán contrastar con otros colegas, la forma en que se planteó la resolución de los mismos y comparar con las opciones de solución, que el módulo sugiere abordar.

La dinámica del aprendizaje, permitirá que los análisis individuales sean compartidos a nivel local, y que posteriormente, sean realimentados en la tutoría presencial, presentando a consideración del colectivo de profesionales, casos similares y otros, que por su naturaleza hayan generado polémica, en el sistema de justicia nacional.

Dada la modalidad que se implementa, se designarán tutores para cada región, quienes tendrán bajo su responsabilidad, realizar tutorías tanto presenciales, telefónicas, epistolares ó vía fax y conforme el proceso tecnológico del Instituto se desarrolle, por medio de correo electrónico. Oportunamente se presentará la programación correspondiente.

No dude en comunicarse a UNIFOCADEP, para cualquier consulta o duda, con el propósito que su aprendizaje sea ameno, efectivo y como ya hemos reiterado, se traduzca en actitudes positivas, que beneficien a todo el accionar del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Las autoridades del Instituto, confían que con esta modalidad educativa, que incluye diferentes actividades de enseñanza - aprendizaje, se contribuya a propiciar un cambio actitudinal, así como desarrollar lo más importante con que cuenta la Institución: **"El capital humano"**

Cordialmente,

Lic. Jorge Armando Valvert Morales
Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal

INSTRUCCIONES PARA EL USO DEL MODULO

Usted debe disponer de los dos tomos que forman parte del módulo, así como de los cuadernos de trabajo.

2. Disponer del siguiente material bibliográfico jurídico:

- a. Constitución Política de la República de Guatemala
- b. Código Penal
- c. Código Procesal Penal
- d. La ley de la Policía Nacional Civil
- e. La Ley del Organismo Judicial
- f. Convención Americana de Derechos Humanos
- g. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- h. Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
- i. Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura

3. Usted deberá contar, con la programación de las tutorías presenciales, talleres nacionales e información en donde se realizarán estas actividades.

4. Para la lectura, análisis y estudio del módulo, debe tener presente los aspectos siguientes:



Dudas, cuando usted, después de leer un concepto, definición, caso o situación, consultado su material bibliográfico jurídico de apoyo, tenga todavía una duda, anote un signo de interrogación en el lado derecho de la hoja respectiva.

Estas dudas plantéelas en la reunión de trabajo, que realizará con otros defensores locales, anotándolas en su cuaderno de trabajo. Si después de ello, aún persiste la duda o dudas colectivas, anótelas en el referido cuaderno y solicite una tutoría telefónica para esclarecerla.

De persistir las dudas, envíelas por correo, fax o correo electrónico a UNIFOCADEP, a efecto de que se informe al tutor, para que las resuelva en las tutorías presenciales que se realizarán oportunamente.

Cuando un texto esté dentro de un recuadro color azul, el mismo se refiere a un caso, que está siendo presentado en el capítulo para su análisis e interpretación. En consecuencia tenga presente, que las tareas que se le pedirán al finalizar el mismo, estarán relacionadas con casos similares.

Los recuadros de color celeste o verde menta. Cuando encuentre información dentro de un recuadro, cualquiera de los colores ya mencionados, tenga la seguridad que el comentario o las expresiones que están dentro del mismo, son importantes y están dirigidos a llamar su atención, sobre puntos que complementan al texto, o que pueden ser importantes para las funciones tutoriales y los trabajos que se realizarán en los talleres.



Tome nota, que cuando el siguiente símbolo esté incluido en el documento, es conveniente que usted realice alguna actividad complementaria o bien escriba, anotaciones u observaciones relacionadas con el tema que se está analizado, o que tengan relación con otros temas, tratados anteriormente. El propósito es que las anotaciones, se conviertan en anexos personalizados, que debe ir trasladando, a su cuaderno de trabajo.

Palabras en negrita, la presencia de ellas, o escritas con *letra cursiva* indican, que las mismas están resaltadas por su importancia dentro del tema y deben ser analizadas con la mayor atención del caso

La lectura y estudio del texto se enriquece si el Defensor toma en cuenta estas indicaciones, pues podrá aprovechar de mejor forma, las actividades complementarias que se indican en el desarrollo de los capítulos y enriquecerlas con su sello personal. Por ello, la invitación cordial a realizarlas, es una constante dentro del contenido de este módulo.

¡!!Éxitos!!!

OBJETIVOS TERMINALES

Al finalizar el módulo, el defensor estará en capacidad de:

Analizar adecuadamente la resolución de prisión preventiva.

Fortalecer el conocimiento de la unidad que conforman la detención, la prisión preventiva, y el auto de procesamiento para ubicar adecuadamente la importancia de esta última.

Promover las aplicaciones de las diferentes medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal y no exclusivamente las de caución económica.

Elaborar recursos de apelación, debidamente argumentados.

Establecer los mecanismos de la simulación policial de la detención por flagrancia.

Determinar elementos de fundamentación en contra de la reclusión de los detenidos en los centros preventivos, sin orden de juez competente.

Analizar las bases constitucionales y legales para objetar las decisiones de oficio del juez, en relación con la prisión preventiva.

Explicar y exigir la aplicación del principio de inmediación en la primera declaración del imputado, en el desarrollo de su práctica profesional

INTRODUCCION GENERAL

Desde el inicio de la reforma procesal penal se ha elaborado escritos, con el propósito de fundamentar las transformaciones que contiene.

Un elemento común en estas explicaciones es que había que poner esta materia a tono, con el cambio democrático que se viene realizando en el país, a partir de 1985. En efecto, un proceso penal, ventilado en las condiciones que prevé la legislación vigente, es formalmente una garantía de respeto de los derechos constitucionales de los guatemaltecos.

Para que un sistema democrático despliegue todas sus posibilidades como garantía de los derechos personales, las leyes son necesarias pero no suficientes. En un ambiente social y cultural proclive a la violencia y al irrespeto a la ley, el desempeño de las funciones públicas con apego irrestricto a la legalidad, sigue siendo solamente una aspiración democrática.

Entendámonos. No se trata de confiar ciegamente en el cumplimiento de todas las previsiones constitucionales y legales que consagran la libertad y dignidad de las personas. Es solamente el reconocimiento de que el Código Procesal Penal se erige, junto a otras leyes, en una garantía mas, de naturaleza jurídica, de ese conjunto de derechos individuales.

En el tema que nos ocupa, se involucran los tres pilares del sistema de justicia: el órgano de la jurisdicción, El Ministerio Público- Policía y el sistema carcelario. Asimismo hay que destacar la función que la Defensa tiene en el actual sistema de justicia acusatorio.

Los dos primeros fueron afectados por la reforma constitucional de 1993, a efecto de recoger al mas alto nivel normativo, la transformación del sistema de justicia, la legislación reguladora del sistema carcelario sigue pendiente.

El derecho de castigar del Estado debe ser comprendido dentro del marco teórico de una constitución moderna y un Código Procesal Penal garantista. En las condiciones actuales ese poder esta normativamente sometido a controles mucho mas rigurosos, y las garantías de protección de la persona humana, se apoyan en procedimientos con mayor grado de eficacia.

Justamente es este marco constitucional –que incluye los convenios y tratados internacionales relativos a derechos humanos- el que debe presidir el trabajo del Defensor Público. En esta tarea se tiene que luchar contra la costumbre inquisitiva que sigue predominando en la administración de justicia.

grave, y no obstante, preocupa más la legitimidad de que gozan semejantes costumbres.

La sociedad condena antes que los jueces. Más específicamente, son los medios de comunicación, (acaso el componente más influyente de la sociedad civil), los que producen condenas anticipadas y crean desasosiego social.

Ello lleva a la aceptación fácil y en el extremo, al aplauso de gruesos sectores sociales, cuando se decreta la prisión preventiva, a la vez que se produce desaprobación y protestas cuando se aplican medidas sustitutivas de la prisión contra los sindicatos de delincuentes.

Hay que entender que la impunidad prevaleciente en el país, explica estos comportamientos. Esta situación es más irritante cuando se liga, no tanto a la incompreensión de la ley, sino a la complicidad por intereses.

Como puede apreciarse, el defensor no puede limitar su actividad a la mera defensa técnica, o dicho de otro modo, esta actividad defensiva lo obliga a conocer y explicarse los obstáculos que la cultura inquisitiva representa en su actividad defensiva, y la manera de enfrentarlos, que excede la mera formación técnico-jurídica, aunque la necesite.

El tema de la libertad resulta dominante en la relación de medidas estatales que afectan derechos individuales. Esta dominancia está relacionada más con la recurrencia, que con la gravedad relativa de la medida, puesto que la pena mayor por su naturaleza y por sus efectos irreversibles, **es la de muerte.**

En la actividad defensiva, la prisión preventiva se convierte en el objeto de controversia jurídica más sensible. Ello es así, tanto por la jerarquía del bien jurídica que se defiende, como por la persistencia de prácticas claramente inconstitucionales en relación con esta institución.

En este módulo se estudiarán y analizarán un conjunto de problema¿ prácticos, relacionados con la prisión preventiva. Al abordarlos cada autor realiza 1 breve desarrollo doctrinario, específicamente relacionado con las cuestione planteadas, con el propósito principal de esclarecerse la comprensión del problema.

La parte más general de este marco conceptual, se aborda en un capít inicial. En éste se realiza una reflexión sobre el derecho de castigar del Estado, relación con la libertad como uno de los valores supremos de la persona humar Luego, se hace un breve desarrollo sobre la naturaleza de la prisión preventiva y tratamiento que tiene en nuestra legislación.

Para orientar el diseño de este módulo, se partió de un proceso de priorizar de problemas que existen con relación a la prisión preventiva y con los cuales enfrenta constantemente el Defensor Público

Problema Central:

Violación de Garantías Constitucionales y Garantías Procesales

Derivado de este problema central se determinaron los Problemas que se mencionan a continuación:

1. Falta de Fundamentación del auto de prisión preventiva por parte del Juzgador, en los niveles: fáctico, probatorio, jurídico: Constitución y Tratados Internacionales, Código Penal y Procesal Penal

3. Al apelarse la prisión preventiva, el Defensor no expone en forma clara y precisa el agravio causado, las consecuencias jurídicas que se provocan y qué se pretende

4. Ante una sentencia absolutoria el liberado, no debe quedar en prisión preventiva so pretexto de una futura apelación.

5. Violación del principio de inmediación procesal, falta de inmediación procesal en la declaración del sindicado.

6. Falta de requerimiento del fiscal para que el juez dicte la prisión preventiva (verbal o escrito)

7. Violación de plazos constitucionales y legales en el proceso pena; 8.

Abuso de la medida sustitutiva de caución económica

9. Detención Ilegal: a) Simulación de flagrancia y b) Ingreso a centros preventivos, sin orden de juez competente.

Cada uno de ellos se analizará a la luz tanto de la teoría jurídica como de la experiencia diaria, que la práctica tribuna licia del Defensor Público ha venido aportando dentro del sistema de justicia nacional. Asimismo, se plantearán opciones de solución que le permitirán contrastarlas con su práctica social a efecto de realimentarlo y compartirlo con otro colegas en talleres de trabajo y reuniones de tutoría presencial.

LA PRISIÓN PREVENTIVA (MARCO CONCEPTUAL)

CAPÍTULO 1

1. EL IUS PUNIENDI Y EL DERECHO A LA
LIBERTAD PERSONAL
2. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
3. MEDIDAS DE COERCIÓN Y ESTADO DE
INOCENCIA
4. LÍMITES LEGALES EN LA APLICACIÓN DE
MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

Al finalizar el capítulo, el Defensor deberá evidenciar su aprendizaje, a través de:

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Explicar con sus propias palabras y por escrito cómo la cárcel afecta la voluntad de quien la sufre
2. Identificar cómo el poder del Estado afecta la situación de libertad, que debe disfrutar toda persona
3. Diferenciar el carácter penal sustantivo de una medida de coerción, de otra de naturaleza procesal
4. Señalar qué fines procesales se deben de cumplir para justificar una medida de coerción
5. Indicar cuáles son los límites legales, en la aplicación de las medidas de coerción procesal

PRISIÓN PREVENTIVA (MARCO CONCEPTUAL)

I. EL IUS PUNIENDI Y EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

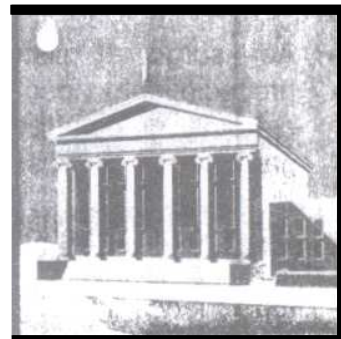
"La libertad es un tema complejo. Es un asunto tan importante, tan serio y tan difícil que forma parte del problema capital de la filosofía moderna, dice Schopenhauer"¹

El vocablo es equívoco, en el lenguaje científico como en el filosófico. Hay que distinguir la libertad física, la libertad como atributo de la voluntad del hombre, y la libertad como derecho.

En el primer sentido, viene siendo sinónimo de libre albedrío; es la posibilidad de obrar por sí, sin sujeción a otra voluntad o fuerza determinante; es pues la posibilidad de autodeterminación, ésta es la libertad en el sentido moral. El concepto que comprende cabalmente este sentido, es el de voluntad libre, otra cosa es la discusión de si puede haber o no, una voluntad enteramente libre.

La prisión se dice, afecta la libertad física o libertad de locomoción, ello es cierto. No obstante hay que considerar también en qué medida puede llegar a afectar la voluntad de las personas que la sufren, por cuanto los obstáculos al desplazamiento propiamente físico, reduce la esfera de libertad en que se mueve la voluntad. Piénsese por ejemplo en las relaciones familiares y de trabajo. Puede asimismo operarse un debilitamiento de la voluntad, con incidencia en la libertad moral de las personas.

La cárcel en consecuencia, no afecta solamente el ámbito del desplazamiento, físico, tiene efectos sobre la voluntad de quien la sufre



La cárcel en consecuencia, no afecta solamente el ámbito del desplazamiento físico, tiene efectos sobre la voluntad de quien la sufre

¿Cómo entonces reconocer al Estado el poder para afectar la situación de libertad de que debe disfrutar toda persona?

La respuesta conocida está contenida en El Contrato Social de Rousseau. El supuesto consiste en admitir que el hombre en estado de naturaleza, libre y sin trabas, renuncia a ciertos espacios de sus derechos con el fin de garantizar otros. El garante sería el Estado.

Desde el punto de vista histórico, el recorrido conocido sería el siguiente:

el surgimiento del estado-nación, implica la concentración del poder político antes disperso en señoríos jerarquizados, y a la vez, la expropiación a los particulares del poder de resolver sus propios conflictos.

El carácter dispositivo de la acción fue sustituido por la acción pública, monopolizada por el Estado.

Así surge el sistema inquisitivo en el procedimiento penal, en cuya práctica extrema, el imputado o acusado carece de garantías de defensa.

Es el largo período del Estado autoritario, monárquico o no, en que un mismo funcionario investiga y juzga, sin frenos o límites constitucionales.

Frente a tal situación, se desarrolla el movimiento racionalista, comúnmente conocido como iluminismo, que en rigor no fue otra cosa que la expresión ideológica de los intereses económicos y políticos de la burguesía en ascenso.

La respuesta conocida está contenida en El Contrato Social de Rousseau. El supuesto consiste en admitir que el hombre en estado de naturaleza, libre y sin trabas, renuncia a ciertos espacios de sus derechos con el fin de garantizar otros. El garante sería el Estado.



Con el triunfo revolucionario en la Francia del siglo XVIII, se inicia la expansión universal del constitucionalismo.

La proclama iluminista puede sintetizarse en tres grandes núcleos de afirmaciones ideológicas:

La igualdad y universalidad de la naturaleza humana, por oposición a la ideología feudal

1. que postulaba la desigualdad natural de los seres humanos;
2. *El origen social y no divino del poder de los príncipes, y*
3. *El carácter progresivo de la razón frente al oscurantismo, en que éste siempre resultaba derrotado.*

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, redactada casi en los mismos términos de El Contrato Social, constituye la consagración al nivel de la nueva clase victoriosa, de los derechos individuales del hombre. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y por ello, el legislador no crea, sino solo reconoce estos derechos.

Los derechos proclamados como naturales, van a ser incorporados sucesivamente en las constituciones de todos los países. En lo que nos interesa, este es el punto de arranque del garantismo constitucional y del nacimiento del derecho de defensa del acusado. En adelante, el poder de castigar del Estado va a estar limitado por reglas precisas, - leyes sustantivas y de procedimiento-que precaven la arbitrariedad de los funcionarios y tratan de garantizar la vida, la libertad e integridad de las personas.

Solo si se respetan estos límites legales, el poder de castigar se legitima. Por ello la definición del Estado, como aquel poder que reclama para sí con éxito el monopolio en el ejercicio legítimo de la

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, redactada casi en los mismos términos de El Contrato Social, constituye la consagración al nivel de la nueva clase victoriosa, de los derechos individuales del hombre. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y por ello, el legislador no crea, sino solo reconoce estos derechos.

fuerza², solo es válida referida al Estado de Derecho

Por ello, para los guatemaltecos cualquier atropello a la libertad e integridad de las personas recuerda fácilmente el pasado reciente y mueve la sensibilidad humana y política

Para que el Estado pueda afectar legítimamente el derecho a la libertad consagrado en los Arts. 4 y 5 constitucionales, debe respetar el debido proceso y de ese modo el derecho de defensa, ambos contenidos en el Art. 12 de la misma. Pero no hay que olvidar que en nuestra tradición histórica, la violencia estatal se realizó por muchos años con irrespeto de los límites legales vigentes y con menosprecio de la legitimidad

El problema radica precisamente en que el sistema de justicia atropella continuamente los derechos constitucionales, y un momento procesal recurrente en que se dan tales violaciones, es cuando se decreta la prisión preventiva.

El juez no repara si existe una simulación de flagrancia, ni muestra mayor preocupación por el aporte de medios de investigación que justifiquen tal medida

*Legalidad^y
Legitimidad son dos
conceptos próximos
pero diferentes. Es
importante considerar
sus diferencias, para
comprender que la
legalidad no implica
siempre la legitimidad.*

2 Paráfrasis de la conocida definición de Max Weber

3 Legalidad y Legitimidad son dos conceptos próximos pero diferentes

La legalidad no es otra cosa que la sujeción de los funcionarios públicos a la constitución y a las leyes ordinarias. Ellos Solo *pueden hacer lo que la ley manda* La libertad de acción (art 5 constitucional) es un derecho de los particulares, no de los funcionarios en cuanto tales Por ello la legalidad es la perspectiva en que se colocan los ciudadanos, celosos de que no se violen sus derechos.

La perspectiva del gobernante en cambio, es la legitimidad por cuanto solo si su gestión tiene el consenso ciudadano, renueva o refuerza su derecho a mandar.

En resumen, la legalidad es la sujeción del gobernante a la ley, la legitimidad la aceptación social de la gestión gubernamental.

Tampoco se respeta la norma procesal que establece la naturaleza precautoria de la prisión preventiva, Art. 264. CPP. Incluso se descuida el examen de legalidad, cuando se califican como delictivos hechos que no lo son, y se contradice la naturaleza acusatoria de nuestro sistema penal, cuando el juez decreta de oficio la prisión preventiva, sin que exista una norma que lo faculte expresamente para ello.

II. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCION DE INOCENCIA

En la discusión sobre la fundamentación legal de la prisión preventiva y otras medidas de coerción, ha estado en el centro el principio de inocencia

La primera cuestión se refiere a la consistencia legal y consecuencias jurídicas de; principio Este se desprende directamente de la garantía ei debido proceso En efecto, se violenta el proceso legal cuando no se asumen cabalmente las consecuencias del arto. 14 constitucional.

El respeto del principio no significa en rigor, que el sindicado sea inocente. Su culpabilidad o no. realmente depende de lo que él hizo o dejó de hacer

Si esto es así, ¿cuál es el contenido verdadero del principio? Simplemente quiere decir que, frente a cualquier sindicación delictiva, toda persona debe ser tratada como inocente hasta que una sentencia debidamente ejecutoriada lo declare culpable Y de aquí, que no le puede ser aplicada ninguna consecuencia penal'.

Su Situación frente al Derecho está sujeta a las Reglas Aplicables a todos.

A la luz de la consideración anterior es que debe entenderse el cuestionamiento del principio por la corriente positivista de; derecho

Manzini, famoso penalista italiano , ligado al fascismo, se ubica en la misma lógica. Si se somete a proceso a una persona -cuestionan- es porque se presume su culpabilidad, no su inocencia, y si el principio se afirmara con seriedad, haría imposible toda persecución penal.

El respeto del Principio no significa en rigor, que el Sindicado sea inocente
Su culpabilidad o no realmente depende de lo que el hizo o dejo de hacer.



A partir de semejante razonamiento es comprensible que desprecie "por absurda y paradójica esta regla de principio

4

En esta forma de razonamiento el término presunción, no se asume como una determinación normativa, que es como la utiliza el pensamiento liberal, sino como una determinación fáctica, esto es, como indicio o elemento de prueba

Por ello, lógicamente la presunción de inocencia haría imposible toda medida de coerción personal e incluso, como ya se adelantó, cualquier persecución penal.

La posición liberal democrática en cambio, pone este principio en el centro de su comprensión del proceso penai. Al distinguir la determinación normativa, de la determinación fáctica, este pensamiento no encuentra en absoluto contradicción entre la vigencia del principio y la posibilidad de decretar una medida de coerción, incluso la prisión preventiva

Entre los requisitos que plantea el Art 13 constitucional para decretar la prisión preventiva, ciertamente se incluye el de los motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida ha cometido un delito o participado en él. Pero esta previsión constitucional se ubica en el plano de los hechos.

En este nivel, claro está, el sindicado aparece como probable autor del hecho, y por tanto, si alguna presunción cupiera sería la de culpabilidad. Sobre el confeso, que es el ejemplo que dan los positivistas como Ferri⁶, recae la probabilidad de que la imputación sea cierta, nada

Entre los requisitos que plantea el Art. 13 constitucional para decretar la prisión preventiva, ciertamente se incluye el de los motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida ha cometido un delito o participado en el. Pero esta previsión constitucional se ubica en el plano de los hechos.

4 Manzini Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal No. De Pag. 40 Pag. 253. Editorial Ejea. Buenos Aires 1951.

5 Para mayor desarrollo del principio, puede consultarse a Maier, Julio Derecho Procesal Argentino Tomo 1b. Editorial Hammurabi S R I. Buenos Aires 1989.

6 Las opiniones de Garofalo y Ferri. Se toma de las citas de Velez Mariconde Derecho Procesal Penal Tomo II. Pag. 33 y siguientes.

más que en el plano normativo se le debe seguir dando el trato de inocente.

Aclarémonos, ¿Cuáles son por fin las consecuencias prácticas de este trato como inocente? Ya se dijo, no puede aplicársele ninguna consecuencia penal.

¿Cómo distinguir el carácter penal sustantivo de una medida de coerción, de aquella que es de naturaleza procesal? A ello nos abocamos en el siguiente apartado.

III. MEDIDAS DE COERCIÓN Y ESTADO DE INOCENCIA

De lo dicho anteriormente se desprende que el principio no ampara y no puede amparar a un sindicato, hasta el punto de impedir que se decreten contra él, medidas de coerción, personales o reales.

Sería una desnaturalización del principio sostener lo contrario, y por otra parte, significaría una concesión al positivismo en esta materia, a partir de posiciones extremas. Desde luego que una posición tal, coincidiría básicamente con las premisas metodológicas del positivismo en este campo. Ello significa confundir dos planos diversos de lo real: el de los hechos y el de las normas.

Hay que insistir en que el encauzamiento criminal, implica una cierta probabilidad de que la imputación sea cierta, presunción que se ampara en los hechos. No obstante, toda y cualesquiera medida de coerción personal no **debe** considerarse como una pena o sanción.

Esta imposibilidad es normativa, a partir de lo que prescribe la constitución y la ley, respecto del derecho de defensa.

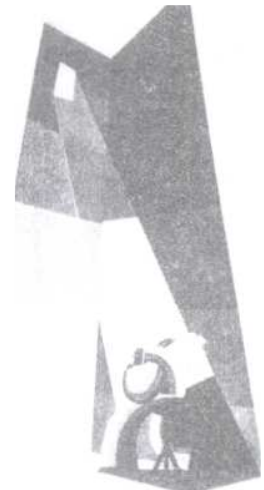
En efecto, nadie puede ser privado de sus derechos, sin antes ser citado, oído y vencido en proceso legal. De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, solo es defendible una medida tal, si cumple estrictamente con fines procesales, a saber:

averiguar los hechos

descubrir la verdad de lo sucedido, a efecto de aplicar la ley penal sustantiva en lo que corresponda.

Es justamente la finalidad de las medidas que las distingue. Las medidas coercitivas de

La medida de coerción personal no debe considerarse como una pena o sanción. Esta imposibilidad es normativa, a partir de lo que prescribe la constitución y la ley, respecto del derecho de defensa.



naturaleza penal sustantiva o material, tienen un fin retributivo y preventivo, general o especial.

Es decir, la prisión como pena trataría de compensar a la sociedad restringiendo la libertad del condenado, por haber realizado un valor opuesto al que manda la norma jurídica (esto es, un desvalor)

La prevención general, para desmotivar a los potenciales delincuentes, y en sentido positivo, afirmando valores socialmente aceptados. La prevención especial, orientada a precaver la reincidencia en el delito.

Estos son los fines generalmente aceptados de la pena, otra cosa es si se cumplen o no. El defensor solo puede objetar con fundamento legal una medida de coerción, si demuestra que no atiende a una finalidad procesal.

La comprensión de la ley penal, sustantiva y procesal, es muy importante para que los jueces no desnaturalicen las medidas de coerción, orientadas a garantizar los fines del proceso. Ya sabemos que es aquí justamente en donde se ubica el problema.

*La prisión como pena
trataría de compensar a
la sociedad
restringiendo la libertad
del condenado, por
haber realizado un
valor opuesto al que
manda la norma
jurídica (esto es, un
desvalor)*

IV. LÍMITES LEGALES EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

Afirmado que ha sido el poder del Estado, fundado en ley, para aplicar medidas de coerción de carácter procesal, sin que se viole el principio de presunción de inocencia, hay que ser cuidadosos para impedir su desnaturalización.

Los Arts. 13 Constitucional y 259 del CPP, señalan los motivos que fundamentan el auto de prisión preventiva, y el Art. 6 de la Constitución regula los requisitos de la detención legal. Este es un tema ampliamente estudiado y trabajado por los Defensores y por ello no nos detendremos en él.

El Art. 14 CPP declara el carácter excepcional de las medidas de coerción de carácter procesal. Este mandato legal no lo cumplen los jueces y en realidad no pueden cumplirlo, referido a la prisión preventiva, porque por ley, hay delitos inexcusables. A ello condujo la reforma del CPP de 1996, y aunque la misma refleja incompreensión del nuevo sistema penal, por parte de la CSJ que propuso los cambios, hay que reconocer que fue honraban la dignidad de la judicatura.

Lo cierto es que la reforma violentó la independencia de los jueces, por cuanto los privó de una facultad importantísima para que funcione nuestro sistema penal, a saber, decidir sobre la necesidad o no de la prisión preventiva, o de cualquier otra medida de coerción, con fundamento en los criterios establecidos en el CPP.

De lo dicho se desprende que el carácter de medida generalizada que mantiene la prisión preventiva, tiene su sustento en la ley procesal, y

El carácter de medida generalizada que mantiene la prisión preventiva, tiene su sustento en la ley procesal, y que la parte correspondiente del artículo 14 CPP, quedo como mera aspiracion, o programa para quienes nos subscribimos al derecho penal democratico

que la parte correspondiente del Art. 14 CPP, quedó como mera aspiración, o programa para quienes nos subscribimos al derecho penal democrático.

La existencia de un hecho delictivo y la probabilidad de que el sindicado sea responsable del mismo, no es suficiente, aunque sí necesario, para decretar la prisión preventiva.

En aquellos delitos en que el juez tiene potestad de decisión, se hace necesario que se prueben uno de dos extremos o ambos; **que haya peligro de fuga o de obstaculización de la verdad**, porque como ya se ha dicho, se trata de garantizar que se cumplan los fines del proceso penal. Caso contrario, el juez debería aplicar una medida sustitutiva de la prisión, si con ella se logran las mismas garantías.

La práctica de los jueces indica que, siempre dan por supuestos ambos peligros, cuando lo legal es que traten de fundamentar en evidencias, la presunción a que se refiere el Arto. 261 CPP. Solo así puede adquirir el rango de presunción razonable, la posibilidad de fuga o de obstaculización de la investigación.

Otro tema importante relacionado con los límites legales de la institución en estudio, se refiere a la proporcionalidad entre la prisión y la pena que se espera de resultar culpable el sindicado.

En este sentido, la ley procesal es muy clara referida a la prohibición de ordenar prisión preventiva en aquellos delitos que no tienen señalada pena de prisión. Art. 261 CPP. Pero la proporcionalidad no se refiere solamente a la calidad, o naturaleza de la pena, sino también a la cantidad. Por ello no se debe encarcelar preventivamente por un tiempo mayor al que se señala como pena máxima amenazada.

No se debe encarcelar preventivamente por un tiempo mayor al que se señala como pena máxima amenazada.



Respecto del plazo razonable del enjuiciamiento como manda la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nuestra legislación procesal intentó poner plazos que fueron rápidamente desnaturalizados, por la posibilidad de prórrogas, cuantas veces sea necesario, autorizadas por la parte final del Arto. 268 CPP.

Para finalizar este capítulo es importante indicar que debe evitarse y combatirse toda restricción o sanción anexa a la privación de libertad que no se desprenda directamente de la finalidad procesal de la prisión preventiva, o de las exigencias propias de la disciplina carcelaria.

Ello nos lleva incluso hasta el cuestionamiento de todas aquellas sanciones contra determinada categoría de sindicatos, que, toda vez que se les decreta prisión preventiva, algunas leyes o reglamentos autorizan determinadas sanciones, que tienen un contenido claramente, de naturaleza penal sustantiva, es decir, pena anticipada.

ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN

Después de haber leído, analizado y estudiado este capítulo, responda en el cuaderno de trabajo las cuestiones siguientes:

1. Explique tomando como referencia situaciones de la región en donde usted desarrolla su trabajo de Defensor, cómo la cárcel afecta la voluntad de quien la sufre

2. ¿Cómo el poder del Estado afecta la situación de libertad que debe disfrutar toda persona?

3. Mediante la elaboración de un cuadro sinóptico, diferencie el carácter penal sustantivo de una medida de coerción de otra de naturaleza procesal

4. ¿Cuáles son los fines procesales que se deben cumplir para justificar una medida de coerción?

5. ¿Cuáles son los límites legales en la aplicación de las medidas de coerción procesal?



LA DETENCIÓN

2.1 NOCIONES BÁSICAS DE LA DETENCIÓN

2.2 PRINCIPIOS MÍNIMOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI

2.3 MOMENTOS DE LA DETENCIÓN

2.3.1 La Aprehensión

2.3.1.1 Clases De Fuerza Utilizada Por La P.N.C.

a) Fuerza Inteligente

b) Fuerza Preventiva

c) Fuerza Represiva

2.3.1.2 Principios Básicos de Actuación de la P.N.C.

a) Principio de Adecuación al Ordenamiento Jurídico

b) Principio de Relaciones con la Comunidad

2.3.1.3 Problemática del Uso Excesivo de la Fuerza en la Detención

2.3.1.4 Propuestas de Solución

2.3.1.5 Requisito de Definitividad

2.3.1.6 Requisito de Admisibilidad

2.3.2 Entrevista Sindicado / Defensor

2.3.2.1 Ámbito Psicológico

2.3.2.2 Ámbito Jurídico Derechos

2.3.2.3 Problemática

2.3.2.4 Propuestas de Solución

2.3.3 Análisis del Informe Policial

2.3.3.1 Problemática

2.3.3.2 Solución al Problema

2.3.4 Argumentos de Defensa frente al informe policial

2.3.4.1 Falta de Acción u Omisión

2.3.4.2 Problemática

2.3.4.3 Propuesta de Solución

2.4 ACTOS EQUÍVOCOS

CAPÍTULO II

- 2.4.1 Problemática
- 2.4.2 Propuesta de Solución
- 2.4.3 Problemática de la Detención por Particulares
- 2.4.4 Orientaciones Siguietes

2.51NGRESO DEL DETENIDO A CENTRO CARCELARIO

- 2.5.1 Planteamiento del Problema
- 2.5.2 Orientaciones
 - 2.5.3 Responsabilidad del agente captor

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Al finalizar el capítulo, el defensor deberá evidenciar su aprendizaje, a través de:

1. Enumerar los principios que se deben tener presentes al momento de una detención, derivado del análisis de la Constitución Política de la República de Guatemala y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.
2. Indicar los momentos de la detención, de acuerdo con el esquema planteado en el módulo.
3. Enumerar y explicar las clases de fuerzas utilizadas por la Policía Nacional Civil en el momento de una aprehensión.

debe de observar la Policía Nacional Civil durante una aprehensión

5. Explicar los requisitos de definitividad y de admisibilidad a que puede acudir el defensor en el momento de presentar una queja ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

6. Indicar cuáles son las causales por las que se puede presentar una queja ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Guatemala

7. Explicar los ámbitos de que consta el momento cognoscitivo denominado entrevista Sindicato /Defensor, ejemplificando en cada caso

8. Explicar los componentes de la prevención policial que el defensor debe tener presentes al momento de la realización de su trabajo

9. Explicar en qué consiste la falta de acción u omisión, en un caso concreto, como parte de los argumentos de defensa

10. Indicar cuáles son las responsabilidades del agente captor, cuando realiza una detención en forma incorrecta.

LA DETENCIÓN

2.1 NOCIONES BÁSICAS DE LA DETENCIÓN

Desde que el hombre apareció en la faz de la tierra, ha atentado sistemáticamente contra los valores: *vida y libertad*. El presente trabajo reafirma la libertad, entendida como el derecho humano de locomoción o derecho ambulatorio, en contraste con su limitación: *la detención*.

Nuestra Constitución reconoce a los habitantes el derecho a su libertad personal. Sin embargo ese derecho es relativo. Podría ser privado de esa libertad producto de una detención.

Al aparecer el Estado-Nación (se erradica la vindicta privada), éste asume totalmente el control punitivo -lus Puniendi- hasta la presente fecha. Para cumplir con esa finalidad, se sirve de instrumentos de control social jurídico-penal: El Derecho Penal Material y Derecho Procesal Penal.

Francisco Muñoz Conde nos dice que: "Hablar de Derecho Penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho Penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho Penal soluciona estos casos (cárcel, inhabilitaciones de derechos")⁷

Al poder punitivo Estatal se le ponen límites que se traducen en principios. Al momento de una detención, se deben tener presentes esos principios contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y Tratados internacionales, en materia de Derechos Humanos.

CAPÍTULO 11

Este capítulo reafirma la libertad, entendida como el derecho humano de locomoción o derecho ambulatorio en contraste con su limitación: la detención

⁷

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, Parte General. Editorial Tirant, España, 1993 Pág. 25

2.2 PRINCIPIOS MINIMOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI

al Principio de legalidad, que se divide en :

El denominado Nullum crimen sine lege poenale,
que opera en el ámbito dogmático penaj, (Arts 1
CP. 17 CPRG, 9 C ADH y 15 PIDCYP)

El juicio previo que involucra las formas del
debido proceso --Nullum crimen, nulla poena
sine ludicio (Arts 2 CPP y 12CPR)

b) Principio de intervención mínima o de ultima ratio

c) Subsidia

d) Proporcionalidad



Ahora, usted debe de ubicar en la
legislación nacional e internacional en materia
de Derechos Humanos los principios indicados
en los incisos b,c y d

*La Detención restringe libertades públicas de toda; j
persona, entendidas como aquellas actividades*

*que no están prohibidas por la ley y que imponen al
Estado un deber de omisión a interferir las mismas. ~*

*En este sentido, el Estado, en ejercicio del Ius
Puniendi, estará legitimado para detener a un
ciudadano, al amparo de la doctrina de seguridad
ciudadana, sólo si la acción u omisión son*

constitutivas de delito o falta.

En relación a la aprehensión expone Alberto Binder
Barzizza: "1_a política es una actividad compleja Se manifiesta
de múltiples y diversas maneras A veces

utiliza la fuerza. Cuando esa fuerza se aplica desde el Estado se suele llamar coerción estatal ⁸ Entonces aprehensión conlleva la utilización de violencia, uso de fuerza.

En todo caso la aprehensión no debe cumplir un fin en sí misma, es un medio que se utiliza para la consecución de otro fin, tal y como lo plantea Godofredo Salazar Torres, en la selección de ensayos doctrinarios⁹.

En este trabajo, se visualizan varios momentos integrados de la DETENCIÓN, que por razones didácticas se han dividido. En la realidad no operan así estas fases, pues todas están interrelacionadas, formando un todo. Sin embargo se pide al lector ubicarse en esos momentos para utilizar las herramientas intelectivas que se proporcionan en este trabajo. Veamos la siguiente infografía:

Binder, Barizza, Alberto El Proceso Penal. ILANUD, Guatemala 1992 Pagina 6
Salazar Torres, Godofredo Selección de Ensayos Doctrinarios UTE/UPARSJ El Salvador

2.3 MOMENTOS DE LA DETENCIÓN

1. LA APREHENSIÓN (ACTO VIOLENTO)



2. ENTREVISTA (SINDICADO / DEFENSOR)



3. ANÁLISIS DEL INFORME POLICIAL



4. ARGUMENTOS DE DEFENSA



2.3.1 LA APREHENSIÓN

El Jurista Fanuel García Morales, en la obra La Prisión Preventiva, nos dice al respecto: "...la aprehensión es un acto violento por medio del cual se limita la libertad de locomoción de una persona a quien se le vincula con la comisión de un ilícito penal"". Por su parte el artículo 3 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, prescribe al respecto de ese acto violento que, "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas".

Como ya se puntualizó: la utilización de la fuerza por parte de los agentes captores, al momento de la detención, debe ser excepcional, racional, proporcional y razonablemente necesaria.

Por estas razones nos referimos brevemente a la fuerza desde la perspectiva de los Agentes de la PNC.

2.3.1.1 CLASES DE FUERZA UTILIZADA POR LA POLICÍA NACIONAL CIVIL

La Policía Nacional Civil en su actuar desarrolla tres niveles de fuerza, que están presentes en toda detención, ya sea por orden de Juez competente, flagrancia o casi-flagrancia, atendiendo a las circunstancias:

- a) **Fuerza inteligente:** La sola presencia de Agentes de la PNC se considera como disuasivo ante la sociedad. Art. 10, literal f) Ley de la PCN.
- b) **Fuerza Preventiva,** el artículo 10, literal d) de la Ley de la Policía Nacional Civil, explica esta fuerza al prescribir que: "Para el cumplimiento de su misión, la PNC, desempeña las siguientes

La utilización de la fuerza por parte de los agentes captores al momento de la detención debe ser excepcional, racional, proporcional y razonablemente necesaria.

10 García Morales, Fanuel La Prisión Preventiva. Cromo Grafica, Guatemala, 2000 Pag. 27.

funciones: Prevenir la comisión de hechos delictivos e impedir que estos sean llevados a consecuencias ulteriores", por ejemplo: Los puestos de registro, y:

- b) **Fuerza represiva**, que consiste en el uso de la violencia física, para repeler actos delictivos. Art. 3 del Código de Conducta supracitado.

Esta última fuerza, es violenta y opera precisamente en el momento de la captura de personas. En muchos casos es excesiva y arbitraria por parte de los agentes captores. Si el detenido fue reducido al orden, ya no se justifica el uso irracional de la violencia física o mental y menos la tortura. Independientemente si la detención es por flagrancia u orden de Juez, se debe respetar la vida, dignidad e integridad del detenido.

Siguiendo con el tema de la fuerza, el agente captor debe respetar determinados principios rectores en su actuación, y con mayor razón si ha de utilizar la fuerza represiva en una detención.

La fuerza represiva, es violenta y opera precisamente en el momento de la captura de personas. En muchos casos es excesiva y arbitraria por parte de los agentes captores.

2.3.1.2 ACTUACIÓN NACIONAL CIVIL

PRINCIPIOS DE

BÁSICOS LA

DE POLICÍA

El actuar del agente captor está regulado por principios, que debe respetar ante la sociedad y que están contenidos en la Ley de la Policía Nacional Civil. Él no es superior a la ley, por lo tanto aún en situaciones extremas debe respetar los siguientes principios:

a. Principio de adecuación al ordenamiento jurídico:

Consiste en el respeto por parte de los policías, a la Constitución Política de la República de Guatemala y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Artículo 12.1. de la P_N.C.

b. Principio de relaciones con la comunidad: Que exige al Policía evitar en su actuación, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria. Artículo 12.2. literal a) Decreto 11-97 del Congreso de la República de Guatemala.

El Defensor deberá cuestionar en todo caso concreto, el uso excesivo de la fuerza represiva e irrespeto de los principios relacionados al momento de una detención

Ese fenómeno represivo en contra de ciudadanos 31 momento de una detención, enfrenta al defensor ante a siguiente problemática:

2.3.1.3 PROBLEMÁTICA DEL USO DE LA FUERZA EN LA DETENCIÓN

En su quehacer diario el defensor se encuentra

ante casos en los cuales el detenido ha sido golpeado injustificadamente por agentes captores, es decir, fue objeto de maltrato físico al momento de la detención. Esto lo expone el sindicado al defensor En el informe policial se consigna otra versión.

Con el objeto de reafirmar la anterior problemática, nos permitimos citar un caso concreto. El detenido le manifiesta al defensor haber sido objeto de maltrato físico, por parte de los agentes captores, al momento de la detención (Se utilizó un cincho para maltratar al detenido) (ver fotografía)



Se advierte que en el estadio de la

aprehensión se encuentran únicamente

los captores y sindicado (s). Si

la detención fue por

flagrancia o por orden de juez competente, de todas maneras se debe

respetar la dignidad e , integridad del

Si dentro de archivos cuenta actuaciones judiciales materia de tortura, tratos crueles, inhumanos degradantes, apórtelos, ser analizados en reuniones de trabajo a de trabajo a nivel presencial

"Oficio No. 718,%2001. Jocotenango, Sacatepéque_, noviembre 08 del 2001.

X,XXtXXX.YX, de 36 años de edad, instruido APREHENDIDO.. ..E/ día de hoy a las 18:35 horas, en la Plazuela de esta jurisdicción, por el suscrito y los Agentes de la P. N. C. MOTIVO: Cuando e fectuabamos un recorrido de rutina en el lugar y hora antes descrita, sorprendimos flagrantemente al hoy detenido ... Se hace de su conocimiento que el hoy detenido, presenta varios raspones en el cuerpo... "

Frente a casos como éste, el defensor debe asumir un papel protagónico a favor de su defendido:

2.3.1.4 PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Si los golpes son visibles, tomar fotografías y/o filmar. En el caso concreto, efectivamente se tomaron fotografías de los golpes propinados al detenido. El artículo 72 del CPP permite la toma de fotografías, para establecer la identidad del sindicado, y para estos efectos es válido justificarse en el referido precepto.

En todo caso, si se carece de cámara filmadora o fotográfica, se le pedirá al Juzgador hacer un reconocimiento corporal al detenido, *atendiendo al Principio de Inmediación Procesal*, y consignarse en el acta de declaración esa situación. Consult los artículos 78 y 194 CPP .

En casos extremos solicitar a Notario, faccionar un acta, haciendo constar esos extremos.

Tómese en consideración que bajo estas condiciones, el detenido está afectado psicológicamente, lo que puede perjudicar su declaración. Se puede recomendar al detenido abstenerse a declarar hasta que esté en óptimas condiciones físicas y mentales lo podrá hacer.

Solicitar atención médica en general y para la probatoria de los golpes. una evaluación médico forense. El artículo 1 de la CPRG. puede invocarse, pues consagra la Teoría Personalista " Además aplican los preceptos Constitucionales 3,4 .94 y 95; 4 y 5 CADH; 6 1 PDCYP

Simultáneamente informar al sindicato o familiares de éste, la existencia de la Oficina de Responsabilidad Profesional -O.R.P. - de la Policía Nacional Civil, a efecto de que presenten denuncia en contra de los agentes captores La denuncia puede hacerse vía telefónica **O.R.P. 2-88-08-44 y 250-09-01**

Según informó la Academia de la Policía Nacional Civil, ante la ORP se pueden aportar toda clase de pruebas y si del resultado de la investigación se concluye, que el actuar de los agentes captores es constitutivo de delito *-Abuso de*

autoridad y/o Violación a la Constitución

informara inmediatamente al Ministerio Público, a efecto de continuar con la investigación y solicitar en su caso, orden de detención.

*Podrá presentarse
queja
en contra del Estado
de
G Guatemala ante la
Comisión
Interamericana de
Derechos Humanos,
ya
sea por
maltrato, físico,
o bien por tortura del
detenido.*

Se exceptúa la flagrancia de los agentes captores. Independientemente, se puede acudir al M P a presentar denuncia Lo importante es actuar y evitar esas arbitrariedades.

Queja en contra de; estado de Guatemala: En casos extremos, y como producto que el derecho interno no respondió, el defensor podrá presentar queja ante la Comisión interamericana de Derechos Humanos, ya sea por el maltrato físico o bien por tortura del detenido

Para estos efectos el Defensor debe cumplir con los requisitos de

11 La Teoría Personalista postula que el Estado se encuentra al servicio de la persona y familia.

2.3.1.5 REQUISITO DE DEFINITIVIDAD

1.1. Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna: *Apelación especial, Casación, Acción de Amparo o Exhibición Personal*, según el caso concreto. Consultar el artículo 46, literal a) de la CADH y 37 del Reglamento de la referida comisión.

1.2. Que se haya presentado dentro del plazo de seis meses la queja respectiva, ante la Comisión, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva. Consultar el artículo 46, literal b) de la CADH y 38 del Reglamento de la Comisión.

1.3 Se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición, si transcurrido el plazo de 90 días a partir de la fecha del envío de la comunicación al Gobierno del Estado aludido, éste no suministrare la información correspondiente.

2.3.1.6 REQUISITO DE ADMISIBILIDAD (Art. 47 de la CADH)

2.1 Que contenga todos los requisitos indicados en el artículo 46 de CADH.

2.2 Exponer hechos que constituyan violación de derechos garantizados por la CADH.

2.3 El artículo 27 del Reglamento de la Comisión, establece que la petición debe ser presentada por escrito, cumpliendo los requisitos prescritos en el artículo 32 del referido reglamento.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y de servir como órgano consultivo de la OEA. (Art. 1.1. del Reglamento de la Comisión). La Comisión es amigable componedora entre el Estado denunciado y el peticionario. Allí se puede solventar el conflicto. En caso de no haber arreglo, la comisión remitirá el expediente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 61.1. 63 y 66 de la CADH)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y de servir como órgano consultivo de la OEA.

2.3.1.5 REQUISITO DE DEFINITIVIDAD

- 1.1. Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna: *Apelación especial, Casación, Acción de Amparo o Exhibición Personal*, según el caso concreto. Consultar el artículo 46, literal a) de la CADH y 37 del Reglamento de la referida comisión.
- 1.2. Que se haya presentado dentro del plazo de seis meses la queja respectiva, ante la Comisión, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva. Consultar el artículo 46, literal b) de la CADH y 38 del Reglamento de la Comisión.
- 1.3 Se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición, si transcurrido el plazo de 90 días a partir de la fecha del envío de la comunicación al Gobierno del Estado aludido, éste no suministrare la información correspondiente.

2.3.1.6 REQUISITO DE ADMISIBILIDAD (Art. 47 de la CADH)

- 2.1 Que contenga todos los requisitos indicados en el artículo 46 de CADH.
- 2.2 Exponer hechos que constituyan violación de derechos garantizados por la CADH.
- 2.3 El artículo 27 del Reglamento de la Comisión, establece que la petición debe ser presentada por escrito, cumpliendo los requisitos prescritos en el artículo 32 del referido reglamento.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es

un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y de servir como órgano consultivo de la OEA.

principal, la de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y de servir como órgano consultivo de la OEA. (Art. 1.1. del Reglamento de la Comisión). La Comisión es amigable componedora entre el Estado denunciado y el peticionario. Allí se puede solventar el conflicto. En caso de no haber arreglo, la comisión remitirá el expediente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 61.1. 63 y 66 de la CADH)

Se podrá solicitar por medio de la queja, una medida cautelar, o bien podrá solicitarse una investigación in loco, previo consentimiento del Estado, para efectos de reforzar la denuncia. (Arts. 29 y 44.2. del Reglamento de la Comisión.)

La queja se puede presentar ante la comisión, tal como se indicó anteriormente, por las causales siguientes:

~~ **MALTRATO FÍSICO:** Es lo más común en nuestro medio. El detenido manifiesta haber sido golpeado por los agentes captadores, al momento de la detención. Consultar los artículos: 5 numerales 1 y 2 de la CADH; 1 y 3 de la CPRG; 34 literal b) de la Ley de la PNC.

~ **CASOS DE TORTURA:** Es factible que al sindicado se le torture. La CAPST prescribe en el artículo 2, que se entenderá por tortura, todo acto realizado intencionalmente con fines de obtener confesión o información del detenido. (Artículos . 5.2 de la CADH y 2 CAPST y 201 Bis CP)

En caso de presentarse esa situación se debe invocar la **CONVENCIÓN AMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA** (CAPST) aprobada por la OEA, que corresponde al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por otra parte existe la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que pertenece al denominado Sistema Universal de Derechos Humanos, aprobada por la ONU.

Criterio imperante es que para efectos de la queja ante la Comisión; deberá invocarse los instrumentos pertenecientes al Sistema Interamericano, excluyéndose los del sistema universal, por inidóneos.

Si en el proceso penal se establece que fue torturado el detenido, toda la prueba no tendrá valor probatorio.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se encuentra conformado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente junto con sus protocolos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y el relativo a la abolición de la pena de muerte y las tres convenciones interamericanas sectoriales sobre prevención y sanción de la tortura, desaparición forzada de personas y prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer.

Por la importancia del tema se transcribe el motivo de preocupación, contenido en el apartado IV de las CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES del Comité contra la Tortura, al examinar el tercer informe periódico de Guatemala, de fecha 24 de noviembre del

2000, que se transcribe literalmente:

"IV. MOTIVOS DE ^{PREOCUPACIÓN.} El deterioro de la situación de los Derechos Humanos en Guatemala, en especial el incremento de los casos verificados de torturas y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, en relación con la situación que se observa cuando el Comité examinó el segundo informe periódico. La circunstancia que los principales responsables de esas violaciones sean agentes de la Policía Nacional Civil, en especial de su Servicio de Investigación Criminal, ha frustrado las expectativas de contar con una renovada institución policial única, subordinada al mando civil y depurada de los vicios que caracterizaron alas instituciones policiales del pasado".



Previo a la tutoría presencial a realizarse, visite el correo electrónico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y localice dos casos presentados contra el Estado de Guatemala y uno contra el Estado de Honduras o El Salvador

Para obtener mayor información se puede visitar las siguientes páginas web

**www.corteidh-oea.or.cr
www.cidh-osea.or.cr o
solicitar la información a través de los siguientes correos electrónicos :
Corteidh@corteidh.or.cr,
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
ueditorial@iid.cr del
Instituto Interamericano de Derechos Humanos**



2.3.2 ENTREVISTA SINDICADO/ DEFENSOR

Este segundo momento es cognoscitivo. El defensor accesa a la verdad del sindicado, a los ámbitos psicológico y jurídico.

Precisamente esa es la tarea que hace el defensor a diario: encuadrar el ámbito fáctico del detenido con el jurídico. Él nos explicará cómo y cuándo se dieron los hechos, si acepta o niega los mismos. Esta entrevista puede realizarse en el momento propio de la aprehensión, en la sede policial o momentos previos a la declaración ante Juez competente.

El primer contacto que tiene el sindicado con su defensor es precisamente la primera entrevista, sin olvidar que es obligación, la visita carcelaria en forma permanente y continua, en aquellos casos en que el detenido quede en formal prisión.

2.3.2.1 AMBITO PSICOLGIGICO

Hace referencia a dos situaciones que se le presentan a diario al defensor, veamos:

- a) El sindicado debe estar en el pleno uso de sus facultades mentales y volitivas al momento de prestar declaración. Podrá percibir en algunos casos la afectación emocional del detenido, en cuyo caso se debe aconsejar que se abstenga de declarar por estar alterado y posteriormente prestar la misma. Si decide declarar, bajo esas circunstancias, el defensor deberá dejar constancia de esa alteración con fundamento en el artículo 283 CPP, por estar en indefensión.
- b) Además podrá establecer si es notorio que el detenido padece de enfermedad mental o desarrollo psíquico incompleto. En este caso concreto, el defensor debe exigir la peritación respectiva y no permitir que declare. Fundamento Legal: Artículos 76, 77 y 78 del CPP.

Se advierte que en algunos casos el defensor primero leerá el informe policial y luego procederá a realizar la entrevista, o bien ocurrirá previamente la entrevista y luego la lectura del informe, para construir la o las estrategias de defensa.

2.3.2.2 ÁMBITO JURÍDICO

Consiste en verificar por parte del defensor, si se han respetado todos los Derechos Humanos y Garantías Constitucionales de/ Detenido prescritos en Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y Constitución Política de la República de Guatemala. Algunos de esos derechos a verificar, serían:

a) El derecho del sindicado a ser presentado ante Juez competente dentro del plazo Constitucional. Una interpretación extensiva, a favor reij, de los artículos 6 y 8 de la Carta Magna puede invocarse por el defensor, veamos: Prescribe la Constitución Política de la República de Guatemala que el detenido deberá ser puesto a disposición de la autoridad judicial en un plazo de 6 horas (obligación que corresponde a la PNC) y que dentro de un plazo que no exceda de 24 horas deberá prestar declaración ante Juez. Consultar el artículo 87 del CPP para reforzar esta interpretación.

Entonces, si restamos a las 24 horas aquellas 6 horas, podremos argumentar que dentro del plazo de 18 horas debió ser escuchado el sindicado ante Juez competente, excluyéndose la interpretación restrictiva de 24 más 6 igual a 30 horas, que perjudican al defendido. Además expone el jurista Fanuel García, en la obra denominada La Prisión Preventiva, que ese cálculo se puede verificar con el sello de recepción que el Juzgado coloca en el informe policial.

b) Si es menor de edad, el derecho a ser presentado ante Juez de Primera Instancia de menores inmediatamente. Leer los artículos: 33 del Código de Menores; 37 literal b) y 40 numeral 2) literal iii de la Convención sobre los Derechos del Niño.

c) El Derecho a un defensor y traductor, en su caso - Art. 90 CPP; 14.3 literal a) del PIDCY y 2 literal a) CADH y 142, párrafo final, del CPP

d) El Derecho a no ser objeto de prueba (Artículo 16 CPRG).

Interpretación Extensiva. - Si restamos a las 24 horas aquellas 6 horas, podremos argumentar, que dentro del plazo de 18 horas, debió ser escuchado el sindicado ante Juez competente, excluyéndose la interpretación restrictiva de 24 más 6 igual a 30 horas

2.3.2.3 PROBLEMÁTICA

La persona es aprehendida (en el Aeropuerto, por ejemplo) justificándose esa detención por la nacionalidad del viajero. Se le sindicó de portar en su cuerpo cápsulas de supuesta droga. Por estas razones es trasladado a la sección de emergencias de hospital estatal, en calidad de detenido. No se le permite comunicarse con persona alguna. Se le toman rayos "X", y en caso de ser positivo el resultado, se le hace beber determinado líquido para que expulse las cápsulas, vía anal, donde se le filma y/o fotografía. Todo esto ocurre en contra de su voluntad. Posteriormente es presentado ante Juez a declarar juntamente con su Defensor.

Evidentes son las ilegalidades incurridas en esta problemática y para efectos de dar tratamiento, se hacen las siguientes:

2.3.2.4 PROPUESTAS DE SOLUCION

Aquí el detenido fue objeto de prueba, al tomársele rayos X, y hacerlo beber sustancias que él ignora con el objeto de expulsar las supuestas cápsulas. Aquí el artículo 283 del CPP, es conducente, por ser un defecto absoluto, ya que se vulneró la Garantía contenidas en el artículo 16 de la CPRG que prescribe que nadie puede declarar en contra de si mismo. Consultar además el artículo 14 literal g) PIDCYP y 2 literal g) de la CAC1H

A sabiendas que esta situación puede prolongarse varios días y lo grave del asunto, son justificativos para la presencia de defensor, sin embargo en la

práctica no ocurre. El detenido está indefenso material y técnicamente. Consultar artículos 12 de la CPRG; 8.2 literal d) de la CADH; 14.3. literal d) PIDCYP.

Nos encontramos a presencia de tortura. Se pretende que el detenido confiese haber ingerido cápsulas y que informe la participación de otras personas. Se le atormenta psicológicamente, al retenerlo en el hospital sin comunicación alguna, sin certeza de qué le ocurrirá. Conducentes son los artículos 5.1.2 ,8.2 literal b) de la CADH; 7 del PIDCYP; 2,3,4 de la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura y 201 bis de CP.

El hecho de retener a la persona en contra de su voluntad, es una detención ilegal. Aquí el argumento es extenso. Aplican los artículos 12. 2 del PIDCYP; 6,17 y 26 de la CPRG.

Su detención ocurrió sin flagrancia, vulnerándose los artículos 17 de la CPRG y 257 CPP.

Se violentó el derecho humano sustantivo de integridad. Al detenido se le tomaron fotografías y/o filmó en sus partes íntimas, bajo pretexto de observar la expulsión de las cápsulas, por el ano. Para reforzar los argumentos aplican los artículos: 3 de la CPRG; 5 CADH; 10 del PIDCYP.

La detención ocurre por estigmatización de la nacionalidad del detenido ¹² y no por la acción u omisión, presuntamente delictiva del sindicato. Dar lectura a los artículos 17 de la CPRG; 15 del PIDCYP y 9 de la CADH.

12 En este caso aplica la doctrina del Derecho Penal de autor, la cual postula que se sanciona a la persona por sus características personales.

- e) El derecho que tiene el sindicado, a dictar su propia declaración, contenido en el artículo 82 del CPP.
- f) El derecho que tiene el detenido Maya-hablante, contenido en el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, el cual prescribe que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, deberá tomarse en consideración, las costumbres o derecho consuetudinario, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales del Sistema Jurídico Nacional ni con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

En este sentido el derecho consuetudinario puede invocarse como defensa, en determinados casos a favor del Maya-Hablante, en consonancia con la Teoría del Error de Prohibición," veamos como opera: Al practicar el detenido la costumbre de la comunidad, está legitimando la misma. Él ignora, en todo caso, que esa conducta es delictiva. Precisamente en ese desconocimiento del tipo penal, se fundamenta la doctrina supracitada.

En circunstancias muy especiales se puede utilizar la misma teoría cuando el detenido es extranjero.

Aporte actuaciones judiciales de cómo y cuándo usted ha aplicado lo relativo al convenio 169, a efecto de servir de material de discusión en la tutoría presencial.

En este sentido el derecho consuetudinario puede invocarse como defensa, en determinados casos a favor del Maya-Hablante, en consonancia con la Teoría del Error de Prohibición

13 La Teoría del Error de Prohibición, postula que el detenido debe estar en el pleno goce de sus facultades mentales y volitivas al momento de realizar la acción u omisión delictiva, además tener pleno conocimiento de que su actuar es delictivo. Este conocimiento se adquiere por el hecho de que el Estado anuncio al ciudadano, las conductas prohibidas objeto de sanción penal (prevención general) Entonces, si no se hizo esa labor de divulgación, al sujeto activo no se le puede exigir determinando actuar que desconocía, ignoraba la existencia de la norma jurídico penal. Se advierte que son casos muy especiales en que se entiende la ignorancia de la ley.

2.3.3 ANALISIS DEL INFORME POLICIAL

Aclaremos que la Policía Nacional Civil al momento de una detención en flagrancia, se limita a rendir un simple informe policial al Juzgador. No es una prevención policial, por tanto podemos afirmar categóricamente, que la policía y fiscales incumplen sistemáticamente el contenido del artículo 304 del CPP, relacionado con la "**prevención policial**".

Este informe tiene las mismas características de aquel "**parte policiaco**" regulado en el anterior Código Procesal Penal abrogado. Éste no genera ningún valor probatorio al proceso.

El incumplimiento del artículo citado nos conduce a la siguiente problemática

2.3.3.1 PROBLEMÁTICA

Con ese único documento, el Juez, tipifica la acción supuestamente delictiva, sin contar con otros elementos de convicción. Esa actividad es meramente mecánica, equiparable a un SILOGISMO CATEGORICO:

Premisa mayor tos tipos contenidos en Leyes Penales.

Premisa menor: El caso concreto contenido en el informe policial.

La conclusión: Equivalente al por tanto cometió el delito XXX.

Por estas razones el defensor debe cuestionar ese trabajo mecánico del Juzgador. Eso se logrará si conocemos en toda su extensión el concepto "Prevención Policial" contenido en nuestra ley penal adjetiva, así daremos solución a la anterior problemática.

Del artículo 304 del Código Procesal Penal, se desprenden varios *COMPONENTES DE LA PREVENCIÓN POLICIAL QUE EL DEFENSOR DEBE TENER PRESENTES*:

- a) La comisión de un hecho punible
- b) La policía debe informar inmediatamente al M. P. de ese hecho punible (notitia criminis). Actualmente la policía cumple únicamente con este requisito, descuidando los otros requisitos de la prevención.

Practicar inmediatamente una investigación preliminar. En la práctica detectamos que el fiscal y policía no realizan esa investigación. En algunos casos concretos esta investigación involucra la ESCENA DEL CRIMEN. Es indiscutible la trascendencia de inspeccionar in situ la escena por parte del defensor (visita post-delictum) para obtener mayor información y claridad en la defensa. El defensor debe dejar constancia de ese incumplimiento en la diligencia de declaración del detenido. Consultar los artículos 8-CADH; 14 PIDCYP; 12 CPRG y 3 CPP. para reforzar el cumplimiento irrestricto de artículo 304 del CPP.

Reunir o asegurar elementos de convicción. En otras palabras se refiere a la EVIDENCIA que a su vez está relacionada con CADENA DE CUSTODIA. En algunos delitos existe evidencia, por lo que el defensor debe estar atento a cuestionar quién y cómo se recolectó y manipuló la evidencia, de su embalaje e identificación por No de caso, del traslado y custodia de la misma al almacén respectivo. El artículo 150 del CPP faculta solo a las partes (inclusive el defensor) a poder examinar la evidencia en cualquier instancia del proceso por si o por medio de peritos.

- e) Por último la prevención procura evitar la fuga u ocultación de los sospechosos.

Del artículo 304 del Código Procesal Penal, se desprenden varios componentes de la prevención policial, que el defensor debe tener presentes

El acta de esta investigación preliminar, se remitirá al Ministerio Público en el plazo de tres días.

Reiteramos que el Defensor Público resolverá la problemática planteada protestando el incumplimiento del artículo 304 del CPP, refiriéndose específicamente a la INVESTIGACIÓN PRELIMINAR. Su cumplimiento provocará estas consecuencias jurídicas a favor del detenido :

De esa investigación depende la PRONTA LIBERTAD del detenido y no será necesario esperar a que transcurra todo un plazo de investigación, pues el Juzgador contará con mayores elementos de juicio que podrían beneficiar al detenido en obtener una falta de mérito o medida sustitutiva;

Esa investigación erradicará totalmente el silogismo mecánico tipificador, utilizado por el Juez actualmente, pues tomará elementos fácticos brindados por la investigación preliminar, y no sólo se basará en el informe policial; y

El defensor, desde las primeras instancias del proceso penal, tomará dominio de la escena del crimen y evidencia.

El acta de esta investigación preliminar, se remitirá al Ministerio Público en el plazo de tres días.

Reiteramos que el Defensor Público resolverá la problemática planteada protestando el incumplimiento de; artículo 304 del CPP, refiriéndose específicamente a la INVESTIGACIÓN PRELIMINAR. Su cumplimiento provocará estas consecuencias jurídicas a favor del detenido :

De esa investigación depende la PRONTA

LIBERTAD del detenido y no será necesario esperar a que transcurra todo un plazo de investigación, pues el Juzgador contará con mayores elementos de juicio que podrían beneficiar al detenido en obtener una falta de mérito o medida sustitutiva;

Esa investigación erradicará totalmente el silogismo mecánico tipificador, utilizado por el Juez actualmente, pues tomará elementos fácticos brindados por la investigación preliminar, y no sólo se basará en el informe policial; y

El defensor, desde las primeras instancias del proceso penal, tomará dominio de la escena del crimen y evidencia.

2.3.4 ARGUMENTOS DE DEFENSA FRENTE AL INFORME POLICIAL

Advertimos que en este momento el defensor debe ubicarse en la lectura de la mal llamada prevención, para lograr el éxito de esta dinámica. De esa lectura nacen determinadas estrategias de defensa.

El informe policial por sí solo, brinda información. Naturalmente no hay que olvidar lo expuesto por el defendido, sin embargo para este ejercicio utilizaremos determinadas "prevenciones" paradigmáticas que reflejan problemáticas diarias que el defensor debe solucionar. A ellas aplicaremos en forma dosificada algunos elementos doctrinarios de la Teoría del Delito para enriquecer la solución de cada caso concreto, veamos:

2.3.4.1 FALTA DE ACCIÓN U OMISIÓN

Tal como se expuso anteriormente, al Juzgador llega el informe Policial - Notitia criminis - que contiene los hechos imputables al detenido, único documento que se tiene para tipificar determinado delito.

El Defensor debe hacer un ejercicio intelectual de localizar en esos hechos la acción u omisión de su defendido, en tiempo y lugar, por ser el primer nivel de la Teoría del Delito. Hablar de "HECHOS" implica escena del crimen, evidencia, cadena de custodia, presuntos implicados, autoría, etc. (es un universo) por ello es aconsejable no olvidar que la estrategia de defensa deberá versar, sobre la acción u omisión del defendido y no referirse vagamente a "hechos". En todo caso, acción y hechos son complementarios.

La anterior afirmación está reforzada por la **Teoría del Derecho Penal de Acto.** contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala (garantía de legalidad sustantiva) que prescribe que solo las acciones u omisiones calificadas

En este momento, el defensor debe ubicarse en la lectura de la mal llamada prevención policial, para lograr el éxito de esta dinámica. De esa lectura nacen determinadas estrategias de defensa.

14 La Teoría Moderna del Derecho Penal de acto postula que únicamente las acciones u omisiones son objeto de sanción penal.

como delito o falta por ley penal anterior, podrán ser penadas.

Esa misma doctrina la encontramos en los artículos 9 de CADH y 15 de PIDCYP y el artículo 10 del CP (Relación de Causalidad) reafirma la referida doctrina, pues hace referencia a que un delito será atribuible al imputado, si la acción u omisión es idónea para producirlo. Entonces la ACCION (omisión) es eje transversal de toda estrategia de defensa.

En infinidad de casos concretos encontramos ausencia de acción delictiva, tal como ocurrió en el caso siguiente, sin embargo la persona es detenida, veamos:

2.3.4.2 PROBLEMÁTICA

OFICIO No 1033. Guatemala, 23 de enero de 1999.

Señor Juez 2do de Paz Penal de turno >0Q0(de 20 años de edad, soltero, instruido... APREHENDIDO: Hoy a las 6:00 horas en Avenida Elena... por los agentes de la PNC XXXX. Elementos en referencia, rindieron parte por escrito, informando que a la hora y lugar en referencia procedieron a la detención del hoy consignado en virtud de haberlo sorprendido flagrantemente en los precisos momentos cuando escalaba el domicilio marcado con número...zona 1, con intenciones de apoderarse de objeto de valor, no logrando su objetivo, por la pronta intervención policial...

2.3.4.3 PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Ausencia de acción. El defensor podrá argumentar que el Derecho Penal de acto no opera en este caso, por existir ausencia de acción delictiva del señor XXXXX (es una conducta

atípica). Se está atentando contra el Principio de Legalidad, al detener sin flagrancia alguna. Consultar artículos: 17 CPRG; 9 CADH y 15 CIDCYP; 1 CP.

Argumentar la ausencia total de prevención policial e incumplimiento del Artículo 304 CPP.

En este caso los agentes captores atentaron contra los principios básicos de actuación de la PNC contenidos en el artículo 12, además el artículo 34 literal b), ambos, de la ley de la Policía Nacional Civil y artículo 1 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Aplican también los artículos: 9 de la CADH , 9.5 y 15 del PIDCYP.

Dejar constancia de que estamos a presencia de un defecto absoluto(Art.283 CPP) al vulnerarse la garantía del principio de legalidad contenido en nuestra Carta Magna en su artículo 17 solicitando al juzgador la pronta libertad del sindicado.

Detención ilegal. Debido a que existe ausencia de acción delictiva, procede una exhibición personal. Artículo 82 Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad.

El caso supracitado es, a su vez, ejemplarizante para aplicar la teoría de los actos equívocos que se explica a continuación.

2.4 ACTOS EQUÍVOCOS

Definitivamente los actos de toda persona son interpretados de diferentes formas por la sociedad. El agente captor también interpreta los diferentes actos del ciudadano y si constituyen delito o falta, procederá a la detención respectiva en caso de flagrancia.

2.4.1 PROBLEMÁTICA

El problema surge cuando se procede a detener a persona que realiza actos que el agente captor interpreta erradamente y/os considera delito o falta, cuando en realidad son actividades que no encuadran perfectamente en un tipo penal y el juzgador pretende calificar esa acción como delito.

Aquí estamos en presencia de los denominados **ACTOS EQUÍVOCOS**, que son aquellos que al interpretarse por terceras personas, no dan certeza de ser constitutivos de delitos, no revelan la intención delictiva (el dolo); surgen muchas apreciaciones subjetivas que conducen a equivocaciones; genera duda de qué está haciendo la persona. Ejemplo: El agente captor observa a una persona nerviosa con las manos dentro de la chumpa.

Esta teoría de los actos equívocos tiene íntima relación con la primera y segunda fase del **ITER CRIMINIS**, veamos por qué:

Primero: nace la idea delictiva que gravita en el fuero interno del sujeto activo.

Segundo: inicia los actos preparativos para cometer el delito. Estos actos se confunden con otros actos ajenos a la presunta idea delictiva por lo que es imposible detectar aquella intención delictuosa. Ejemplo: El comprar un arma de fuego no revela el animus necandi del sujeto activo_

Derivado del Principio de Legalidad el Juzgador debe tipificar la conducta del detenido con fundamento **en ACCIONES UNÍVOCAS** penalmente relevantes, entendidas como aquellas en que no se duda de la intención delictiva del sujeto activo, al ser observado por terceras personas, conllevan certeza. Caso contrario,

si existe duda en esos actos, el defensor puede argumentar que la acción aparentemente delictiva corresponde a la teoría de los actos equívocos_

Ejemplarizante es el siguiente caso que refleja esta problemática. La conducta del detenido fue tipificada por el Juzgador como tentativa de robo, recordemos el caso:

Señor Juez de Paz local ... APREHENDIDO: El día de hoy por los agentes XOOOC, quienes informaron que a las diecinueve horas, el detenido se encontraba parado en la puerta de la casa ubicada en la primera calle número... propiedad del señor >00(con intenciones de apoderarse de objeto de valor de la referida casa. Se pone a su disposición...

2.4.2 PROPUESTA DE SOLUCIÓN

La actividad de estar parado en una puerta se puede interpretar de diferentes formas, es más, esa acción no encuadra en tipo penal alguno, es atípica, por tanto se vulnera el principio de legalidad consagrado en los artículos 17 de la CPRG; 9 CADH; 15 PIDCYP y 1 CP.

El defensor debe argumentar que esa conducta en ningún momento exterioriza el dolo del detenido. Esa actividad deja duda de qué pretendía; son actos equívocos. Consultar los artículos 11 CP y 14 CPP.

Especial comentario merece la calificación de tentativa

de robo, en el presente caso. Ubiquémonos en las dos

fases del Inter Criminis: El nacimiento de la presunta

Ausencia de flagrancia, de conformidad con el artículo 257 del CPP

Nos encontramos ante una detención ilegal. Procede una exhibición personal por violación a garantías constitucionales contenidas en los artículos: 6 y 17 CPRG; 9 CADH; 15 del PIDCYP y 82 de la Ley de Amparo.

2.4.3 PROBLEMATICA DE LA DETENCIÓN POR PARTICULARES

El artículo 257 del CPP faculta al ciudadano a poder detener a cualquier persona que haya cometido un delito o falta con la obligación de entregarla inmediatamente a la Policía o Ministerio Público. Para los agentes captadores de conformidad con el artículo 10 literal e) de la Ley de PNC es una obligación. La detención por particulares, genera la siguiente:

PROBLEMÁTICA

La aprehensión del ,detenido por el particular , ya sea por iniciativa propia o por clamor popular en la creencia dé que te ésta cometiendo un delito, provoca en algunos casos detenciones ilegales.

En este sentido el Defensor deberá preparar su estrategia de defensa, preferentemente con la información brindada por el detenido y si lo considera oportuno, tomará algunos datos del informe policial. Recordemos que éste, no produce ningún valor probatorio en el proceso. Se recomiendan las:

*La exhibición
personal debe de
interponerse
cuando se violan
las garantías
constitucionales
derivado de una
detención ilegal*

2.4.4 ORIENTACIONES SIGUIENTES

- a) El clamor popular o una sospecha no justifican la detención. De ser así estamos en presencia de una detención ilegal. Se presentará una exhibición personal por ausencia de delito o falta. Aplican los artículos 6 de la CPRG y 82 de Ley de amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.
- b) Debe identificarse plenamente a las personas que intervinieron en la detención, a los agraviados y testigos en su caso. La explicación de los hechos por estas personas a los agentes captadores es una denuncia. Consúltense los artículos 297 y 299 del CPP.
- c) Si el caso concreto involucra evidencia, la misma deberá cuestionarse por el Defensor, pues el particular ignora aspectos de su protección y la cadena de custodia. Podrá argumentar la contaminación de la evidencia o bien la suplantación de la misma, en su caso. Consultar los artículos 150 último párrafo y 181 del CPP.
- d) El agente captador se equipara a un testigo referencial, a él no le consta nada de los hechos. Su intervención debe limitarse a impedir consecuencias ulteriores y realizar la prevención policial. El policía no debe hacer suya la versión particular de los hechos. Aplican los artículos 10 literal a) numerales 1 y 2 de la ley de la PNC.
- e) Protestar ante el Juez el incumplimiento de la investigación preliminar por parte de los elementos de la Policía, debido a que no se realiza. Aplica el artículo 282 del CPP.



Derivado de lo anterior, se le solicita localice en sus archivos informes policiales similares o que tengan relación con las problemáticas anteriormente planteadas y los aporte como material de estudio y análisis tanto en las reuniones de trabajo locales como en la tutoría presencial.

2.5 INGRESO DEL DETENIDO A CENTRO CARCELARIO

Nos ocuparemos en este apartado de abordar una vieja práctica realizada por la Policía y aceptada por los Jueces y Abogados, a sabiendas de que es ilegal.

2.5.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Radica en el procedimiento de internar al detenido en centro carcelario, sin orden de Juez competente, procediendo a ficharlo sin justificación alguna. Posteriormente es llevado ante el Juzgador para resolver su situación jurídica y eventualmente podría ser declarada la falta de mérito.

Al dar lectura al informe policial encontrará que la propia Policía acepta que el detenido fue ingresado a centro carcelario y posteriormente lo pone a disposición de Juez. Veamos dos ejemplos informes policiales:

*Villa Canales, Guatemala 9 de Abril del 2001
Señor Juez de Paz Penal
Recluido en las detenciones preventivas para hombres a cargo de la sub-estación de la PNC de Villa Canales, a disposición de su despacho me permito poner al individuo...*

*Guatemala, 23 de Enero de 1999

Oficio No. 1033
Señor Juez 2do de Paz Penal de Tumo de la Zona 18, ciudad capital.
Recluido en las detenciones preventivas para hombres de la zona 18, a disposición de su despacho me permito poner al individuo...*

2.5.2 ORIENTACIONES

El mismo documento revela el actuar ilegal de los Policías, es prueba irrefutable. De la problemática planteada surgen datos significativos, orientadores para que el defensor afronte el reto de solución, veamos:

A) Existe violación a la Garantía de detención legal (Art. 6 de la CPRG) .

Ingresar al detenido en centro carcelario, sin haber sido oído por juez, ni existir auto de prisión fundamentado del porqué ha de quedar en esta situación, es una detención ilegal.

Además, el hecho de que la persona sea inscrita con todos sus datos personales, en el libro de ingresos del Centro Carcelario, el ser fichado, el tomar sus impresiones dactilares para el gabinete de identificación (y fotografiarlo en algunos casos) sin haber sido escuchado ante juez es vulnerar sus derechos. En otras palabras, su situación jurídica no se ha resuelto y ya es tratado como sujeto prisionizado. Consúltense los artículos: 14 de la CPRG; 8.2 de la CADH y 14.2 del PIDCYP.

Este argumento servirá de fundamento para la presentación de una exhibición personal en contra del Director o encargado del Centro penitenciario, a efecto de obtener la libertad del detenido.

Dentro de las peticiones se ha de resaltar que la ficha del detenido quede anulada.

2.5.3 RESPONSABILIDAD DEL AGENTE CAPTOR

A Los agentes de la PNC incurrieron en delitos de Violación a la Constitución (Art. 381.1 CP) y abuso de autoridad (418 CP).

Violentaron los artículos 1 y 8 del Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir-la Ley.

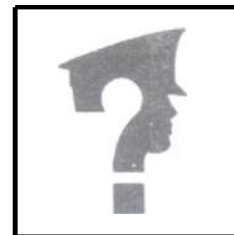
Son responsables del incumplimiento del principio de adecuación al ordenamiento jurídico contenido en el artículo 12.1 de la Ley de la PNC.

Además incurrieron en falta grave que merece una sanción disciplinaria de conformidad con el artículo 9.1. del Reglamento Disciplinario de la PNC que prescribe: "Son faltas muy graves, que dan lugar a la iniciación de expediente administrativo, las siguientes: 1. Manifestar una actitud abiertamente contraria al orden constitucional."

Igualmente el alcaide de la prisión, a donde es conducido el detenido incurre en el delito de detención irregular, Art. 429 del Código Penal.

Finalmente para completar el trabajo de este capítulo, se le solicita ubicar dentro de sus archivos, tanto institucionales como personales, casos en donde se le haya dado tratamiento a la problemática del ingreso del detenido al Centro carcelario, tratada en este documento.

Bien, hasta aquí las propuestas de solución a las diferentes problemáticas abordadas. Esperamos ayuden al Defensor en su quehacer diario, como un agente de cambio ante el juez o fiscal, en beneficio de su defendido, y por que no decirlo del propio Estado de Derecho idealmente garantista.



ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN

Después de haber leído, analizado y estudiado este capítulo, responda en el cuaderno de trabajo las cuestiones siguientes:

1. Enumere y describa los principios que el defensor debe tener presentes al momento de una detención, derivado del análisis de la Constitución Política de la República de Guatemala y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

2. Indique los momentos de la detención, de acuerdo con el esquema planteado por el autor de; capítulo estudiado



3. Enumere y explique las clases de fuerza utilizada por la Policía Nacional Civil en el momento de una aprehensión, ejemplificando con situaciones que le haya tocado enfrentar en el desempeño de sus funciones como defensor

Indique y explique los principios básicos que debe de observar la Policía Nacional Civil durante una aprehensión

4. Explique los requisitos de definitividad y de admisibilidad a que puede acudir el defensor en el momento de presentar una queja ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos



6. Indique cuáles son las causales por las que se puede presentar una queja ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Guatemala

7. Explique los ámbitos de que consta el momento cognoscitivo denominado entrevista Sindicado /Defensor, ejemplificando en cada caso

8. Explique los componentes de la prevención policial que el defensor debe tener presentes al momento de la realización de su trabajo

9. Explique en que consiste la falta de acción u omisión, en un caso concreto, como parte de los argumentos de defensa



10 Indique cuales son las responsabilidades del agente captor, cuando realiza una detención en forma incorrecta.

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN PROCESAL EN LA PRIMERA DECLARACIÓN

3.1 MARCO CONCEPTUAL

3.1.1 Consideraciones Generales sobre los Principios Procesales Vinculados con la Inmediación del Juez

3.1.2 El Principio de Inmediación y su relación con la Oralidad

3.1.3 La Primera Declaración

3.1.4 Características **3.2**

CAPÍTULO III

PRÁCTICAS TRIBUNALICIAS

3.2.1 La Ausencia del Juez en la Primera Declaración del Imputado y Consecuencias de la Violación al Principio de Inmediación

- a) Manifestaciones del imputado
- b) Derecho de recusación y excusa
- c) Realización de comisiones judiciales

3.3 ESTRATEGIAS DE DEFENSA ANTE LA NO PRESENCIA DEL JUEZ EN LA PRIMERA DECLARACIÓN

3.3.1 Protesta

3.3.2 Presentación de casos

3.3.3 Defecto absoluto 3.3.4

Conclusiones.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Al finalizar el capítulo, el Defensor deberá evidenciar su aprendizaje, a través de:

1. Explicar porqué la ausencia del juez en la primera declaración del sindicado, es el obstáculo más importante que se presenta tanto para éste como para el defensor
2. Explicar el principio de inmediación y su relación con la Oralidad
3. Explicar cómo la inmediación se refleja en la inmediatez temporal de las resoluciones o decisiones judiciales, traducándose en el hecho de resolver inmediatamente después de realizar el acto
4. Describir las características de la primera declaración
5. Explicar las conductas y estrategias de defensa que debe de adoptar el defensor, ante la ausencia del juez en la primera declaración
6. Analizar y resolver situaciones similares a los casos planteados, a las que se haya enfrentado en su quehacer diario.

"Los hechos vivos," a menudo dramáticos", que puedan acompañar un debate oral son mas aptos para promover la verdad que las inertes actas y expedientes. Prohibirle al juez que vea el rostro de la parte, que converse con ella y con los testigos y que los escuche. Significa arrebatarle al juez "una mas importantes, quizá la mas importante, para descubrir la verdad".

Gerhard Walter.

3.1 MARCO CONCEPTUAL

3.1.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Los Defensores Públicos y los sindicatos enfrentan un problema conocido por todos. La no presencia del juzgador en la realización de todas las audiencias celebradas en el proceso penal, especialmente en la fase preparatoria. Ello constituye, a ocho años de iniciada la reforma procesal penaj en nuestro país, un hecho diario, dada la práctica incorrecta de celebrar las diligencias con la comparecencia de las partes en presencia del Oficial que tiene a su cargo la tramitación del proceso.

En el caso de la primera declaración, la ausencia del juez constituye, juntamente con la efectiva comparecencia del detenido, dentro de los plazos legales, uno de los obstáculos iniciales que debe enfrentar el defensor.

Cabe recordar que, así como comúnmente hemos entendido que la intervención del Derecho Penal únicamente debe tener lugar en aquellos casos en que los valores fundamentales del orden social deban ser protegidos, el Derecho Procesal Penal regula el procedimiento a seguir, para la aplicación de las leyes penales al caso concreto, y de esa cuenta, el reconocimiento del Estado de la categoría de sujeto de proceso, que le confiere al imputado. Ello conlleva el reconocimiento de los derechos que le deben ser respetados, derechos que expresan al igual que los demás valores superiores que nutren el ordenamiento jurídico constitucional, las aspiraciones de resguardo y protección de la persona humana en cuanto a su dignidad, libertad, seguridad, justicia, el bien común y la paz.

Ahora bien, el proceso penal cumple, como lo señala el autor Barrientos Pellecer,"una función de satisfacción jurídica, de interés social, consistente en la realización del ius puniendi, por los canales y formas establecidos por la

*El Derecho
Procesal Penal regula
el procedimiento a
seguir, para la
aplicación de las leyes
penales al caso
concreto, y de esa
cuenta, el
reconocimiento del
Estado de la categoría
de sujeto de proceso,
que le confiere al
imputado.*

ley." 15 , Para ello se incrusta dentro de la política criminal del Estado y establece los principios que regulan su actuación. Recordemos citando al mismo autor "que los principios generales son los que determinan los objetivos del proceso penal y los especiales los que se refieren a la manera de ser de éste así como las reglas que orientan el modo de actuar dentro del mismo"⁶

Los principios procesales establecidos en el proceso penal guatemalteco, deben armonizar plenamente con las aspiraciones constitucionales, constituyendo un sistema de protección de las libertades individuales, cuyo garante es el Juez.

Dentro de los principios especiales se menciona el de oficialidad, contradicción, oralidad, concentración, inmediación, publicidad, sana crítica razonada, doble instancia y cosa juzgada, que como ya hemos mencionado, proporcionan reglas de actuación que orientan el proceso. La oralidad es una condición para que se dé la inmediación, ya que las partes deben y pueden actuar en presencia de los demás sujetos procesales y del propio juez.

La oralidad proporciona ventajas apreciables al proceso, ya que no admite la delegación de funciones, proporciona mayor agilidad en su tramitación y vincula más fácilmente a la sociedad con el sistema de justicia penal, que es al que acude con mayor frecuencia.

Ahora bien, abordando directamente lo relacionado con la primera declaración del procesado, baste mencionar que el imputado es parte en el proceso y esta situación impide ejercer en su contra, ningún tipo de coacción, pero además también puede ser objeto en el proceso. Derivado de ello, el órgano jurisdiccional puede citarlo para practicar las diligencias pertinentes (registros, declaraciones, privación de libertad, entre otras) debiendo en este punto, tener presente el defensor, que de conformidad con la garantía constitucional, goza del derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o persona

unida de hecho legalmente, ni en contra de sus parientes dentro de los grados de ley (artículo 16 CPRG).

Los principios procesales establecidos en el proceso penal guatemalteco, deben armonizar plenamente con las aspiraciones constitucionales, constituyendo un sistema de protección de las libertades individuales, cuyo garante es el Juez.

La presentación directa del sindicado ante quien lo juzga, ya que constitucionalmente se preceptúa que únicamente puede declarar ante autoridad competente, artículo 8 CPRG- resulta de vital importancia para el proceso, pues puede permitir al juzgador el apreciar las condiciones físicas y morales del declarante, así como sus reacciones, lo cual no podría obtenerse por otro medio, mucho menos por un medio escrito, resaltando así la necesidad de resguardar el principio procesal que lo permite.

La intermediación procesal tiene su mejor expresión en la realización del debate, se presenta cada vez más con mayor frecuencia en la audiencia de decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio, y es casi inexistente en la audiencia de primera declaración del procesado, en la cual, tal y como se mencionó al inicio, derivado de varias razones, responden tanto a aspectos de funcionalidad del propio órgano jurisdiccional - se menciona por ejemplo que se reciben en un mismo juzgado, varias primeras declaraciones al mismo tiempo, circunstancia que en todo caso puede administrativamente ser superada-, como por razones derivadas de la costumbre incorrecta de delegar ante el oficial de trámite, funciones propias del juez, que originan un acomodamiento de los sujetos procesales a esta situación.

La efectiva presentación del sindicado ante el juez competente-y no ante otra persona- para prestar su primera declaración, tal y como claramente lo preceptúan tanto el artículo 8 constitucional ya citado, como el artículo 87 del CPP, puede estar sujeta a varias vicisitudes, imputables tanto a la autoridad policial, como al sistema penitenciario, además del propio incumplimiento de la intermediación por parte del juez.

En efecto, además que el procesado debe ser puesto dentro del plazo legal a la disposición de la autoridad competente, lo que implica que debe ser llevado por el agente aprehensor o captor a la sede del juzgado y no al centro preventivo como generalmente ocurre; la declaración debe recibirse dentro de las 24 horas siguientes a la detención, puesto que tanto los plazos de 6 horas para la presentación, como el último relacionado de 24 horas para la declaración, son fatales y perentorios, y que explica el propósito de que tanto el acto de presentación del procesado ante juez y la recepción de su consiguiente declaración, deben ser actos inmediatos, ya que sólo después de ser declarada la prisión preventiva

La presentación directa del sindicado ante quien lo juzga, resulta de vital importancia para el proceso, pues puede permitir al juzgador el apreciar las condiciones físicas y morales del declarante, así como sus reacciones, lo cual no podría obtenerse por otro medio, mucho menos por un medio escrito, resaltando así la necesidad de resguardar el principio procesal que lo permite.

puede ingresar el procesado al centro de detención correspondiente cuando así sea ordenado judicialmente.

Sin embargo, debido al funcionamiento del sistema penitenciario, la persona detenida policialmente, no sólo es ingresada sin orden de juez al centro de detención, sino que derivado de sus limitaciones administrativas, la efectiva presentación del detenido se hace fuera de tiempo, de acuerdo a las posibilidades reales del guardia penitenciario, y consecuentemente se afecta el inicio de su primera declaración. Ello constituye una detención ilegal al variarse las condiciones pre-establecidas para ello.

Cabe agregar a lo anterior, que muchas veces no se encuentra presente el agente fiscal en la primera declaración, lo cual provoca no sólo la ausencia del encargado de efectuar la imputación, contraviniendo lo preceptuado en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público (artículo 50), sino también impide que en el momento puedan resolverse situaciones más favorables, no sólo para el propio procesado, sino para el desarrollo del proceso.

Es la ausencia del juez en la primera declaración del sindicado, el obstáculo más importante que se presenta tanto para éste, como para su defensor técnico, pues generalmente la misma se lleva a cabo en presencia del Oficial de Trámite, estando en el mejor de los casos, el juez presente en su despacho. Ante ello el Defensor técnico debe:

Recordar que la primera declaración puede implicar el ejercicio de un primer medio de defensa del sindicado. Por ello debe llevarse a cabo de acuerdo con los principios de validez establecidos para ello y que están contenidos en:

- CPRG
Artículos 8, 9, 12, 16
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
Artículo 10
- Convención Americana de Derechos Humanos
Artículo 8
- CPP
Artículos 3, 81 al 91, 259, 282, 283
- LOJ
Artículos 16. 95 inciso a)



La presencia del juez es un requisito indispensable para la validez de la diligencia. La misma no puede iniciarse sin que dicho extremo esté debidamente cumplido, ya que no pueden variarse las formas del proceso -ni la de sus diligencias- sin que se afecte el marco de garantías que lo sustenta. En vista de ello debe solicitarse la presencia del juez en el acto, y en caso de negativa, dejar asentada la protesta correspondiente. En caso extremo puede solicitarse el auxilio de un Notario Público, para que dé fe de la ausencia del juez o su negativa a participar en la diligencia.

*La Inmediación
Permite captar en
Forma directa,
aspectos que no pueden ser
apreciados de otra manera y
que no pueden reflejarse por
sí mismo en un documento
por lo que constituye
juntamente con la oralidad
uno de los medios
instrumentales más
importantes para el proceso
penal.*

Asimismo, debe tenerse presente que, el mantener en la actualidad en la derivadas del sistema inquisitivo anterior, impiden la implementación y desarrollo de las aspiraciones de justicia democrática, que pretenden incrustarse en la cultura jurídica penal guatemalteca, menoscabando sobre todo el sistema de defensa.

3.1.2 EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA ORALIDAD

Se ha mencionado que los principios de oralidad e inmediación van ligados íntimamente dentro del proceso penal. El principio de inmediación conlleva la comunicación directa y estrecha entre el juez, las partes y los órganos de prueba, lo que sería imposible si no concurrieran al acto todas las partes, especialmente el juez.

La inmediación permite captar en forma directa, aspectos que no pueden ser apreciados de otra manera y que no pueden reflejarse por sí mismos en un documento, como ya se mencionó anteriormente- por lo que constituye juntamente -con la oralidad uno de los medios instrumentales más importantes para el proceso penal.

De acuerdo a lo expuesto por Par Usen, la inmediación implica dos aspectos importantes:

"1º. El contacto directo del juez con los elementos probatorios en que ha de basar su juicio y decisión, y

2° El contacto directo de todos los sujetos procesales entre sí, en el momento de resolverse los motivos suficientes - que la inmediatez implica que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las que se encuentran bajo su diligencia, para apreciarlo con el fin de desarrollo de ciertas cualidades de observación, receptividad, reflexión y análisis.

relacionado con la Fundamentación, véase el capítulo IV. La inmediatez también se refleja en **la inmediatez temporal** de las resoluciones o decisiones judiciales, y que se traduce en el hecho de resolver inmediatamente después de presenciar el acto - sea diligencia de declaración, o bien un debate, por ejemplo, dictando la correspondiente resolución decisoria al acto o diligencia que se presencia, pues ello permite que el juez tenga presente las impresiones, recuerdos derivados de la propia diligencia, y que podrían desvanecerse o debilitarse para el posterior desarrollo del proceso, lo cual no

Se ha mencionado la evidente relación de la inmediatez con la oralidad y la contradicción del principio acusatorio. Los mismos exigen la presencia directa del juez en las diligencias y permiten su presencia activa y directa en relación al hecho y la persona que juzga, y no en cuanto al expediente escrito como ocurría con anterioridad.

especialmente el 8 constitucional y 3,87 y 259 del CPP, de

donde debe interpretarse, que la prisión preventiva del

La presencia de juez en la primera declaración del procesado, sindicado solo puede ser dictada por el juez después de oírle evita que se defina o se altere la realidad, pues le permite obtener información desde su fuente originaria. Pero lo más importante que cabe mencionar en cuanto a este aspecto, es que el juez debe tener una relación directa con el procesado ante el Juez, éste debe inmediatamente resolver la situación jurídica de quien se le presenta, siendo fundamental para ello, oír sus pedimentos sobre el particular.

Efectivamente, de esta manera con los principios de las formas que rigen el sindicado, que el juez puede obtener la fundamentación necesaria para considerar un peligro de fuga de acuerdo a lo establecido en el artículo 262 del CPP basado en "el comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento" puesto que, a través de la información o del pronunciamiento que el propio sindicado le formule al

En otras palabras, **el juez no podrá ordenarla prisión**
Par Usen Jose Mynor. El Juicio Oral en el Proceso Penal Guatemalteco
1Era. Edición Tomo I, Centro Editorial Vile. . Guatemala, 1997 pagina 105

Derivado de la primera declaración del procesado ante el Juez, éste debe inmediatamente resolver la situación jurídica de quien se le presenta, siendo fundamental para ello, oír sus pedimentos sobre el particular.

*La presentación del
procesado ante el juez
para prestar su primera
declaración, le permite
ejercer su derecho de
defensa, tanto a nivel*

contraviene lo dispuesto con constitucionalmente sobre el

Debe tenerse presente. que el término interrogatorio debe de ser entendido en forma amplia, comprendiendo de tal suerte, tanto la entrevista policial como cualquier otra forma de interrogación extrajudicial, que se utilice en cuanto a los detenidos y aún cuando se le niega cualquier valor probatorio al interrogatorio extrajudicial Esta situación violenta sus derechos y origina consecuencias para quien lo lleva a cabo. (*Abuso de Autoridad* artículo 418 CP Violación a la Constitución artículo 423 del CP),

Con la realización de la primera declaración del procesado, finaliza la aprehensión o detención, puesto que con posterioridad a ella debe de resolverse su situación jurídica Es por ello que constituye uno de los medios iniciales para ejercitar su derecho de defensa. Sin embargo, debe tenerse presente la conveniencia o inconveniencia de prestar esta declaración, de conformidad con la estrategia a utilizar en el caso, previendo los beneficios o perjuicios que esta situación pudiese originar.

En esto radica el carácter **personalísimo** de este acto, ya que corresponde al procesado, la facultad exclusiva de pronunciarse sobre el hecho imputado, siendo el único facultado para decidir sobre ello, independientemente de las recomendaciones que le provea su defensor técnico. Constituye por lo tanto una herramienta procesal cuya utilización desde el propio procesado, bajo la asesoría que le proporciona su defensor

3.1.4 CARACTERISTICAS

Se ha venido enfatizando el carácter **personalísimo** de la primera declaración, en la cual el procesado es el único facultado formal y materialmente para pronunciarse en cuanto al hecho que se le imputa A esta característica puede agregarse el que constituye un **acto procesal inicial, libre para el procesado y no definitivo**

Es un acto procesal puesto que es resultado de una actividad propia del proceso, con la cual básicamente se origina el accionar subsiguiente del mismo. y no tiene el carácter de definitivo ya que puede declararse cuantas veces sea necesario dentro de la etapa de investigación, intermedia y de juicio.

El término interrogatorio o debe de ser entendido en forma amplia, comprendiendo de tal suerte tanto la entrevista policial como cualquier otra forma de interrogación extrajudicial.



Aún y cuando los artículos 8 constitucional, y 87 del CPP, reiteradamente mencionados en este trabajo, establecen claramente que el sindicato debe declarar en presencia del juez, se han observado casos, en que el juez correspondiente no está presente en la audiencia de primera declaración, ni preside asimismo la audiencia de discusión de la procedencia de la apertura a juicio, contraviniendo con ello la inmediación procesal, y las formas que rigen el proceso.

r~

Por su trascendencia, se cita a continuación un caso que ilustra este extremo (caso Licda. Bárcenas).

CASO 1

Dentro del proceso No. 4409-2000 oficial 1^o. Del Juzgado 11 de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y delitos contra el ambiente, en la audiencia celebrada el doce de marzo del año dos mil uno con el objeto de decidir la procedencia de la apertura del juicio, la Defensora Licda. Lidia Herrera de Quiñónez, de uno de los sindicatos dejó asentada su protesta de acuerdo a lo establecido en el artículo 282 del CPP, toda vez que el señor Juez no estuvo presente en la misma.. El Juez manifestó que era del criterio que la inmediación procesal únicamente se dan en la verificación de las pruebas y en el debate. Además hizo constar que él se encontraba presente en el despacho al momento de verificarse la misma, por lo que no aceptaba la protesta respectiva y decidió abrir el juicio penal en contra de los sindicatos.

Al realizarse el debate en la audiencia celebrada el cinco de septiembre del mismo año, uno de las defensores, Lic Leonardo Cornelio Son López, planteó el incidente denominado VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO, argumentando que en los actos realizados en el Proceso no se han observado lo preceptuado en la ley. En efecto, en la audiencia en la que se decidió la apertura del juicio, tal y como

se hizo constar con la presentación de la protesta planteada por la Defensora **se violó el principio de inmediación**, ya que el señor Juez de la causa, no estuvo presente en dicha audiencia, tal y como consta en el acta respectiva. Por ello se violaron los artículos 12 constitucional, 3 y 4 de! CPP 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refieren al derecho de defensa y del debido proceso

é En la misma audiencia del debate, la Defensora Pública, Licda Anabella Bárcenas Maldonado, interpuso el incidente de `VIOLACION AL DEBIDO PROCESO, argumentando que en la audiencia de apertura dei juicio se violó flagrantemente principios constitucionales, procesales e internacionales como son el principio de defensa y el principio de inmediación, **toda vez que el juez relacionado no**

estuvo presente en la audiencia respectiva.

i La defensora, Licda. Lidia Octavila Herrera, ya habla dejado asentada la protesta respectiva, estableciéndose en el acta, que el señor Juez aceptó no haber estado presente en la audiencia, ya que él se encontraba en su despacho, inobservándose con ello los articulas 9 numeral 3, 14 numeral 1, del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12 de la CPRG. y 16 de la Ley del Organismo Judicial, los cuales consagra el derecho fundamental del debido proceso. Por tratarse de un defecto absoluto, por cuanto se violan garantías constitucionales y el procedimiento no puede retrotraerse a fases precluidas, debiendo declararse con lugar el incidente y decretar el sobreseimiento del mismo.

i El Tribunal 7" de Sentencia Perras al resolver_ consideró que la justicia se imparte de conformidad ron la Constitución y leyes de la república, que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba y que en el caso relacionado se había establecido que efectivamente, el juez aceptó no haber presidido la diligencia contenida en el acta correspondiente para decidir la apertura del juicio, lo cual denota que inobservo el debido proceso, los principios de

LA Justicia se Imparte de conformidad con la Constitución y leyes de la republica, y los jueces recibirán por si todos las declaraciones y presiden todos los actos de prueba.



defensa e intermediación procesal como garantías constitucionales y legales.

Con ello se invalida el acta relacionada, y como consecuencia, también el auto de admisión de la acusación y de apertura del juicio penal, ya que los principios de intermediación y derecho de defensa establecen que el acusado debe ser oído por el juez o tribunal competente y nunca por ninguna otra persona, lo cual constituye un defecto absoluto del procedimiento, porque implica la inobservancia de derechos y garantías previstos en la Constitución y por los tratados ratificados por el Estado. Tal violación impide continuar con el trámite del presente proceso, razón por la cual declara con lugar los incidentes planteados por los dos defensores, y resolvió que "Como consecuencia de ello, por encontrarse imposibilitado constitucionalmente de poder proceder por la inobservancia del debido proceso, se SOBRESSEE el mismo a favor los acusados.

La Sala Tercera de la Corte de Apelaciones el diez de octubre del dos mil uno resolvió declarar CON LUGAR el recurso de Apelación Especial interpuesto por el Ministerio Público en contra del auto dictado por el Tribunal de Sentencia, argumentando que la falta al principio de intermediación en la audiencia relacionada NO CONSTITUYE CAUSAL PARA UN SOBRESSEIMIENTO, y que a lo que obliga es a su renovación sin el vicio puntualizado. En tal virtud, la Defensora Pública ya relacionada (Licda. Bárcenas), interpuso, el trece de noviembre del mismo año, la respectiva ACCIÓN DE AMPARO, en contra de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, impugnando la sentencia ya referida y relacionando como hechos que motivan el amparo los siguientes

Que al dictar la resolución mencionada, la Sala está retrotrayendo el procedimiento a actos ya precluidos bajo pretexto de subsanar errores de una resolución que fue llevada a cabo con violaciones al debido proceso

Que el Tribunal de Sentencia determinó que, debido

inobservancia a derechos y garantías previstos en la CPRG y tratados internacionales.

Indica que en sentido contrario a lo razonado por la Sala, el equilibrio procesal se rompe allí donde empieza a observarse que el objetivo no es garantizar el debido proceso. sino una condena efectiva, ya que alude la Sala a que el acto anulado debe renovarse para ser perfecto, lo que denota parcialidad, puesto que el acto no puede ser subsanable realizando uno nuevo, y que en caso se efectuara lo resuelto por la Sala, se regresaría a una etapa intermedia la cual ya fue finalizada.

Que derivado de lo expuesto, la resolución impugnada le causa agravio ya que no puede pretenderse que un acto violatorio que fue protestado en su oportunidad, pueda ser subsanado a través de un recurso de apelación especial, regresando o retrotrayendo el proceso a etapas ya precluidas.

Aún y cuando la ^{acción} de amparo relacionada se encuentra en trámite, resulta importante compartir las valiosas argumentaciones planteadas por la Defensora Pública asignada al caso quien ha llegado hasta las últimas consecuencias haciendo valer la vigencia de la inmediación en el proceso, y consecuentemente el debido proceso y el derecho de defensa

Derivado del análisis del caso [anterior. se](#) le solicita localizar un caso similar, en dónde no estuvo presente el Juez durante la primera declaración y analizar cuál fue la conducta seguida por el Defensor y que se le sugiere al efecto Anote sus respuesta en el cuaderno de trabajo.

3.2 PRÁCTICAS TRIBUNALICIAS

3.2.1 Ausencia del Juez en la Primera Declaración del Imputado y Consecuencias de la Violación al Principio de Inmediación.

Se ha mencionado que actualmente la inmediación en cuanto a la declaración del sindicado, se cumple a plenitud

durante la realización del debate, es más frecuente en la audiencia de discusión de apertura a juicio, y casi no se observa en la realización de la primera declaración del sindicado. En este último caso, además de las situaciones derivadas de la propia presentación del sindicado ante el juez y que han sido descritas anteriormente, pueden surgir varias situaciones:

Que el procesado se abstenga de prestar declaración ante la no presencia del juez en el acto:

Se ha mencionado que la decisión de prestar testimonio es una decisión personalísima del procesado, quien es el único facultado para decidir sobre la conveniencia de prestarla o no. En todo caso, previo a su decisión, debe existir la asesoría técnica de su defensor tal como lo establece la ley. (artículo 81 y 87 CPP). Independientemente de su decisión sobre el particular; el procesado puede y debe hacer valer en la audiencia correspondiente, **su protesta** por la ausencia del juez, pudiendo incluso atribuir a esta situación, su negativa a declarar y su oposición a que se puedan tomar medidas de coerción contra él!



Que el procesado preste su declaración ante juez

Una vez el detenido ha declarado, concluye la necesidad de la detención ya que el juez debe resolver su situación jurídica, conforme los artículos 272 y 259 del CPP. Debido a la trascendencia de ello, tanto el procesado como su defensor deben exigir la efectiva presencia del juez durante el acto, sin limitarse a aceptar su presencia física en la sede del juzgado, pues como ya se advirtió anteriormente, con inmediatez a la recepción de la declaración, debe proceder a resolver la situación inicial del detenido. Para ello el juez debe tener en consideración las peticiones que le formule el propio detenido como su defensor, quien deberá orientar técnicamente la decisión del juez, quien realizará una actividad de juzgamiento sobre la situación.

El incumplimiento del juez de pronunciarse sobre las peticiones del imputado o del defensor que le son formuladas al momento de su primera declaración, puede ser motivo de impugnación.



como se plantea en el tema de! Recurso de Apelación.
Capitulo VI

"Al respecto, cabe mencionar lo actuado en el caso 14411-011 Of. 2° Del juzgado 3o De 1ª Instancia penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, donde la Defensora Pública, Licda Ana Patricia Pérez de Rabbé, expresó en relación a la falta de intermediación del juez que "se vulnera una garantía de orden procesal al no darse el principio de intermediación procesal, por lo que el órgano contralor no puede fundar una decisión, mucho menos restringir una libertad, cuando se ha vulnerado garantías de orden constitucional. garantías del debido proceso, y aún más, cuando en este momento no se encuentra presente ningún representante del ente acusador, que solicita que se le restrinja la libertad al patrocinado y de oficio no lo puede hacer valer e1 juez contralor porque con ello comprometería la imparcialidad del tribunal. "

Que el procesado presente tina solicitud de excusa o recusación ante el juez que recibirá su declaración:

Puede suceder al tenor de lo establecido en el artículo 128 de la Ley del Organismo Judicial, que el procesado ejercite el derecho de pedir al juez que se excuse, o bien el recusarlo con expresión de causa, con base a los supuestos establecidos en el capitulo II del título IV de dicha ley Aún y cuando esta solicitud puede plantearse en cualquier estado del proceso, para el caso en que inicialmente pudiera presentarse o tener conocimiento de alguna de las causales relacionadas, la intermediación del juez resulta vital, pues puede suceder que. hasta en el mismo momento de la comparecencia el procesado constata la existencia de la misma, lo

cual no sucedería si se impidiera el contacto visual entre los participantes en la audiencia

4 Que para el diligenciamiento de la recepción de la primera declaración se comisione a un juez diferente del que conoce el proceso,

De conformidad con lo establecido en el artículo 154 del CPP cuando un acto procesal se deba ejecutar por intermedio de otra autoridad, el tribunal podrá encomendar su cumplimiento por suplicatorio, exhorto, despacho u oficio, según se dirija respectivamente a un tribunal de jerarquía superior, igual o inferior,

En el caso que por ejemplo, el procesado se encuentre recluso en un centro asistencial ubicado en un lugar distinto del cual se encuentra instalado el juzgado, generalmente se comisiona al juez que corresponda, de acuerdo a la distribución de la competencia territorial que efectúa la Corte Suprema de Justicia, para la realización de dicha diligencia, violentando de esta manera el principio de inmediación en el proceso, puesto que no obstante que la Ley del Organismo Judicial permite la realización de comisiones judiciales, tomando en cuenta criterios de funcionalidad del órgano jurisdiccional,- competencia territorial- también lo es que debe prevalecer sobre ello las garantías procesales y los principios respectivos, que impiden que un juez diferente lleve a cabo actos decisivos para el caso que los motiva.

Es por ello que invocando sobre todo la aplicación de la inmediación, el defensor o el procesado deben solicitar que en este caso, se obvie la solicitud de comisión judicial a un juez distinto, y consecuentemente sea el propio juez quien se traslade al lugar que corresponda, para la realización de la diligencia, De no hacerlo estaría incumpliendo lo indicado inicialmente en el art 8 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el propio CPP -artículo 259- relacionado con la prisión preventiva, que regula que después de oír al sindicado, y cuando concurren los supuestos de

Debe destacarse que, en cuanto a la actividad sensorial de "oír al sindicado", debe entenderse:

Al igual que constituye un acto personal de;

procesado el dar o no su versión del hecho, constituye un acto personal del juez el escucharlo,

por otra parte, que esta actividad del sentido del

oído implica mucho más allá de la recepción

auditiva de la simple narración, explicación o justificación que pudiera presentar el sindicado, pues conlleva la realización de una relación directa con el juez que debe decidir inicialmente su situación procesal, que bien puede ser de libertad o de restricción de la misma, por lo que, en atención a

Nuevamente se le solicita, seleccionar un caso similar al abordado por la Licda. Bárbara

3.3 ESTRATEGIAS DE DEFENSA ANTE LA NO PRESENCIA DEL JUEZ EN LA PRIMERA DECLARACIÓN

3.3.1 PROTESTA

La ley procesal -artículo 84 del CPP- prevé en su último párrafo la posibilidad de los concurrentes a la audiencia de declaración del sindicado, de indicar las inobservancias legales en que se incurran en el acto o bien las **protestas** que se consignarán en la diligencia.

Constituye "**protesta**", el derecho a plantear al juez las observaciones derivadas del desarrollo de la diligencia o del acto Manuel Osorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales manifiesta que protesta es



"la promesa con aseveración, o atestación de ejecutar una cosa. Más en general, constituye una afirmación de corresponder un derecho y advertencia de proceder contra cualquier perjuicio o daño que se derive de determinada actitud ajena."."

El CPP en su artículo 282, regula la protesta en lo relacionado con la actividad procesal defectuosa, al establecer que

"Salvo en los casos del artículo siguiente, el interesado deberá 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. Si, por las circunstancias del caso, hubiere sido imposible advertir oportunamente el defecto, el interesado deberá reclamar inmediatamente después de conocerlo. El reclamo de subsanación deberá describir el defecto, individualizar el acto viciado u omitido y proponer la solución que corresponda."

Las excepciones que señala están contenidas en el artículo subsiguiente 283, relacionadas con los defectos absolutos, que literalmente regula que: "No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aún de oficio, los defectos concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la CPRG y por los tratados ratificados por el Estado".

En el caso concreto de la falta de intermediación del juez en la realización de la primera declaración del sindicado, ***la protesta debe ir encaminada a plantear que la ausencia del juez no solamente viola este principio procesal, sino que impide que el juez dicte prisión preventiva en contra ,por no cumplir con el presupuesto de oírle, por lo que el acto carece de respaldo legal.***

Cabe mencionar al respecto, algunas interesantes argumentaciones planteadas por Defensores Públicos, en audiencias de decisión de apertura a juicio, relacionadas con la falta de intermediación las cuales se relatan a continuación

19 Osório Manuel Ob. Cit. Edición Argentina Editoria Heliasta, SRI: Buenos Aires Argentina 1987 Pagina 623.

3.3.2 CASOS

CASO 1

Dentro del proceso 4345-00 Oficial 5° del Juzgado 1 1° De la Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el ambiente, al concedersele el uso de la palabra el procesado, este manifestó que hasta ese momento el desarrollo de la audiencia no ha estado presente el señor Juez, por lo que seguidamente, el Defensor Público, Lic. Oscar Alfredo Poroj Subuyuj, en base al artículo 282 del CPP, presento protesta

de anulación formal, aún considerando que no es necesaria la protesta por ser un defecto absoluto. Alegó violación de/ principio de inmediación procesal porque tanto las partes como el juez que decidirá, deben estar presentes en toda la audiencia. Por ello solicitó que quede anotado, la violación de/ artículo 12 constitucional relacionado con el derecho de defensa y el artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial, que establece el debido proceso para juzgar a una persona; así como el 3 de/ CPP que establece que las partes y los sujetos procesales no pueden variar las formas del proceso, sus diligencias o incidencias y esto incluye al órgano contralor de la investigación. Indicó además que esta circunstancia hace que sea improsperable la solicitud que se discute - admisión de acusación presentada por el MP- sobreseer el proceso y dejar en libertad a los acusados. "

Al resolver, el juez manifestó que **"En relación a la inmediación procesal, no se entra a conocer en virtud de que la misma se produjo de conformidad con la ley"** y finalmente declaró abrir el juicio del proceso en referencia. **Dado a que el juez se encontraba presente en su despacho, en opinión de éste, se cumplía con el requisito de la inmediación simplemente con su presencia en el local físico del juzgado sin quedar obligado a presenciarlo directamente como se ha venido comentando en este trabajo.** Sin embargo, lo importante es que al dejar asentada la protesta de anulación formal, el Defensor puede hacer valer en la audiencia de debate, a través de un incidente, la violación del principio procesal que vulnera el debido proceso y por ende el derecho de defensa, argumentación que incluso puede permitir el sobreseimiento del caso al encontrarse el

CASO 2

Dentro del proceso C-9787-99 Oficial 4º. Del Juzgado 2º. De la Instancia penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, en una audiencia similar, al concedérsele intervención al sindicado, éste manifestó que era inocente, y que no se ha presentado el señor Juez, por lo que solicita su libertad, lo cual fue reafirmado por su Defensor Público, Lic. Oscar Alfredo Poroj Subuyuj, quien manifestó que solicitaba que quedara asentada su protesta de anulación, basándose en los artículos 282, 283 y 284 del CPP. El fundamento es que la ausencia del juez contralor en la audiencia de apertura del juicio viola el debido proceso, el derecho de audiencia, y específicamente el principio de obligación procesal. Asimismo se viola el artículo 34º del CPP. En el acta se transcribe que "El suscrito Juez se apersona al proceso y de conformidad con los artículos 281, 282 y 284 del CPP declara la actividad procesal defectuosa de la presente audiencia, en donde la misma se inició sin que el suscrito estuviese presente, por consiguiente ordena se reinicie la audiencia y para el efecto, se le concede la palabra al Ministerio Público para que se pronuncie a la solicitud de apertura del juicio "

O sea, en este curioso caso, el Juez acogió el planteamiento de la falta de inmediación en la audiencia y ordenó el reinicio de la misma. Sin embargo, lo importante de esta situación es que la presentación de la formal protesta de anulación formal, basada en la falta de inmediación del juez, permite al defensor, al igual que en el caso anterior, plantear en el debate, un incidente de violación a garantías constitucionales y procesales de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 369 del CPP. **El fundamento es que el juez debió de haber estado presente durante todo el desarrollo de la audiencia para garantizar el debido proceso**, puesto que va a decidirse sobre la libertad y los derechos de las partes, especialmente los del sindicado. Véase a continuación el siguiente caso.

CASO 3

Proceso 25-2001 Oficial 3°. Del tribunal 7°. De la Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el ambiente. Al realizarse la audiencia de debate oral , la Defensora Pública, Licda Ana de los Ángeles García de Acevedo, manifestó que "de conformidad con el artículo 369 del CPP plantea el incidente que denomina VIOLACIÓN A GARANTIAS PROCESALES Y VIOLACIÓN A GARANTIAS CONSTITUCIONALES, argumentando que

"...en cuanto a las violaciones de carácter procesal, como se puede leer en el auto de apertura del juicio de fecha veintidós de mayo del año dos mil uno, en su oportunidad, fue protestado el hecho **de que el señor Juez que conocía no estuviese presente en la audiencia.** El argumento que él utilizó tal y como consta en el auto, fue que él se encontraba en la sede de dicho órgano jurisdiccional. No obstante, la ley es clara. El artículo 47 del CPP en concordancia con el artículo 203 de la CPRG, manda que el juez que conoce de la apertura del juicio **debe estar presente durante el desarrollo de la audiencia para garantizar el justo y debido proceso.** Como se establece dentro del CPP es necesaria la presencia del juez en virtud de que se va a decidir sobre la libertad del imputado, por lo que esta representación de conformidad con lo establecido en los artículos 3, 20 y 47 del CPP solicita que el incidente sea acogido, ofreciendo como medios de prueba el auto de apertura del juicio que ya fue incorporado por su lectura en este debate.. Otra Defensora pública que también compareció en la audiencia manifestó-siempre en relación a la inmediatez- que... se trata de un proceso plagado de vicios en cuando que no se ha observado lo establecido en las normas procesales del artículo 3 del CPP en cuanto a que no se pueden variar las formas del proceso, siendo una de ellas, **la presencia del juez en todas las audiencias,** diligencias en las que el juez contralor tiene que estar presente, situación que no acontece en el presente proceso, por lo que quedó plasmado en el acta de apertura a juicio de la audiencia que se llevó a cabo el 22 de mayo del dos mil uno, en la que consta que la defensa protestó y así se hizo constar, en cuanto que se estaban variando las formas del proceso, por no estar presente el juez contralor en el desarrollo de la misma. Aun y cuando el Ministerio Público, manifestó que ya había precluido la oportunidad para hacer valer las impugnaciones, en cuanto a la no inmediatez del juez contralor de la investigación, el Tribunal después de deliberar, por unanimidad, resolvió: 1: Con lugar los dos incidentes de violación a garantías procesales y constitucionales y procesales, por parte del juez Undécimo de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente, promovidos por las abogadas defensoras de los dos procesados, II: Como consecuencia por encontrarse imposibilitado constitucionalmente este tribunal de poder proceder por la inobservancia del debido proceso, se sobresee el presente proceso a favor de los acusados III: Encontrándose ambos guardando prisión, se les deja en la misma situación jurídica en la que se encuentran y al causar firmeza la presente resolución, debe librarse las órdenes de libertad a favor de ambos procesados..."

Por estimarse de relevancia en cuanto al presente trabajo, se estima apropiado el transcribir así mismo, las consideraciones en que se basó el tribunal mencionado para acoger los incidentes referidos, y las cuales se citan a continuación

"...el

CONSIDERA: Que nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y, preestablecido. Que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba. Que la ley establece que nadie podrá ser condenado, penado o,~ sometido a medida de seguridad y corrección sino en -- sentencia firme obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este código y a las normas de la Constitución con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado. En el presente caso, del acta y del auto de fecha veintidós de mayo del dos mil uno, que fue ofrecido como prueba, se establece que efectivamente el Juez de la causa aceptó tácitamente no haber presidido la diligencia contenida en dicha acta para decidir la apertura del juicio en el presente proceso, como se desprende del contenido de la razón que se asentó en el auto de fecha veintidós de mayo del dos mil uno que literalmente dice:"en cuanto a la protesta de anulación planteada, este juzgador no la acepta, toda vez que la intermediación procesal se dio y que el suscrito juez se encontraba en la sede de este órgano jurisdiccional, por lo que también ha de declararse improcedente la protesta indicada, prueba de ello es que se le dio el trámite que de conformidad con la ley debe observarse en la interposición - de las excepciones y protestas dentro de la presente audiencia": lo cual denota que inobservó el debido proceso, los principios de defensa e intermediación procesal como garantías constitucionales y legales, que invalidan el acto relacionado y como consecuencia, invalida también el acta y el auto de admisión de la acusación y de apertura a juicio penal, todos de fecha veintidós de mayo del dos mil uno, ya que los principios de intermediación y derecho de defensa, se encuentran consagrados en el artículo 12 de la CPRG que establece que el acusado debe ser oído por el ; juez o por el Tribunal competente, y nunca por ninguna otra persona, lo cual constituye un defecto absoluto del procedimiento porque implica inobservancia de derechos y garantías previstos en la CPRG y por los tratados ratificados por el Estado, que impiden continuar con el trámite del presente proceso, por lo que los dos incidentes planteados deberán declararse con lugar y como consecuencia, sobreseerse el proceso a favor de los dos imputados.

Como se puede observar, resulta valiosa la consideración que el Tribunal relacionado efectuara en cuanto a la calificación de la existencia de defecto absoluto de; procedimiento motivado por la ausencia del juez, lo cual constituye una inobservancia de los derechos constitucionales y legales establecidos para el juzgamiento, que impiden que el Tribunal siga conociendo.

3.3.3 DEFECTO ABSOLUTO

El artículo 283 del CPP ya citado con anterioridad, regula los defectos absolutos, que constituyen obstáculos insoslayables para la prosecución del procedimiento. En ese sentido debe entenderse, tal y como ya ha sido apreciado judicialmente por algunos tribunales de sentencia de la ciudad capital (Véase casos citados anteriormente) que la ausencia directa del juez en el acto de oír al sindicado constituye una violación tanto de los principios procesales que rigen el proceso especialmente la oralidad y la inmediación, como de las garantías constitucionales que orientan el desarrollo de éste, básicamente el debido proceso y el derecho de defensa. En efecto, la ausencia directa del juez impide el derecho del sindicado de utilizar un medio de defensa -su declaración- y en tal caso el juez no debe dictar una medida de coerción . Si a pesar de todo dicta una medida limitativa de un derecho fundamental, se viola el debido proceso y se configura un defecto absoluto dentro del mismo que imposibilita la posterior tramitación del mismo.

Cabe agregar a lo anterior que las formas previstas para el juzgamiento no tienen carácter dispositivo, el juez no puede cambiarlas y es por ello que los Defensores no deben consentir jamás en que su defendido preste su declaración ante persona diferente del juez ante quien comparece. Lo apropiado es que tanto ellos como los propios sindicados opten por dejar asentado en el acta correspondiente el extremo de la ausencia del juez cuando así fuere el caso

3.3.4 CONCLUSIONES

De lo manifestado en el presente trabajo puede concluirse en que:

- 4 Siendo la primera declaración del sindicado uno de los primeros medios de defensa frente a la imputación , debe prestarse de acuerdo a las

formalidades previstas para ello, siendo indispensable que se preste directamente ante el Juez que lo juzga y nunca, ante ninguna otra persona (Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 87 del CPP) Constituye pues, una seria violación al principio de inmediación la ausencia del juez contralor de la investigación en la audiencia de declaración del sindicado.

- 4 Los requisitos de validez relacionados con el plazo legal de comparecencia, derecho de asistencia técnica, derecho de no auto-incriminación, comunicación del hecho atribuido al sindicado, son así mismo de importancia. No obstante, la inobservancia legal de la obligación de oír personalmente al sindicado por parte del juez, constituye un defecto absoluto, al violarse los principios procesales establecidos, y por ello, al tenor de lo preceptuado en el artículo 259 del CPP, impide que el juez pueda dictar una medida de coerción en su contra. Un auto de prisión preventiva dictado sin atender este presupuesto fundamental - oír al sindicado- carece de sustentación y debe ser revocado. (Véase artículo del CPP).
- 4 Constituye una detención ilegal el hecho de que el sindicado no sea puesto en presencia del juez y no se le escuche dentro de los plazos establecidos, ya que se están violando las formalidades necesarias y esenciales para sustentar la legalidad de la detención. Con ello se configura una clara violación al debido proceso, y ante ello deben promoverse las acciones correspondientes (Amparo y exhibición personal).
- 4 Debe resaltarse la importancia de la primera declaración del sindicado pues de ella dependerá que se dicte medidas de coerción y el auto de procesamiento, o bien que se resuelva la falta de mérito. De la declaración del sindicado pueden desprenderse algunos de los parámetros relacionados con el peligro de fuga, de acuerdo a lo establecido en el artículo 262 incisos 4º y 5º. Del CPP, ya que "para decidir en cuanto al mismo, se tomará en cuenta . el comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro

parámetros, de naturaleza personalísima, fácilmente pueden ser apreciados a través de la intermediación que el juez desarrolla durante la diligencia, en la cual le brinda la oportunidad al sindicado de manifestarse libremente en cuanto a la imputación y su derecho de petición dentro del proceso.

4 Debe tenerse presente además, la posibilidad de prescindir de toda medida de coerción en contra del sindicado, bastando para ello la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento. Esta promesa debe efectuarse ante el Juez y no ante ninguna otra persona, dada la solemnidad y naturaleza personal del acto. Es por ello que precisa para ello de la presencia del juez.

1 Debe entenderse que constituye un motivo absoluto de anulación formal el variar las formas de presentación del imputado ante juez (artículo 87 y 259 del CPP). De esa cuenta puede invocarse interpretando extensivamente- que al afectar las formas de intervención, asistencia y representación del acusado en su primer ejercicio de defensa, se configura un motivo de anulación del acto.

En cuanto a la posibilidad de La utilidad de dejar asentada la protesta correspondiente motivada por la violación al principio de intermediación, tanto en la primera declaración como en la audiencia de discusión de apertura del juicio, estriba, en que ello fundamentaría al momento de abrirse el debate, la presentación de los incidentes de violación a principios procesales y a garantías constitucionales los cuales de ser acogidos pueden provocar el sobreseimiento del proceso, como ha sucedido en algunos de los casos que se han citado en el presente trabajo.

Conclusiones que a su criterio complementan el trabajo realizado en este capítulo a efecto de compartirlas en la tutoría presencial

ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN

Después de haber leído, analizado y estudiado este capítulo, responda en el cuaderno de trabajo las cuestiones siguientes:

1. Explique porqué la ausencia del juez en la primera declaración del sindicado, es el obstáculo más importante que se presenta, tanto para éste como para el Defensor. Ejemplifique con situaciones prácticas
2. Explique el principio de inmediación y su relación con la oralidad, relacionándolo con su actividad de defensor
3. Explique cómo la inmediación se refleja en la inmediatez temporal de las resoluciones o decisiones judiciales, traduciéndose en el hecho de resolver inmediatamente después de establecer el acto
4. Describa las características de la primera declaración. Para el efecto, elabore un cuadro comparativo, anotando las últimas tres que haya realizado.
5. Explique las conductas y estrategias de defensa, que debe adoptar el defensor, ante la ausencia del juez en la primera declaración. Refiérase a los casos analizados a nivel de trabajo local con otros defensores.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Arango, Julio Eduardo. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Talleres Gráficos. Guatemala, 1995.
2. Anaya Barraza, Salvador Enrique. SELECCIÓN DE ENSAYOS DOCTRINARIOS NUEVO ^{CÓDIGO} PROCESAL PENAL. Comisión Coordinadora del Sector Justicia UTE. 1 a Edición 1998. El Salvador.
 3. Barrientos Pellecer, César. DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. Tomo 1, Magna Terra Editores, 2a Edición, Guatemala, 1997.
- Binder, Alberto. PRORED, PROGRAMA DE METODOS ALTERNOS Y JUSTICIA PENAL ICCPG. Argentina, año 2000
- JUSTICIA PENAL Y ESTADO DE DERECHO.
Editorial Alfa Beta S.A. Argentina, marzo de 1993.
6. ----- EL PROCESO PENAL. ILANUD, Guatemala, 1992
- Bodenheimer, Edgar. TEORÍA DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México, 1940.
8. Cetina, Gustavo (compilador). INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES. La Prisión Preventiva. "El Modelo Jurídico de la Prisión Preventiva". Cromográfica. Guatemala año 2000.
 9. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. ENSAYO No. 1 TRES TEMAS FUNDAMENTALES SOBRE LA FASE INICIAL DEL PROCESO PENAL. Edición 1999. República de El Salvador
 10. Esparza, Leibar. EL PRINCIPIO DEL PROCESO DEBIDO. José María Bosh Editor, S, A. 1995.

11. Ferrajoli, Luigi. RAZÓN Y DERECHO. Editorial Trotta, S.A. Madrid, España. 1989.
12. García Morales, Fanuel. LA PRISIÓN PREVENTIVA. Editorial Cromográfica. Guatemala, 2000
13. Gozaini, Osvaldo. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994.
14. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA TENDENCIA POLÍTICA CRIMINAL. Guatemala, 1999.
15. Llobert Rodríguez, Javier (compilador). REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL. Corte Suprema de Justicia/ Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Primera edición. Costa Rica 1,996.
16. Maier, Julio. DERECHO PROCESAL PENAL I. (FUNDAMENTOS). Fundamentos Constitucionales del Procedimiento. Argentina 1996.
17. Manzini, Vincenzo. TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Ejea, Buenos Aires. 1951
18. Muñoz Conde, Francisco. DERECHO PENAL GENERAL. Editorial Tirant, Valencia, España. 1993
19. Ossorio, Manuel. Edición Argentina. Editorial Heliasta, S:R:L: Buenos Aires, Argentina 1987
20. Par Usen, José Mynor. EL JUICIO ORAL EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO. ^{1ª} Edición, Tomo 1, Centro Editorial Vile, Guatemala, 1997.
21. Pasara, Luis. MINUGUA. Las Decisiones Judiciales en Guatemala. Análisis de Sentencias emitidas por los Tribunales.

"Resoluciones Judiciales en Materia Penal". página 79.
Tecnográfica, Guatemala año 2000.

22. Quiroga Lavié, Humberto. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU DEFENSA ANTE LA JUSTICIA. Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá. Colombia, 1995
23. Sagastume Gemmell, Marco Antonio. INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Universitaria. Guatemala. 1999.
24. Salazar Torres, Godofredo. SELECCIÓN DE ENSAYOS DOCTRINARIOS. UTE/UPARSJ. El Salvador
25. Schopenhauer, Arthur. EL AMOR Y OTRAS [PASIONES. LA LIBERTAD](#). Editorial Diana
26. Solórzano León, Justo Vinicio. LA PRIMERA [DECLARACIÓN. LA PRISIÓN PREVENTIVA](#). 1a Edición, Editorial Cromo gráfica, Guatemala, 2000.
27. Sierra, José Arturo. DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO. Talleres de Centro Impresor Piedra Santa. Guatemala. 2,002.
28. Zafaroni, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Sociedad Anónima Editor

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

