

Primera Declaración y Medidas de Coerción

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
M.A. Samuel Villalta Aguilar



IDPP
Instituto de la Defensa Pública Penal

Programa de Formación del
Defensor Público
Módulo de Autoformación
“Primera Declaración y Medidas de Coerción”
2.ª edición, Guatemala, octubre 2019

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Director General
Instituto de la Defensa Pública Penal

M.A. Hugo Roberto Saavedra
Coordinador de UNIFOCADEP

Autores
M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
M.A. Samuel Villalta Aguilar

Tratamiento de contenido
M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
M.A. Samuel Villalta Aguilar

Mediación Pedagógica
M.A. Georga Magdalena Guzmán García
Dra. María Eugenia Sandoval de Paz

Diseño y Diagramación
Luis Fernando Hurtarte



Instituto de la Defensa Pública Penal

Primera Declaración y Medidas de Coerción

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

M.A. Samuel Villalta Aguilar

Presentación

El “Módulo Primera Declaración y Medidas de Coerción”, que se presenta en esta oportunidad, viene a fortalecer el programa de capacitación del Instituto de la Defensa Pública Penal, dirigido a empoderar destrezas, habilidades y eficientar las capacidades de los defensores públicos, desde la fase crítica de primera declaración de los usuarios del Instituto, pues desde este primer contacto con la defensa, además de requerir empatía y calidez en la entrevista con el detenido, se requiere iniciar con el constructo de la estrategia de defensa a lo interno de la teoría del caso, y precisamente este Módulo coadyuva al abordaje sistémico de esta etapa, en la cual se dilucidará la situación jurídica de nuestros usuarios.

La Dirección General del Instituto de la Defensa Pública Penal, tiene como una de sus prioridades la capacitación permanente y continua, del talento humano de la institución, en particular de los defensores públicos, la cual se corporifica a través de la Unidad de Formación y Capacitación de Defensores Públicos, UNIFOCADEP, la cual fue responsable, a través de sus docentes, la de elaborar este texto, desde las ópticas doctrinal, legal y praxis, en armonía con los diferentes estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, que han de invocarse como ejes transversales desde la primera declaración y en medidas de coerción, pues esos Convenios o Tratados conforman

el Bloque de Constitucionalidad, con lo cual se logrará operativizar el Control de Convencionalidad.

La valía de este módulo, es constituir una metodología de abordaje aplicable a la fase de la primera declaración y medidas de coerción y sus diferentes escenarios, desde la aprehensión por parte de la Policía Nacional Civil, la fase sensible de la entrevista, del análisis del informe de policía, para que finalmente la defensa realice la presentación de los argumentos jurídicos en favor del defendido con rigor técnico-legal, así mismo se analizan el auto de procesamiento y el de prisión preventiva, entre otros temas de suma importancia, por lo que este material es un estudio holístico e integral, resultado de un esfuerzo académico por parte de los autores del mismo, de trabajo de campo y transferencia de experiencias por parte de los defensores.

Es gratificante, para la actual administración, la entrega de esta herramienta de litigación estratégica, denominada “Primera Declaración y Medidas de Coerción”, módulo que viene a sumarse como un plus en la formación académica de los Defensores Públicos, irradiando directrices de actuación de corte garantista, con un enfoque pro persona y sobre todo reafirmando buenas prácticas procesales en el defensor y construir estrategias de defensa eficaces, a efecto de lograr

todos los beneficios posibles en favor del defendido, con criterios técnico-legales sustentados en la certeza jurídica de la no comisión del delito o en el *in dubio favor libertatis*, por ende, se solicita el estudio de este Módulo a efecto de concienciar su aplicación al caso concreto.

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

Director General

Instituto de la Defensa Pública Penal

Índice

Introducción

Capítulo I

1. La Detención	15
1.1 Nociones de la detención	15
1.2 Principios mínimos limitadores del <i>Ius puniendi</i>	17
1.3 Momento de la detención	20
2. La aprehensión	24
2.1 Clases de fuerza utilizada por la Policía Nacional Civil	26
a) Fuerza inteligente	
b) Fuerza Preventiva	
c) Fuerza represiva	
2.2 El uso y abuso de la fuerza por parte de funcionarios públicos	27
2.3 Principios básicos de actuación de la Policía Nacional Civil	29
a) Principio de adecuación al ordenamiento jurídico	
b) Principio de relaciones con la comunidad	
2.4 Problemática del uso de la fuerza en la detención	31
Retroalimentación	38

Capítulo II

Primera Declaración	39
1. Entrevista al sindicado (a)	39
2. Ámbito psicológico	43
3. Ámbito jurídico	44
4. Casos concretos analizados con fundamento en la información obtenida de la entrevista	47
5. Análisis del informe policial	48
6. Presentación de argumentos de la defensa ante el juez	55
7. Estudio de la acción u omisión presuntamente típica inmersa en los hechos	59
8. Actos equívocos	60
9. Problemática de la detención por particulares	63
10. Teoría del caso	68
11. Las obligaciones de los Abogados con sus patrocinados	72
Retroalimentación	74

Capítulo III

Presunción de inocencia y privación de libertad	75
1. El <i>Ius puniendi</i> y el derecho a la libertad personal	75
2. Principio constitucional de presunción de inocencia	80
3. La Situación frente al derecho está sujeta a las reglas aplicables a todos	82
4. Medidas de coerción y estado de inocencia	83

5. Límites legales en la aplicación de medidas de coerción procesal	88
Retroalimentación	92

Capítulo IV

Contol de la Medida de coerción	93
1. El auto de procesamiento	93
2. Auto de prisión	96
3. Fundamentación del auto de prisión preventiva	100
4. Apelación del auto de prisión preventiva	104
5. Audiencia de revisión de medida de coerción	107
6. La Exhibición personal	109
a) Preventivo	
b) Reparador	
c) Correctivo	
d) Restringido	
e) Antiformalista	
7. Medio específico para la protección de la libertad	110
8. El Plazo razonable	118
Retroalimentación	126
Siglas utilizadas	127
Bibliografía	128

Introducción

Velando por el respeto de los derechos desde la perspectiva del proceso penal guatemalteco, por el debido proceso y por los derechos humanos, tomando en consideración que la persona humana es sujeto de derechos y no objeto de prueba; y que el Instituto de la Defensa Pública Penal tiene a su cargo la representación de las personas de escasos recursos económicos sindicadas de delitos o faltas; y que en su función reconoce el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, de los guatemaltecos y demás personas que no puedan pagar los servicios profesionales de un abogado de conformidad con su ley constitutiva.

Por lo que se puede afirmar que la detención de la persona acusada, tanto en flagrancia como por orden de juez competente, es una institución de suma importancia para el detenido (a), que debe ser tomada con mucha seriedad y estudiada con detenimiento, aunque en la mayoría de ocasiones que se hace el análisis correspondiente, el tiempo es el peor enemigo del defensor público, pero eso no obsta a que el análisis se haga con ligereza.

La primera declaración también es de mucha importancia, ya que en ese momento se debe evitar que se violen los derechos del sindicado (a), porque de ello depende en gran parte su derecho de libertad.

La prisión es una medida coercitiva que imposibilita al sindicado (a) su derecho de locomoción, y lo circunscribe a un ámbito reducido de movimiento, lo que va en detrimento del estado natural de la persona humana –que es la libertad- favor *libertatis*, por lo que con la finalidad de realizar una defensa técnica e idónea, se ha preparado el presente módulo, como una guía mínima, para el defensor público en el análisis de la detención, la entrevista, la primera declaración y las medidas coercitivas. El módulo está conformado por cuatro capítulos.

En el capítulo primero trata la detención, los principios doctrinarios que la informan, los escenarios y los personajes que la pueden llevar a cabo, los diferentes niveles de fuerza que puede utilizar la Policía Nacional Civil, para su ejecución y sus diferentes formas, las cuales deben ser analizadas para determinar en cada caso, si realmente se cumplen las formalidades legales, velando porque con los procedimientos llevados a cabo no se violen los derechos fundamentales de las personas aprehendidas.

En el capítulo segundo trata la entrevista al sindicado como algo fundamental que reviste gran importancia, para conocer de propia voz, las circunstancias y pormenores de la detención y la imputación, los hechos que ha sufrido y otras circunstancias; y analiza la primera declaración del sindicado, que es el momento que él decide si declara o no ante el juez competente, ya que es un derecho el declarar

y también el guardar silencio, por lo que es de suma importancia la asesoría que reciba la persona sindicada de su abogado defensor, para que conociendo los pro y contras de su declaración, decida si declara o guarda silencio, ya que de ello dependerá en gran parte, el desenlace del proceso penal que puede iniciarse y ser seguido en su contra.

El capítulo tercero contiene lo relacionado con la prisión que, de manera general, está sustentado en la Constitución Política de la República, el Código Penal y el Código Procesal Penal, también toma en consideración los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, que contienen las garantías y formalidades para restringir la libertad personal en casos estrictamente necesarios como un derecho de última ratio.

El capítulo cuarto desarrolla la prisión preventiva que se impone a través del auto de prisión preventiva, que se encuentra fundamentada en la legislación nacional guatemalteca, y en el derecho convencional de los derechos humanos, la cual es decretada por el juez correspondiente y tiene sus formalidades y límites, y también el citado capítulo contiene lo relacionado con la impugnación de la prisión preventiva y la acción de exhibición personal, que sirve para evitar vejámenes en contra de las personas que sufren la prisión, ya sea legal o ilegal, con lo cual se garantiza la integridad física de la persona y el respeto a todos sus derechos y su dignidad humana.

Capítulo I

La Detención

1.1. Nociones de la detención

Desde que el hombre apareció en la faz de la tierra, ya sea por instinto o por poder de someter al resto de hombres ha atentado sistemáticamente contra los valores: vida, dignidad, integridad y libertad entre otros.

El presente trabajo reafirma la libertad, como valor universal, entendida como el derecho humano de locomoción o derecho ambulatorio, que contrasta con su limitación: la detención. Advertimos que no se trata de la libertad en general, sino que nos limitaremos al derecho ambulatorio, el cual es coartado mediante una medida de coerción posiblemente legal o arbitraria, la temática es que tanto la o el defensor son garantes del cumplimiento de algunas garantías que deben observarse desde la detención de la o las personas y durante todo el tránsito del proceso penal, actuando como agentes de cambio e impacto intelectual en los otros agentes del Sistema penal (fiscales,

jueces, sistema penitenciario y Policía Nacional Civil). Nuestra Constitución Política de la República de Guatemala reconoce a los habitantes el derecho a su libertad personal de locomoción, pero ese derecho fundamental no es absoluto sino relativo, por lo tanto, puede limitarse, entre otras causas, por la aprehensión, prisión preventiva y condena.

El Estado-Nación, producto de erradicar la vindicta privada, asume totalmente el control punitivo *-lusPuniendi-* -hasta la presente fecha, que en ciertos casos se desborda y en otros genera impunidad. Para cumplir con esa finalidad, se sirve de un instrumento de control social jurídico penal conocido como el Derecho Penal 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)”¹

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.

¹ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, Parte General. Editorial Tirant Lo Blanch, España, 1993 Pág. 25.

1.2. Principios mínimos limitadores del *Ius puniendi*

El poder soberano del Estado, por su propia naturaleza de pertenecer al Derecho público, ejerce el denominado *summa potestas* sobre la sociedad, de tal manera que sus mandatos son de carácter imperativo y en ciertos casos coercitivo, por ello desde que el Marqués Cesare Beccaria, en su obra magistral *De los delitos y las Penas*, advirtió la crueldad y falta de razonabilidad del Derecho penal, por lo que se dedicó a analizar y proponer la humanización de la justicia penal, por ello él fue el generador del moderno Derecho penal liberal, que inspiró la configuración de ciertos principios limitadores al *Ius puniendi* estatal, con la finalidad de frenar las arbitrariedades típicas de regímenes monárquicos como resabios en el nuevo Estado- Nación, por ello afirmó que efectivamente existe el derecho a castigar por parte del ente político, sin embargo acotó que:

Continuando con Francisco Muñoz Conde:

“Toda pena que no se deriva de una absoluta necesidad es tiránica, el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos, sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones.

La necesidad obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia, el agregado de todas estas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia, es un vínculo necesario para mantener unidos los intereses particulares”.

Existe un determinado número de principios limitadores al poder punitivo del Estado, conocidos en Guatemala como garantías constitucionales, sin embargo algunos de esos derechos humanos individuales están consagrados en nuestra Carta Magna, por ello adquieren la característica de derechos fundamentales, otros derechos no están incluidos en dicho texto, pero no se excluye su aplicación; ya sea porque los mismos ingresan a través del artículo 44 o bien por el hecho de que somos parte integrante de la Carta de San Francisco, por medio de la cual se fundó la Organización de las Naciones Unidas, signada el 26 de Junio del año 1945 o bien porque somos parte de la Organización de Estados Americanos, fundada en 1948.

Estos principios son directrices de carácter universal que han sido incluidos en los diferentes textos constitucionales, en países occidentales, privilegiando el respeto de la vida, la integridad, la dignidad de la persona humana –hombre-mujer-, la libertad en todas sus facetas y demás derechos inherentes a la persona humana, como atributo y como conquistas de la evolución histórica.

A continuación, se mencionan algunos de esos principios, que naturalmente no excluye a otros, a saber:

a) Principio de legalidad

Este principio se divide en:

I. Principio de legalidad sustantivo: Que es el denominado *Nullum crimen sine lege poenale*, que opera en el ámbito dogmático penal, (Arts. 1 CP, 17 CPRG, 9 CADH y 15 PIDCYP). Este principio a su vez tiene los siguientes componentes, que lo nutren:

- 1) *Lex praevia* o ley previa;
- 2) *Lex scripta* o ley escrita;
- 3) *Lex stricta* o en la ley penal se prohíbe la analogía;
- 4) *Lex certa* o ley certera, por medio de la cual se prohíbe ambigüedades en sus verbos rectores y tipicidades abiertas.

II. Principio de legalidad adjetivo: Consistente en el juicio previo que involucra las formas del debido proceso -*Nullum crimen, nulla poena sine iudicio*- (Arts 2 CPP y 12 CPRG)

III. Principios de ejecución penal

- a) Principio de intervención mínima o de ultima ratio
- b) Subsidiaridad
- c) Proporcionalidad
- d) Presunción de inocencia
- e) Prohibición de la doble persecución -*non bis in idem*-
- f) Principio de culpabilidad
- g) Irretroactividad de la ley penal
- h) El Derecho de defensa
- i) El debido proceso

Existen libertades públicas que corresponden a toda -persona humana, entendidas como aquellas actividades que no están prohibidas por la ley y que imponen al Estado un deber de omisión a interferir las mismas y en caso de afectarse ese radio de acción debe ser justificada esa intromisión y que sea estrictamente necesaria y para el caso de la presunta comisión de un hecho delictivo deberán existir motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo cometió o participó en el mismo.

En este sentido, el Estado, en ejercicio del *ius Puniendi*, estará legitimado para detener a un ciudadano, sólo si la acción u omisión son constitutivas de delito o falta. Debido al exceso de leyes penales especiales que han generado una inflación penal, aquellas libertades públicas se han reducido, pues lo que antes era permitido hoy está prohibido, debido a que el Derecho penal tiene la característica de *prima ratio* por ello ha ingresado en ámbitos que anteriormente no lo hacía, como un verdadero control formal.

1.3. Momento de la detención

En relación a la aprehensión expone Alberto Binder Barzizza: “La 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”.² Entonces

² Binder, Barzizza, Alberto. El Proceso Penal. ILANUD, Guatemala 1992. Página 6.

la aprehensión conlleva, en ciertos casos, la utilización de violencia, uso de fuerza, por ejemplo en un allanamiento o cuando se da persecución a uno o varios sospechosos, incluso cuando se ejecuta la orden de detención librada por juez competente al existir resistencia de la persona imputada.

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 Torres³, en la selección de ensayos doctrinarios.

Advertimos que la o el defensor público no genera impunidad como falsamente se expone por algún sector de la sociedad. Estamos conscientes de los alarmantes niveles de delincuencia e inseguridad que afectan a nuestro país, pero también estamos comprometidos con fiscalizar cada una de las garantías que deben operar en el debido proceso, máxime que la teoría del etiquetamiento es la que impera en algunas detenciones, por lo que es el respetable Defensor o Defensora la única contención ante el actual Derecho penal inspirado en el denominado Derecho penal del enemigo.

El profesor Cancio Meliá, nos indica que: “El Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: En primer lugar, se

³ Salazar Torres, Godofredo. Selección de Ensayos Doctrinarios UTE/UPARSJ. El Salvador. Pág. 228.

constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro) en lugar de ser retrospectivo (el punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas”

Por su parte, Carlos Julio Lascaso, citando a Ramón Raguas, expone que “(...) en los últimos años el Derecho Penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que esta vez no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía.

En la actualidad, el Derecho Penal sustantivo está creciendo en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes; segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho Penal. Se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito”

Tampoco se trata de brindar recetarios aplicables a cada caso concreto, por el contrario constituyen verdaderos espacios de análisis con dosificaciones de doctrina, legislación y traslación de conocimientos desde la praxis, por lo que se deja en plena libertad al Defensor o Defensora en la construcción de su estrategia de defensa a lo interno de la teoría del caso, pues los aportes de este trabajo están dirigidos al fortalecimiento del nivel intelectual y no pretenden ser imposiciones de la Unidad de Formación y Capacitación.

A continuación, se analizarán ciertos momentos o escenarios que inician desde la detención hasta la resolución judicial, y que por razones didácticas se han dividido, sin embargo, en la praxis no operan químicamente puras, pues todas estas facetas actúan interrelacionadas, formando un todo, como una unidad y lucha de contrarios dialécticamente, a saber:

Escenarios o momentos de la detención



2. La aprehensión

El autor García Morales, en la obra *La Prisión Preventiva*, afirma que: “...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”⁴.

Nos auxiliamos del **conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión**⁵ para comprender el contenido del concepto detención, exponiendo que:

a) “Por “arresto” se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad; b) Por “persona detenida” se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito; c) Por “persona presa” se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito; d) Por “detención” se entiende la condición de las personas detenidas tal como se define supra; e) Por “prisión” se entiende la condición de las personas presas tal como se define supra; f) Por “un juez u otra autoridad” se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia,

⁴ García Morales, Fanuel. *La Prisión Preventiva*. Cromo Gráfica, Guatemala, 2000 Pág. 27.

⁵ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en Resolución 43/173, 09 de diciembre de 1988.

imparcialidad e independencia”. Este Conjunto de principios utiliza el concepto detención y arresto como sinónimos, en tanto que, en el léxico guatemalteco, el arresto hace referencia a las faltas o contravenciones, sin embargo, es ilustrativo para los efectos de este trabajo, que en principio, se establece que: “El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin”.

Continuando con la temática del fenómeno de la detención, interesa lo establecido por el artículo 3 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, (Resolución 34/169, 17 diciembre 1979 ONU), que 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”. Este uso de la fuerza al neutralizar al presunto implicado ha desencadenado debates en cuanto al exceso de la misma, por parte de las agencias de seguridad que incurren en abuso de autoridad, so pretexto del combate al crimen organizado, por ejemplo.

En infinidad de casos concretos los detenidos se quejan del exceso de fuerza utilizada en contra de ellos al momento de la detención o aprehensión, por ello el o la Defensora debe tener presente que existen tres niveles de fuerza ejercida por la PNC y a ellas nos referimos brevemente.

2.1. 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 cuasi-flagrancia, atendiendo a las circunstancias:

a. Fuerza inteligente: La sola presencia de agentes de la PNC se considera como disuasivo ante la sociedad, de conformidad con el artículo 10, literal c) Ley de la Policía Nacional Civil, decreto 11-97 del Congreso de la República de Guatemala, pues es obligación de la policía mantener el orden y seguridad de la ciudadanía, con presencia efectiva en calles y avenidas, por lo que aquellas personas que pretendían delinquir se abstienen de hacerlo, lográndose una prevención general;

b. Fuerza Preventiva: la misma está plasmada en el artículo 10, literal d) de la Ley precitada que prescribe que la PNC tiene la obligación de: “Prevenir la comisión de hechos delictivos e impedir que estos sean llevados a consecuencias ulteriores”, por ejemplo, los puestos de registro colocados en carreteras o el registro de pasajeros en buses o vehículos particulares, es expresión de este tipo de fuerza;

c. Fuerza represiva: que consiste en el uso de la violencia física, para repeler actos delictivos. Este es el nivel más alto que se permite a los agentes de policía, la cual debe ser:

- Excepcional
- Racional
- Proporcional
- Razonablemente necesaria.

2.2. El uso y abuso de la fuerza por parte de funcionarios públicos

Citando el artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁶ establece 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”.

En dicho texto internacional se hacen los siguientes comentarios de expertos de ONU, que literalmente indican “Comentario:

- a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.
- b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe

⁶ Adoptada en Asamblea General de la ONU Resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979.

interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes”.

Este tipo de fuerza represiva es violenta físicamente cuyos niveles se cuantifican subjetivamente, por tanto es tremendamente discrecional, pues para una persona robusta la intensidad de la violencia no es la misma que para una persona de complexión delgada, pero eso es solo teoría pues al momento de la captura de personas, máxime en operativos contra el crimen organizado la fuerza se usa en igual forma para todos y en muchos casos es excesiva y arbitraria por parte de algunos agentes de la policía nacional civil.

Si el detenido fue reducido al orden, ya no se justifica el uso irracional de la violencia física 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 y es que 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.

Actualmente es la población o comunidad la que se encarga de la detención de presuntos comisores de delitos, en ausencia de la policía, una vez aprehendidos les propinan tremenda golpiza para que delaten a sus otros compañeros. Técnicamente estos pobladores no han cometido tortura tal como lo describe el artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes ni el referido delito, tal como lo prescribe el artículo 201 bis del CP, en todo caso habrán cometido tentativa de homicidio o lesiones. Es condenable esta práctica de ciertas comunidades, pero los niveles de fuerza que hemos analizado es exigible solo a las agencias de seguridad del Estado.

2.3 Principios básicos de actuación de la Policía Nacional Civil

El actuar del agente de la PNC está regulado por ciertos principios, siendo directrices de actuación que debe respetar frente a 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 cumplimiento que deben los policías en su actuar que ha de estar adecuado a la Constitución Política de la República de Guatemala y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. (Artículo 12.1. de la ley Orgánica de PNC) Lo criticable es que muchos de nuestros agentes desconocen la parte dogmática de la Carta Magna y menos de los Tratados, que es una falencia en su profesionalización. Es recurrente que en los informes de policía se procedan a citar ciertos artículos de la Constitución, y al interrogar al policía en debate no conozca el contenido, sin embargo, se procede a indicar en las prevenciones policiales lo siguiente:

Dirección General. Policía Nacional Civil de Guatemala. Sección de Coordinación de turno. Parte policial número: “...A la aprehendida se le hizo saber por escrito y verbalmente, sus derechos contemplados en los artículos 7 y 8 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Del señor juez deferentemente...”

b) Principio de relaciones con la comunidad:

Postula esta directriz una exigencia al policía consistente en 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 ante el fiscal o juez en todo caso concreto, el uso excesivo de la fuerza represiva e irrespeto de los principios relacionados al momento de una detención y en su caso, pedir se certifique lo conducente contra el o los agentes captores.

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

2.4. Problemática del uso de la fuerza en la detención

En su quehacer diario el defensor se encuentra ante casos en los cuales el detenido afirma que 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.

Con el objeto de ilustrar esta problemática, nos permitimos citar un caso:

Policía Nacional Civil. APREHENDIDO: el día de hoy a las 18:35 horas, en la plazuela de esta jurisdicción, por el suscrito y los agentes de PNC...MOTIVO: Cuando efectuábamos un recorrido de rutina en el lugar y hora descrita, sorprendimos flagrantemente al hoy detenido...Se hace de su conocimiento señor juez que el hoy detenido, presenta varios raspones en el cuerpo..."

La defensa deberá inquirir sobre el modo, tiempo y lugar en que ocurrió el acometimiento al o los detenidos y qué agente o agentes son los responsables, ya sea identificando el nombre del PNC que le aparece en la camisa o reconocimiento físico de los agresores si es posible. Además, interesa averiguar cuál fue la finalidad de esos golpes.

Podría darse el caso de que el actuar de la policía haya sido sólo golpear sin más finalidad, sin justificación o bien la agresión física fue ejecutar el elemento teleológico contemplado en la tortura que sería más grave la responsabilidad de los captores, sin embargo, el o la defensora debe asumir la estrategia de asistir a la imputada víctima de ese acometimiento, por lo que nos permitimos recomendar lo siguiente:

- 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, fotográfica o celular, se le pedirá al Juzgador hacer un reconocimiento corporal al detenido, por razones de urgencia, para que aplique la inmediatez procesal y consignarse en el acta de declaración esa situación, pidiendo al juez que se describa lo que se observa. Consultar los artículos 78 y 194 CPP.

- En casos extremos no se excluye el auxilio de un Notario, que redactará el acta respectiva, haciendo constar esos extremos.

- Tómesese 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 para declarar.

- Solicitar atención médica al INACIF para la evaluación forense y lograr establecer las lesiones. El artículo 1 de la CPRG. puede invocarse, pues consagra la Teoría Personalista que postula que el Estado se encuentra al servicio de la persona. 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, en su caso al MP o Procuraduría de los Derechos Humanos, incluso en la propia institución policiaca, para iniciar la investigación interna.

- También pueden considerarse vulneradas disposiciones de carácter internacional que tienen preeminencia sobre el derecho interno: a) Los principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobados por la Asamblea General de la ONU en Diciembre de 1988; b) La Convención Contra

la Tortura, especialmente el artículo uno párrafo primero que considera tortura: “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, informaciones o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia.”

· En casos extremos, y como producto de que el derecho interno no respondió, el o la defensora podría presentar queja ante la Comisión interamericana de Derechos Humanos, para lo cual podrá descargar el formulario electrónico en el portal de la CIDH: <http://www.cidh.org/denuncia.esp.htm>

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. 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 (Artículos: 61.1. 63 y 66 de la CADH). En caso de presentarse esa situación se debe

invocar la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura 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 evidencia y prueba recabada, por el MP, en contra del o los imputados no tendrá valor probatorio con fundamento en la teoría del fruto del árbol envenenado, por ende, es prueba inadmisibile de conformidad con el artículo 183 CPP.

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.

El defensor/a podría apoyarse en el Protocolo de Estambul, que es un manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes elaborado por expertos y presentado a Naciones Unidas, y nos permitimos transcribir un extracto de ese protocolo y que puede ser consultado en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>

“B. Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

78. Los principios que a continuación se exponen representan un consenso entre individuos y organizaciones con experiencia en investigación de la tortura. Entre los objetivos de la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en lo sucesivo torturas u otros malos tratos) se encuentran los siguientes:

- a) Aclarar los hechos y establecer y reconocer la responsabilidad de las personas o los Estados ante las víctimas y sus familias;
- b) Determinar las medidas necesarias para impedir que se repitan estos actos;

c) Facilitar el procesamiento y, cuando convenga, el castigo mediante sanciones disciplinarias de las personas cuya responsabilidad se haya determinado en la investigación, y demostrar la necesidad de que el Estado ofrezca plena reparación, incluida una indemnización financiera justa y adecuada, así como los medios para obtener atención médica y rehabilitación”.

Interesante resulta el tercer párrafo del artículo 201 bis CP, con el cual se justifican las agresiones físicas excesivas provocadas por la PNC en contra de los detenidos, el cual prescribe: “No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en el resguardo del orden público”, con lo cual se permiten esas viejas prácticas de regímenes dictatoriales.

En el escenario de la aprehensión del o los sindicados, es obvio que la o el Defensor no están presentes, por lo que esa verdad histórica la sabrán exclusivamente los procesados, y ante una denuncia de maltrato físico o tortura, el rol del Defensor/a será el de darlo a conocer al juez y fiscal, para que se inicie la investigación por el MP, hasta allí llegaría su intervención, por lo que estaríamos ante dos vías paralelas: una es la defensa de los procesados en el proceso penal y otra investigativa de la tortura, por ejemplo, a cargo del MP.

Retroalimentación

A continuación, se presenta una serie de preguntas de falso y verdadero

1. ¿El poder soberano del Estado corresponde por su propia naturaleza al Derecho público?

Falso

Verdadero

2. ¿Una de las formas en que se permite la fuerza represiva policial es la coacción?

Falso

Verdadero

3. ¿Es característica del derecho penal del enemigo suprimir garantías procesales?

Falso

Verdadero

4. ¿El principio nullum crimen sine lege poenale, se refiere a prohibir la analogía?

Falso

Verdadero

Capítulo II

Primera Declaración

1. Entrevista al sindicado (a)

La entrevista al sindicado reviste gran importancia para conocer de primera mano lo sucedido en su caso, por ser el protagonista del drama penal, y por ende interesado en que su situación se aclare, ya que de ello depende su libertad o su prisión.

A través de la entrevista el abogado (a) defensor (a) conoce a su patrocinado (a) y éste a él o ella, por lo que es muy importante tener un buen acercamiento, en virtud que el sindicado posiblemente se encuentra preocupado por la situación jurídica que enfrenta -un posible proceso penal-.

La entrevista se debe realizar en privado, siempre que las circunstancias lo permitan. Si el sindicado se encuentra –en carceleta- con

otros detenidos, se debe tratar en lo posible que los demás no se enteren de lo que está narrando.

Para que tenga confianza en el defensor, éste le debe hacer saber que lo que diga es sólo entre ellos, que nadie más aparte de él como defensor –entrevistador- se enterará de su dicho; y que le cuente los hechos como sucedieron, que usted tendrá cuidado de no dar a conocer al juez hechos que le puedan perjudicar.

Un aspecto muy importante es el tiempo, que es sumamente limitado y se debe aprovechar al máximo, le debe informar que usted como su abogado tiene muy poco tiempo al igual que él como sindicado, y que es el tribunal el que les concede tan poco tiempo, debido a las audiencias que debe atender. Por lo que ambos deben aprovechar el tiempo para comunicarse antes de entrar a la audiencia, que después tendrán más tiempo para conversar acerca del delito que se le imputa, conseguir pruebas y hablar con familiares o conocidos de él para ayudarlo.

El Abogado Defensor le debe prodigar un trato digno a la persona sindicada, hablar con gentileza y cortesía, ya que es muy probable que haya recibido malos tratos de agentes de policía, de personas que lo aprehendieron, si fuera el caso, o de personas que lo acusan, no obstante existe la posibilidad, que se haya presentado por sus propios medios al tribunal sin que nadie lo haya conducido; el respeto

es muy importante, le debe poner atención y demostrarle que su caso le interesa como defensor, que le tiene consideración, ya que la persona espera que su abogado se interese por su caso; debe existir sinceridad y hacerle saber la realidad y su situación jurídica, si se va quedar preso o si va a salir libre, la magnitud de la imputación que se le hace, las evidencias que existen en su contra, hacerle saber que va apelar la prisión preventiva en caso que se quede preso, siempre que el delito permita la apelación.

El Abogado Defensor debe estar consiente que todo en su persona comunica algo al sindicado, como la forma de presentarse, la forma de hablar, de pararse, de vestir, sus gestos, si son de aprobación o de desaprobación, debe transmitir confianza y seguridad como su abogado defensor, presentándose como tal y haciéndole saber que está con él no para juzgarlo, sino para defenderlo, que él puede hablar con usted con toda confianza, que usted como profesional del derecho tiene obligación de guardar silencio y confidencialidad de todo lo que él le diga y que así lo hará. Dicha comunicación le hará mucho bien al sindicado (a).

El defensor (a) obtiene todos los datos e información de lo que ocurrió, versión de la verdad proporcionada por el sindicado o sindicados, además él o la defensora percibirá el ámbito psicológico, aplicando los ejes transversales de género, multiculturalidad o en su caso, el de niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal.

El primer contacto que tiene el sindicado/a con su defensor/a 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.

En la entrevista se le deberán indicar sus derechos constitucionales, se le explicará las consecuencias jurídicas si desea declarar o si se abstiene, y en caso de pertenecer a un grupo étnico podrá solicitarse un intérprete. Se deberá averiguar si fue expuesto a los medios de comunicación antes de declarar ante juez e importante es establecer la edad, pues si es adolescente, deberá ser escuchado por juez especializado, con ello conoceremos sus factores bio-psico-sociales y eventuales pruebas que podrían favorecerle.

Actualmente las personas detenidas, implicadas presuntamente en el crimen organizado no brindan ninguna información y se abstienen a declarar, por lo que no colaboran con la o el defensor, construyendo una barrera desde el inicio de la entrevista, lo cual no será ningún impedimento en el ejercicio de la defensa técnica.

A continuación, analizaremos algunos ámbitos que han de ser explorados por la o el defensor, cuya información servirá para la construcción de la estrategia de defensa, en la teoría del caso:

2. **Ámbito psicológico**

a) El sindicado debe estar en el pleno uso de sus facultades mentales y volitivas al momento de prestar declaración. Podría percibirse 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, por presiones de tiempo del juez, por ejemplo, el defensor/a deberá dejar constancia de esa alteración y reclamar por un defecto absoluto, de conformidad con 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, para suspender el proceso penal, en su caso. Fundamento Legal: Artículos 76, 77 y 78 del CPP;

c) De la información obtenida, la defensa podrá advertir en caso de ser mujer, si la detenida fue objeto de violencia cíclica por parte de su pareja, con la finalidad de constatar las categorías de género: androcentrismo, familismo, sobre generalización, doble parámetro entre otras, así mismo detectar algunos síndromes como el de indefensión apprehendida, de mujer maltratada o de Estocolmo, por ejemplo, que afectaron su psiquis y por ello cometió determinado delito en contra de su conviviente o cónyuge;

3. **Ámbito jurídico**

Consiste en verificar por parte del defensor/a, si se han respetado los Derechos Humanos y Garantías Constitucionales del 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, contenidos en los artículos 6 y 8 de la Carta Magna. Ese plazo se puede verificar con el sello de recepción que el Juzgado coloca en el informe policial;

b) El derecho a un defensor e intérprete. Artículos: 90 CPP; 14.3 literal a) del PIDCP; 8.2 literal a) CADH y 142, párrafo final, del CPP. En este tema se le advertirá al o los imputados que podrán ser asistidos por un defensor (a) de su entera confianza si lo desean. En cuanto al derecho al intérprete que tiene el detenido que pertenece a un grupo étnico, nos apoyamos 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;

c) En ciertos casos podrá apoyarse la estrategia de defensa en la teoría del error de prohibición. Aunque en nuestro sistema penal, no se encuentra regulada expresamente. Esta doctrina postula que el

detenido debió estar en el pleno goce de sus facultades mentales y volitivas al momento de realizar la acción u omisión delictiva y tener pleno conocimiento de que su actuar es delictivo. Este conocimiento se adquiere por el hecho de que el Estado anunció 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 determinado actuar que desconocía, ignoraba la existencia de la norma jurídico penal. Podría aplicarse esta tesis en el caso de extranjeros o de algún detenido que pertenece a un grupo étnico;

d) El derecho a no ser objeto de prueba. Aun cuando la Corte de Constitucionalidad en los expedientes 1748-2007, 3266-2007 y 2562-2011, se ha pronunciado afirmativamente sobre dicho extremo, debemos considerar que la voluntariedad del sindicado no ofrece ningún problema, debe prevalecer el consentimiento informado; el problema surgiría si se pretendiese obligarlo, pues, conforme a nuestro criterio, no debe invadirse la esfera de la Dignidad Humana y por consiguiente la Integridad Personal, ello puede hacer concurrir una causal de tortura o un trato cruel, inhumano o degradante, según instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, que guardan cierta correspondencia con derechos fundamentales resguardados por nuestra Constitución. Esto significa que, con fundamento a una interpretación extensiva, del artículo 16 de la Constitución, no debe ser obligado a someterse a ciertos exámenes médicos o toma de muestras de su cuerpo. En la praxis algunos

juzgadores ordenan estos peritajes, y en contra de la voluntad del procesado proceden los médicos forenses. Si ese fuere el caso, el o la defensora deberá presentar una actividad procesal defectuosa (artículo 283 CPP) y apoyado por la teoría del fruto del árbol envenenado, esas pruebas serán nulas *ipso jure*;

e) Podrá verificarse si se ha incumplido con el principio de la debida diligencia, contenido en el artículo 7, literal b) de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como Convención Belén do Pará. Sucede que en ciertos casos la fémina que fue objeto de violencia contra la mujer por parte de su pareja, denunció esa violencia cíclica a la PNC o MP, que no actuaron a tiempo y con profesionalismo, por lo que a la mujer no le quedó otra alternativa que defenderse de su cónyuge o pareja. En estos casos el Estado es responsable de no prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, vulnerando el principio de la debida diligencia, por ende, no tiene legitimidad para acusar a la fémina, si éste falló en tutelar al segmento mujer;

f) Podrá argumentarse la autoría mediata que consiste en que el autor intelectual de un determinado delito, utiliza como medio o instrumento a otra persona que desconoce que está cometiendo un delito.

g) Con la información obtenida en la entrevista, el o la defensora estará en la posibilidad de encuadrar la conducta del o los procesados en determinado tipo penal, que más le beneficie, ya sea con atenuantes o no y podrá verificarse si existe algún eximente de responsabilidad

penal o excusa absolutoria, inclusive, si existe detención ilegal, en su caso aplicar el enfoque de género o la pertinencia multicultural. 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, sin embargo, se aconseja conocer la imputación antes de conversar con o los imputados para contrastar la notitia criminis con la versión de los procesados.

4. Casos concretos analizados con fundamento en la información obtenida de la entrevista

La fémina fue detenida el 18 de febrero del año...sindicada del delito de parricidio, pues dio muerte a su cónyuge con machete, en su casa de habitación, ubicada en aldea.... Es presentada ante juez competente y asistida por Defensor público. Se acompañó la evidencia del machete. El fiscal imputó el delito de parricidio.

La defensa logró detectar sesgos de género y que ella actuó como producto de haber padecido de violencia cíclica, por lo que pidió participar en una mesa técnica multidisciplinaria integrada por la Coordinadora de Género, un psicólogo, trabajadora social y el propio defensor. Se concluyó que ella actuó así, debido al exceso de violencia tanto física como psicológica por parte del cónyuge, que constantemente la agredía, información obtenida de entrevistas realizadas en centro carcelario por los referidos especialistas. Se

afinó la estrategia con el peritaje de género y se invocó el miedo invencible como eximente de responsabilidad penal y la Convención Belén Do Pará, artículo 3: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”, por ello fue absuelta.

En otro caso concreto, la fémica fue acusada del delito de extorsión, debido a que ella fue a traer el dinero producto de la extorsión, pues el marido le pidió que fuera ella, explicándole que se lo estaban prestando. Al momento de la supuesta entrega, es detenida y presentada ante juez penal. Al aplicar la tesis de la autoría mediata, se expuso por parte de la defensora, que ella fue utilizada por su cónyuge al pedirle que fuera traer el dinero que le estaban prestando, por tanto, ella no sabía nada de la extorsión, fue usada como instrumento, por lo que quedó en libertad.

5. Análisis del informe policial

Advertimos 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”.

Desde el aula universitaria, se no enseñó en el curso de Derecho procesal penal, que los actos introductorios al proceso penal son:

- La denuncia
- La querrela
- El conocimiento de oficio

En nuestro código procesal penal se hace referencia como actos introductorios la vía fehaciente y la prevención policial.

En el artículo 289 del CPP se establece la finalidad y alcance de la persecución penal, al prescribir que: “Tan pronto el Ministerio Público tome conocimiento de un hecho punible, por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente...” Se podrá analizar que esa frase “por cualquier otra vía fehaciente” es el asidero legal para las denuncias anónimas. En este precepto se enfatiza que la notitia criminis será del conocimiento exclusivamente del MP, atendiendo a la escrita legalidad y con un criterio restrictivo, por ende, se considera que no podría la policía conocer hechos por la vía fehaciente y si lo hace sería ilegal, en todo caso, la PNC podrá conocer hechos delictivos ya sea por denuncia, por el conocimiento de oficio o prevención policial.

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

a) Serán los funcionarios y agentes policiales los que conocerán la notitia criminis en delitos perseguibles de oficio. El término funcionario público será aplicado a todos los servidores de la administración pública, excepto los del MP.

b) Estos funcionarios o policía deben informar inmediatamente al MP de ese hecho punible. Actualmente la policía cumple únicamente con este requisito, descuidando los otros requisitos de la prevención.

c) Deberán practicar inmediatamente una investigación preliminar. En la práctica detectamos que en ciertos casos no se realiza esa investigación. Esta investigación podría involucrar el procesamiento de 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. Además del ejercicio intelectual, del análisis de la prevención, debe realizarse un ejercicio práctico: en lo posible constituirse las veces que sea necesario en la escena del crimen. Ha habido casos en que el defensor regresó a la escena, midió las distancias, comprobó existencia de lugares, etc. y en general, estuvo en mejores condiciones para ejercer su defensa con un mejor conocimiento del caso.

d) El defensor debe dejar constancia de ese incumplimiento en la diligencia de declaración del detenido en aquellos casos en que debió

investigarse más. No generalizamos esta investigación a todos los delitos, pues los graves y de mayor riesgo que son de alto impacto efectivamente son objeto de una profunda investigación, pero en aquellos de bagatela debe exigirse la investigación preliminar.

e) Implica 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 número 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 sí o por medio de peritos.

Acuerdo Marco Interinstitucional para la implemmentación efectivo a las Reformas al Código Procesal Penal por el MP, CSJ y Defensa del 31/08/2009, se acordó en el artículo 1, literal n) que las evidencias podrán ser fiscalizadas por el defensor en el lugar que se encuentren, solicitándole al juez contralor autorización para dicho extremo.

f) Otra finalidad de la prevención es evitar la fuga u ocultación de los sospechosos.

g) Aplican algunas reglas del procedimiento preparatorio a cargo del Ministerio Público.

h) De todo lo actuado se redactará el acta respectiva que será remitida al Ministerio Público en el plazo de tres días, de conformidad con el artículo 307 CPP.

Una mala praxis, de algunos juzgadores, es resolver mecánicamente y sin prueba aportadas por el MP, utilizando para ello el silogismo jurídico:

- Premisa mayor constituida por la o las normas jurídicas que contienen los delitos imputados;
- Premisa menor conformada por la imputación de los hechos realizada por el fiscal;
- El por tanto o parte resolutive de la decisión judicial, consistente en prisión preventiva.

Por ejemplo, en la detención de tres o más personas, el fiscal imputa los delitos de conspiración, asociación ilícita y exacciones intimidatorias, afirmando ante el juez, que son miembros de una estructura criminal sin aportar prueba alguna que demuestre que efectivamente pertenecen al crimen organizado, sin embargo, el juzgador los liga a proceso y dicta prisión preventiva por esos delitos. Resulta que el juzgador resuelve oralmente el silogismo aceptando los argumentos de los fiscales, dejando en prisión a los supuestos miembros de la criminalidad organizada. Lo alarmante de este tipo de casos, es que el MP nunca utilizó los métodos especiales de investigación como lo sería escuchas telefónicas o agentes encubiertos, tal como

están regulados en la Ley contra la delincuencia organizada y en el Acuerdo Gubernativo 158-2009, por ende, no existe prueba alguna. Esa resolución es más presuntiva y de pronóstico, pues a futuro se probará la estructura criminal, tal como lo preceptúa el artículo 2 de la LCDO lo cual vulnera el principio de certeza jurídica establecido en el artículo 2 de nuestra Carta Magna, se manda seguridad jurídica en todos los actos y resoluciones judiciales, y en este caso lo que se está generando es incertidumbre, pues en ciertos casos concretos no se realizó la investigación preliminar de la prevención policial y tampoco en la etapa preparatoria se logra probar nada, por lo que al llegar el caso al tribunal se dicta la sentencia absolutoria, por falta de pruebas.

Por esa razón, es imperativo que la o el Defensor, expongan esa falencia investigativa, y que por lo tanto la prevención policial es inoperante, afectando al o los imputados en su derecho ambulatorio sin contar con las pruebas idóneas. Algunos fiscales afirman que durante la etapa de investigación se probará la estructura criminal, pero a través de la investigación preliminar se debió recolectar alguna prueba sobre esa organización, pero como no se realizó, se espera a futuro esas pruebas.

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 el 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;
- La investigación preliminar erradicaría el silogismo mecánico tipificado, utilizado por el Juez actualmente, pues fundamentará su resolución judicial en pruebas mínimas y no sólo se basará en el informe policial;
- El defensor, desde las primeras instancias del proceso penal, tomará dominio de la escena del crimen y evidencia; y
- Si la investigación preliminar es efectiva provocará el juzgamiento en un plazo razonable.
- Existe la mala praxis de algunos fiscales de que al intimar al o los imputados se dedican a la lectura del informe de policía, ante lo cual el defensor/a deben protestar de conformidad con el artículo 282 CPP, debido a que se está vulnerando el principio de oralidad, pues el exceso de lectura denota que no existió preparación del caso por parte del MP y se recurre a la cultura del expediente, sustituyéndose la oralidad.

Otra mala praxis fiscal, es que al final de la intervención ofrece como prueba la prevención policial más otros documentos, lo cual es anti técnico, pues ese informe de policía es un acto introductorio del proceso penal y no un medio de prueba con lo cual se tergiversa

su naturaleza. Esta mala práctica es utilizada para dar a conocer al juzgador cierta información que aún no se tiene en acta ministerial, tal el caso de que no se han escuchado a los agentes de policía, que procedieron a la detención cuyos nombres de los captores aparecen en la prevención o bien ciertas direcciones, por ello se ofrece como prueba. Frente a ese anti tecnicismo el defensor/a debe refutar ese ofrecimiento argumentando que en el capítulo III, del libro segundo del CPP, están los “Actos introductorios” y allí está la prevención policial (artículo 304) y si bien es cierto que existe la libertad de prueba regulada en el artículo 182 CPP, no significa tergiversar institutos procesales, por tanto, ese ofrecimiento debe ser rechazado por el o la juez penal por impertinente. Se insiste que el MP con fundamento en la investigación preliminar debió recabar la prueba mínima, con el hecho de escuchar a los agentes de la PNC, y no sustituir esa diligencia con lo indicado en la prevención policial.

6. Presentación de argumentos de la defensa ante el juez

De conformidad con el artículo 82 del CPP en la sala de audiencias el juzgador le otorga la palabra al fiscal para que intime los hechos, en tiempo, modo y lugar, además la exposición de los elementos de convicción que tienen en ese momento para lograr la subsunción de uno o varios delitos. Este artículo es exigente en cuanto a que el fiscal debe presentar los medios de investigación y que en la praxis es vulnerado el numeral 1, del citado artículo, pues al intimar por ejemplo los delitos de conspiración y asociación ilícita, no se prueba

que los detenidos pertenezcan al crimen organizado, sin embargo, el juzgador acepta dichos argumentos y los tipifica.

Existen ciertos casos que por su grado de complejidad de por si generan indefensión para los imputados, pues en la audiencia de primera declaración se ofrecen escuchas telefónicas y videos de seguimiento y un sin número de diligencias practicadas durante la investigación del grupo criminal.

La primera limitante es la entrevista con los imputados, pues los mismos permanecen con los grilletes en la carceleta ya sea del sótano de la torre de tribunales o las construidas en ciertos juzgados y no es posible hablar en un espacio privado y cómodo, máxime si es un juzgado de mayor riesgo y los agentes del sistema penitenciario tienen órdenes de no quitárselos, inclusive, así declaran, por razones de seguridad. Aquí se está vulnerando el artículo 8.2. b) y c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el lugar no se presta para una efectiva comunicación con el imputado.

Una vez leída la imputación que obra en el informe de policía y lograda la cuasi entrevista y llenados los formularios respectivos, el o la Defensora deberá afinar la estrategia de defensa en la teoría del caso antes de esbozar sus argumentos jurídicos ante el juez penal. De conformidad con el instructivo 03- 2009 de Dirección General del Instituto de la Defensa Pública Penal, en su artículo 11 prescribe

literalmente: “Ajustada a cada caso y contemplando los elementos técnicos componentes y complementarios entre sí, que en principio deben coincidir, en cuanto a la plataforma fáctica, plataforma jurídica y plataforma probatoria, la estructura de la estrategia de defensa, debe contener:

- a) Síntesis de los hechos y análisis jurídico penal;
- b) Acciones procesales del defensor público;
- c) Diligencias de apoyo a la Coordinación técnico profesional;
- d) Objetivo final.

No es técnico presentarse ante el juez sin una clara estrategia de defensa, cuya mala praxis sería solo refutar el delito sin un análisis de la teoría del delito y en su caso si las pruebas son pertinentes y lícitas. Por ello el defensor/a debe estar habido en la temática de la teoría del caso.

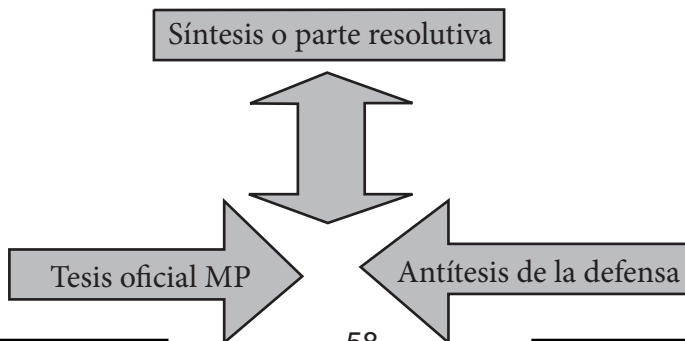
La teoría del caso es el planteamiento metodológico que cada una de las partes debe realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con la finalidad de dotar de un solo sentido, significado u orientación a los hechos, normas jurídicas –sustantivas y procesales -, así como el material probatorio –también conocido como evidencias-. Esta teoría está nutrida por la teoría de la norma, la teoría del delito, la teoría de la prueba y teoría del

proceso. Es una técnica de litigación estratégica cuyo dominio es imperativo para una efectiva acusación y defensa naturalmente.

Esta herramienta permite sistematizar la información del caso, obtenida en la entrevista y datos del informe policial con lo cual se logrará:

- Realizar un análisis estratégico del caso
- Ordenar y clasificar la información del caso
- Adecuar los hechos al tipo penal, lo cual servirá para defender la tesis
- Determinar qué es lo que esperamos de la investigación
- Seleccionar la evidencia relevante
- Detectar debilidades propias
- Identificar las debilidades de la parte contraria

El o la defensora deberá estudiar las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas del caso, facilitando la organización de los medios de prueba a favor del o los imputados, lo cual implica que el análisis del caso sea dialectico y nunca estático, entre la tesis oficial y la antítesis de la defensa.



Es de suma importancia estudiar en la teoría del caso:

- Teoría fáctica: modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos;
- Teoría probatoria: evaluar los medios de prueba a favor de los procesados;
- Teoría jurídica: estudio del elemento descriptivo, valorativo y subjetivo del tipo penal provisionalmente imputado y alternativas de otros tipos que beneficien al imputado/a, inclusive principios o teorías aplicables al caso concreto.

El informe policial por sí solo, brinda información parcial que debe complementarse con lo expuesto por el o los detenidos, y con la finalidad pedagógica se procede al análisis de algunos informes de policía, para lo cual aplicaremos en forma dosificada algunos elementos doctrinarios, legislación y praxis, a saber:

7. Estudio de la acción u omisión presuntamente típica inmersa en los hechos

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.

Se debe tener presente 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 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 tesis, 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.

8. Actos equívocos

Definitivamente los actos de toda persona son interpretados de diferentes formas por otras personas que nos observan. El agente de la PNC y captor también interpreta los diferentes actos del ciudadano

para proceder a la detención respectiva en caso de flagrancia o cuasi flagrancia. El problema surge cuando se interpretan esos actos erradamente considerándolos delito.

Aquí estamos en presencia de los denominados *actos equívocos*, que son aquellos que, al interpretarse por terceras personas, no brindan certeza jurídica de ser constitutivos de delitos, no revelan la intención delictiva (el dolo); surgen muchas apreciaciones subjetivas que conducen a equivocaciones generando duda. Un ejemplo es cuando el agente captor observa a una persona con las manos adentro del suéter que porta.

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 preparatorios 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.

El siguiente caso es un ejemplo que refleja esta problemática:

“Señor Juez... Aprehendido: el día de hoy por los agentes de PNC: XXX, quienes informaron que, a eso de las diecinueve horas, el detenido se encontraba parado en la puerta de la casa ubicada en la primera calle número...propiedad del señor YYY con intenciones de apoderarse de objetos de valor de la referida casa. Se pone a su disposición...El MP imputó el delito de robo en grado de tentativa”

El 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 y así resolvió el juez otorgando la falta de mérito. No existe duda de que fue una detención ilegal, por lo que hubiera procedido una exhibición personal por violar la garantía constitucional contenida en el artículo 6 y por no existir acción penalmente relevante tal como se preceptúa en el 17 CPRG; 9 CADH; 15 del PIDCYP y 82 de la Ley de Amparo.

9. Problemática 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 actualmente varias problemáticas, que procedemos a analizar:

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 no existir delito alguno. 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/a, 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. Actualmente los comunitarios toman la justicia por su propia mano al extremo de golpear fuertemente al o los detenidos, inclusive, lincharlos, por lo que la escena del crimen y evidencias se pierden por

la trifulca, quedando muchos casos en la impunidad al dar muerte a los supuestos mareros o delincuentes;

d) El agente captor se equipará 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.

f) Pedir la falta de mérito, pues la detención podría ser por factores revanchistas, clamor popular o bien malos entendidos, además la regla general es que no existe evidencia alguna sino que solo especulaciones, inclusive, procedería una exhibición personal por detención ilegal, ya que la comunidad procedió a la detención por especulaciones y a los agentes captores no les consta nada de las imputaciones y si actuaron aprehendiendo al o los detenidos, fue por presión de la comunidad, caso contrario los linchan.

g) En algunos casos los pobladores detienen y golpean al sindicado, para que indique en donde están los otros coautores, caso contrario lo amenazan con lincharlo, ante lo cual éste indica nombres y lugares en que aquellos se encuentran. Aquí opera la teoría del fruto del árbol envenenado, pues el sindicado actúo bajo violencia física y psicológica, por ende, la detención de todos los imputados es *nula ipso jure*.

Resulta interesante analizar el caso de violencia contra la mujer, ejercida por el conviviente en contra de la pareja e hija, permitiéndonos transcribir los párrafos más importantes de una prevención policial:

“Dirección General. Policía Nacional Civil de Guatemala. Parte policial número P 99902012 503. Aprehendido: Hoy 14 de febrero del año...siendo las 13:00 horas en la 2 calle...zona 6, ciudad, por los agentes...Motivo: Manifiestan los agentes captores que siendo las 12:55 horas, haciendo un recorrido de seguridad ciudadana, la Operadora de Radio de Transmisiones del Sistema 110, les ordenó que se constituyeran a la dirección antes indicada a verificar una agresión. Al llegar al lugar observaron cuando un individuo de sexo masculino, agredía a bofetadas y puntapiés a 2 personas de sexo femenino, siendo reducido al orden por el agente...quien se encuentra oloroso a licor o bajo efectos de alguna droga. En el lugar se encontraba la señora XXXX de 33 años y su hija YYY de 13 años, indicándole a los captores que es conviviente del hoy aprehendido, la señora XXX no presenta ningún golpe visible y la menor indicó que tiene un golpe en la cadera lado derecho, fueron remitidas al médico forense para su respectiva evaluación”.

El mismo día en que fue escuchado el detenido, el fiscal intimó los hechos y pidió al juzgador dejar en prisión preventiva por el delito

de violencia contra la mujer, contenido en el artículo 7 de la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer en su manifestación física.

El fiscal argumentó que la señora XXX sufrió golpes no visibles tal como lo declaró ante el MP en tanto a la adolescente, al escucharla en sede fiscal indicó tener un golpe en la cadera, con esas afirmaciones está demostrado que existió violencia física extrema por parte del detenido, que se encontraba en estado de ebriedad, por tanto, es autor del delito de violencia contra la mujer.

El defensor/a aplicó a la base fáctica la teoría de la prueba, como un componente de la teoría del caso, estableciendo la omisión de peritaje médico forense para reforzar el argumento de la violencia física y menos algún examen de alcoholemia, por lo que el fiscal se basó para la imputación exclusivamente con los datos de la prevención policial y las declaraciones de las víctimas, por lo que existieron falencias probatorias, incumpliendo el artículo 181 del CPP que contempla en principio de objetividad, pues el MP con la finalidad de averiguar la verdad debió recolectar los medios de prueba idóneos.

Además, en la estrategia de la defensa se aplicó la teoría jurídica, como otro elemento de la teoría del caso, al refutar la subsunción efectuada por el fiscal, pues ese delito tiene varios tipos de violencia

y diferentes literales que contienen supuestos de hecho distintos, por ende, la imputación es defectuosa. Esa mala praxis fiscal debe evidenciarse por el Defensor/a, vulnerándose el principio de legalidad sustantiva (artículo 17 de la CPRG y 1 CP) puntualmente al generarse incertidumbre jurídica al pretender tipificar todo el universo de escenarios y supuestos jurídicos contenidos en ese delito, sin pruebas.

El juez con un excelente criterio garantista dictó la falta de mérito, acogiendo el argumento de la falta de prueba pertinente de la imputación.

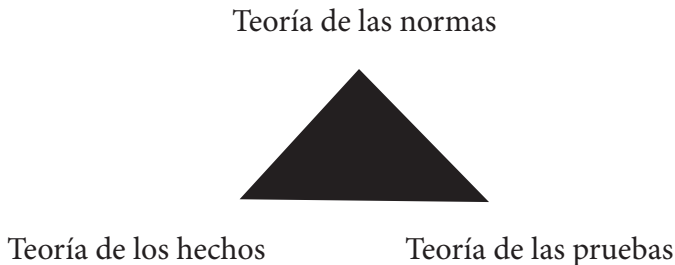
Por ello se aconseja al o la Defensora pública tener presente las características de la teoría del caso, en cuanto a la presentación de sus argumentos jurídicos, previo análisis de la teoría fáctica, teoría probatoria y teoría jurídica, para una eficaz construcción de la estrategia de defensa, la cual debe ser:

- a) Sencilla: Debemos presentarla con elementos claros, no debemos tratar de sorprender al Juzgador con palabras rebuscadas, ya que corremos el riesgo de que el mensaje no llegue correctamente.
- b) Lógica: Se debe guardar coherencia lógica en cada proposición que se presente, en consonancia con las normas aplicables.

c) Verosímil o creíble: Debe ser presentado como un acontecimiento real. La credibilidad se muestra en la medida que logre persuadir al juzgador.

d) Debe estar sustentada en el Principio de Legalidad. La Teoría del caso al ser un instrumento destinado a la organización de nuestro plan dentro del proceso, debe estar basada en el derecho aplicable al caso concreto.

10. Teoría del caso



En esta audiencia de primera declaración, tal como está regulada en el artículo 82 del CPP, el juzgador deberá observar lo establecido en el Reglamento Interior de Juzgados y Tribunales penales, Acuerdo número 24- 2005 de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 20, el cual prescribe que:

“20. Definición. La audiencia es el acto procesal por medio del cual, el juez o tribunal recibe información relevante

directamente de los sujetos procesales, para la toma de decisiones de naturaleza jurisdiccional. Su realización será oral, continua, contradictoria, pública y concentrada. Será presidida por el juez o presidente del tribunal, desde su inicio hasta el final y requiere de su comparecencia ininterrumpida y de las personas necesarias para el acto procesal que motiva su realización. La publicidad podrá ser restringida en los términos establecidos por la ley. La suspensión de una audiencia es excepcional y por causa expresamente justificada”.

Este precepto debe ser invocado por el Defensor/a ante el fiscal que sustituye la oralidad de la intimación por la cultura del expediente al limitarse a leer la prevención policial.

Si el imputado/a deciden declarar, será sometido a interrogatorio por parte del fiscal, ante lo cual se recomienda utilizar la herramienta de la objeción si se formulan preguntas capciosas o sugestivas, de conformidad con el artículo 86 del CPP. Este artículo no menciona lo relativo a preguntas impertinentes, que podría formularse por el fiscal, sin embargo, en una interpretación restrictiva de conformidad con el artículo 14 CPP deberá objetarse por la defensa.

Como es una audiencia oral podría el juzgador declarar sin lugar esa objeción, por lo que podría interponerse el recurso de reposición regulado en el artículo 403 CPP, en analogía *in bonam partem*, de

conformidad con el artículo 14 CPP, pues la misma favorece al o los procesados, con la finalidad de revertir la decisión judicial. La praxis es rectora en todo momento de la estrategia de defensa y en ciertos juzgados se permite ese tipo de impugnación y en otros, con un criterio restrictivo en perjuicio del detenido (*in malam partem*) indican que es impertinente ese recurso pues el mismo es exclusivo del debate.

Nota curiosa es que en el artículo 378 CPP están prohibidas las preguntas impertinentes y capciosas dirigidas a peritos o testigos en el debate público y oral.

Como consecuencia del movimiento del redescubrimiento de la víctima, está podrá estar presente en la audiencia de primera declaración, tal como lo preceptúa el artículo 117.4 CPP, literal d), que será invitado por el fiscal a que emita su opinión. ¿No sabemos sobre qué opinará? Si es sobre la posibilidad de ligar a proceso o medida de coerción dictada en contra del procesado o bien objetar la falta de mérito al no estar de acuerdo con la misma. Atendiendo a la estricta legalidad adjetiva, el defensor/a debe tener presente que es una opinión y que, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, significa “Dictamen o juicio que se forma de algo cuestionable”, por lo que excluimos que se presente a declarar en calidad de víctima, lo cual debió hacerlo en sede fiscal, no

descartándose un eventual arreglo con fines de aplicar un criterio de oportunidad, por ejemplo.

En este escenario la Defensora o Defensor público deberán tener presente, en su teoría de la argumentación, ciertos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, invocándolos que equivale a judicializarlos, entre otros:

- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas:

“Principio 1: Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o Reglas de Tokio:

“3.6. El delincuente estará facultado para presentar peticiones o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente sobre cuestiones que afecten a sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad. La prisión preventiva como último recurso”

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belén Do Pará.
- Las 100 Reglas de Brasilia

11. Las obligaciones de los abogados con sus patrocinados

“13. Las obligaciones de los abogados para con sus clientes son las siguientes:

b) Prestarles asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses;”.

Podemos afirmar que la Defensora o Defensor deberán ser diligentes en la preparación de su teoría del caso tal como se preceptúa en los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/ Rev.1 p. 118 (1990), en su apartado de las obligaciones y responsabilidades, artículo 13:

Ese actuar implica que se deberá refutar la omisión de medios de investigación y evidencia, inclusive la falta de investigación suplementaria realizada por parte del fiscal, pues se podría estar generando una detención ilegal.

Posteriormente el juez concederá la palabra al fiscal y defensor para que se pronuncien sobre ligar a proceso al o los imputados/as, debiendo cumplir con el contenido del auto de procesamiento, estipulado en el artículo 320 CPP, luego se pronunciarán en una segunda intervención sobre la medida de coerción. Finalmente se señalarán los plazos del acto conclusivo y el día y hora para la audiencia intermedia.

Retroalimentación

Con el propósito que desarrolle sus conocimientos se le presentan las interrogantes siguientes

- a. ¿Por qué medio el abogado defensor obtiene todos los datos e información de lo ocurrido?
- b. ¿Qué debe de hacer usted en el caso de establecer notoriamente que su defendido padece enfermedad mental?
- c. ¿En qué consiste el derecho a no ser objeto de prueba?
- d. ¿En qué plazo debe ser presentado el sindicado ante el juez para su primera declaración?
- e. El fiscal al final de su intervención en la primera declaración del sindicado, ¿puede ofrecer como prueba la prevención policial?

Capítulo III

Presunción de inocencia y privación de libertad

1. El *Ius puniendi* y el derecho a la libertad personal

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.

“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 Schopenhauer⁷”

La libertad 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

⁷ Schopenhauer, Arthur. El Amor y Otras Pasiones La Libertad. Editorial Diana.

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, más efectos extra penales sobre la familia y relaciones laborales.

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

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 fuerza⁸, 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 artículos 4 y 5 constitucionales, debe

⁸ Paráfrasis de la conocida definición de Max Weber.

respetar el debido proceso y de ese modo el derecho de defensa, ambos contenidos en el precepto 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. En algunos casos, llevados en la defensoría, la policía coloca al imputado un sobre con la droga denominada marihuana con la finalidad de detenerlo y una vez en el juzgado se le imputa un delito mayor, por ende, se ahorran la petición de la orden de captura por este delito, por ejemplo, de secuestro.

En otros casos, la persona es detenida días después de haber cometido el supuesto delito, sin embargo, en el informe de policía se indica que fue detenido en flagrancia. Ante estas ilegalidades el o la defensora, debe inquirir sobre testigos que corroboren esa simulación de flagrancia, para la construcción de la estrategia de defensa, ya sea a través de una exhibición personal, por ejemplo.

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.

Legalidad y legitimidad son dos conceptos próximos pero diferentes. Es importante considerar sus diferencias, para comprender que la legalidad no implica siempre la legitimidad. Pueden existir leyes, creadas por el Congreso de imposición y rechazadas por la sociedad, por ello no serían legítimas.

2. Principio constitucional de presunción 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 del principio. Este se desprende directamente de la garantía del debido proceso. En efecto, se violenta el proceso legal cuando no se asumen cabalmente las consecuencias del artículo 14 constitucional.

La presunción de inocencia es una presunción “*iuris tantum*”, dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor (Sentencia de la CC del 02-05-01 en expediente 288-2001).

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.

3. La 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 del 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.

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 comprensión del proceso penal⁹.

Al distinguir la determinación normativa, de la determinación fáctica, este pensamiento no encuentra en absoluto contradicción entre

⁹ Para mayor desarrollo del principio, puede consultarse a Maier, Julio Derecho Procesal Argentino Tomo 1b. Editorial Hammurabi S R L. Buenos Aires 1989.

la vigencia del principio y la posibilidad de decretar una medida de coerción, incluso la prisión preventiva.

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 Ferri¹⁰, recae la probabilidad de que la imputación sea cierta, nada 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 aquélla que es de naturaleza procesal? A ello nos abocamos en el siguiente apartado.

4. Medidas de coerción y estado de inocencia

De lo dicho anteriormente se desprende que el principio de inocencia no ampara y no puede amparar a un sindicado, hasta el punto de

¹⁰ Las opiniones de Garofalo y Ferri, se toma de las citas de Velez Mariconde Derecho Procesal Penal Tomo II. Pág. 33 y siguientes.

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 medidas de coerción personal no deben considerarse como una pena o sanción, toda vez que puede implicar alguna contradicción con el principio constitucional de inocencia.

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, la que las distingue. Las medidas coercitivas de naturaleza penal sustantiva o material, tienen un fin retributivo y preventivo, general o especial.

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.

En esa lógica de la pena interviene 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.

Características de la prisión preventiva:

- 1) Excepcionalidad
- 2) No ha de ser pena anticipada
- 3) No es obligatoria para el juez
- 4) Debe durar lo menos posible.

Destaca a nuestro entender la característica de la excepcionalidad de la prisión preventiva que debe ser en nuestro sistema procesal, la regla general. Debe insistirse, con base en la interpretación que la Corte de Constitucionalidad ha realizado sobre el artículo 13 de la Constitución Política, que la regla general es la libertad de la persona y solo como excepción, en aquellos casos específicamente previstos puede justificarse por su finalidad asegurativa o cautelar, es decir cuando se encuentren en juego los valores seguridad y bien común que gozan igualmente de protección Constitucional. (Sentencia de la CC del 21-05-87 en los expedientes 69-87 y 70-87).

Entran en juego otros aspectos, como la aplicación del principio de proporcionalidad el cual reclama que las normas restrictivas de derechos fundamentales deban tener un contenido tal que la limitación de tales derechos debe ser proporcionada a los fines que con tal

limitación se pretenda alcanzar. También es importante el principio de legalidad, mediante el cual se pretende que la prisión provisional está excluida en el caso de los delitos menos graves, y aun tratándose de hechos graves puede evitarse si es posible detectar que el imputado no se sustraerá a la acción de la justicia o que ocultará, alterará o destruirá medios de investigación o de prueba. En cuanto a la característica de la duración, que debe ser lo menos posible, es necesario tratar el aspecto de la prórroga de la prisión preventiva de la cual se ha abusado en la práctica, haciendo que la prisión preventiva tenga en realidad una duración indefinida lo cual contraviene el precepto constitucional; haciendo uso de los recursos ordinarios y extraordinarios que provee la ley nacional, puede solicitarse a la Administración de Justicia actuar sin dilaciones indebidas. Esta medida de coerción implica el auto de procesamiento. Debe observarse que el procesamiento debe constar en una resolución motivada, por tratarse de un auto, conforme lo dispone el artículo 141 b) de la Ley del Organismo Judicial. Es también una resolución de carácter provisional. El procesamiento es requisito previo de la acusación, pues nadie puede ser acusado sin estar debidamente procesado, con ello el procesamiento también contribuye a evitar acusaciones sorpresivas y robustece el derecho al conocimiento previo de la acusación. Su presupuesto es que existan motivos racionales suficientes, no cualquier motivo, ni que simplemente sea racional, se exige que los motivos sean suficientes.

5. 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.

El Arto. 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 in excarcelables.

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 general que mantiene la prisión preventiva, tiene su sustento en la ley procesal, y que lo preceptuado en el artículo 14 CPP quedó como mera aspiración o programa para quienes nos suscribimos 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. Resulta que algunos fiscales, valiéndose de falacias y simples argumentos se limitan a argumentar que existe el peligro de fuga o de obstaculización de la investigación sin pruebas, solo es presuntiva su apreciación y en otros casos es el juez quien maquina esos peligros. La prisión preventiva es la regla general en delitos contra la delincuencia organizada, por ejemplo: lavado de dinero, trata de personas o exacciones intimidatorias.

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 (artículo 261, párrafo segundo, 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.

Un ejemplo es el caso paradigmático Siekavizza, la madre del imputado quedó en prisión preventiva por el delito obstrucción a la justicia sin embargo, la defensa logró a través de la Corte de Constitucionalidad el cambio de calificación jurídica al delito de amenazas, cuya pena de prisión es de seis meses a tres años, lo cual le benefició pues ya había transcurrido más de la mitad de la pena de este delito al estar diecisiete meses en prisión, por lo que se le otorgó la libertad mediante el pago de una caución de diez mil quetzales.

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 de la prisión preventiva,

cuantas veces sea necesario, tal como lo preceptúa el párrafo final del artículo 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.

Retroalimentación

Con el fin que desarrolle sus conocimientos se le presentan las interrogantes siguientes

1. Defina ¿qué entiende por prisión?
2. Explique dos características de la prisión preventiva.
3. Explique ¿qué entiende por límites a la aplicación de medidas de coerción?
4. Explique ¿qué entiende por peligros procesales?
5. Defina ¿qué es plazo razonable?

Capítulo IV

Control de la medida de coerción

1. El Auto de Procesamiento

Íntimamente ligado con la primera declaración del sindicado se encuentra el auto de procesamiento, ya que después de escuchar la petición del fiscal del MP y de la defensa, el sindicado podría ser ligado a proceso penal por los delitos que el fiscal le imputa.

El procedimiento para dictar el auto de procesamiento de conformidad con el artículo 82.4 CPP, consiste en que el juez le concede la palabra al fiscal, para que argumente y demuestre la necesidad de ligar a proceso al sindicado; y luego le concede la palabra al abogado defensor, para que se pronuncie con relación a ligar a proceso a su patrocinado.

Como Defensor Público es muy importante argumentar eficazmente cuando el juez le otorga la palabra, con el fin de evitar que su patrocinado sea ligado a proceso penal, por el o los delitos que lo acusa el fiscal, en virtud que la mayoría de veces, lo hace sin suficientes elementos de convicción, con el afán que el juez dicte auto de procesamiento en contra del sindicado.

Si no concurren los presupuestos suficientes para dictar el auto de procesamiento, el defensor le debe solicitar al juez que dicte la falta de mérito, de conformidad con el artículo 272 del CPP; y en caso acceda a dictar falta de mérito, que no le imponga ninguna medida de coerción a su patrocinado, ya que no existe el peligro de fuga ni de obstaculización a la averiguación de la verdad.

Pero si el juez dicta auto de procesamiento de conformidad con el Art. 320 CPP, se podrá solicitar la reforma del auto de procesamiento, ya que no procede el recurso de apelación en contra del citado auto; y ello se debe a que si fuera apelable, y se presentara apelación, el juez no podría seguir conociendo y tendría que elevar las actuaciones a otro órgano jurisdiccional, lo que no permitiría concluir la audiencia de primera declaración del sindicado.

El Defensor Público debe verificar que el auto de procesamiento cumpla con los requisitos que exige el artículo 321.3 CPP, ya que de no ser así, debe presentar una petición para la reforma del auto

de procesamiento, argumentando que el delito por el que se dictó no es el adecuado, y que la conducta encuadra mejor en otro, ejemplo si se dictó por extorsión solicitar la reforma a coacción y amenazas.

Entre las consecuencias que conlleva el auto de procesamiento para la persona contra la que se dictó se encuentran: quedar ligada a proceso –Art. 322; defenderse de la sindicación del MP, porque de ese auto se podría generar una acusación fiscal, por lo que el sindicado debe contar con el auxilio de su abogado defensor-, hacer uso de los recursos y derechos que la ley le concede, como son solicitar la reforma del auto de procesamiento y velar porque el plazo no se extienda más allá del término fijado para la investigación, el cual debe concluir lo antes posible, procediéndose con la celeridad que amerita Art. 323 CPP, ya que de no ser así, ello iría en detrimento de los derechos de su patrocinado.

El Abogado Defensor debe ser cauteloso y no permitir que el tiempo transcurra en demasía, para solicitar la reforma del auto de procesamiento, ya que, si pasa mucho tiempo, corre riesgo que no se otorgue la reforma del auto, porque la reforma solo es posible en la fase preparatoria de conformidad con el Art. 320 CPP. Pero también debe tomar en cuenta que debe proponer la prueba pertinente, decir donde se encuentra y en caso sea necesario pedir al MP que la solicite, ya que ese plazo es para investigar y con base en los elementos de convicción argumentar la reforma del auto.

Pero como el auto de procesamiento es reformable de oficio o a instancia de parte, la defensa del sindicado, también puede solicitarle al juez de la causa que de oficio reforme el auto de procesamiento, y así, evitar que se señale audiencia para argumentar la reforma, lo que favorece al proceso penal, ya que se privilegian los principios de celeridad, economía procesal y concentración.

2. Auto de prisión

En la audiencia concentrada y oral de la primera declaración el juzgador resolverá la situación jurídica del o los procesados, ya sea con falta de mérito, otorgar una medida sustitutiva o dictar el auto de prisión preventiva, como medida de coerción personal, por haberse cometido un hecho punible y existir suficientes indicios racionales de criminalidad de que cometió un delito o participó en el mismo, estos son requisitos materiales del referido auto, en tanto que los requisitos de forma serían el regulado en el artículo 260 CPP, más lo preceptuado en los artículos 262 y 263 CPP, referidos al peligro de fuga o bien de obstaculización de la investigación.

Superado el requisito formal para justificar el auto de prisión preventiva, es necesario ahondar en los requisitos materiales que revisten dicha decisión judicial, que no solo debe cumplir con las formas que indica el proceso, sino también, todos aquellos elementos de conocimiento, que orientarán al juez a resolver la situación jurídica del imputado.

Para la dogmática penal, el derecho de fundamentación de las resoluciones judiciales, se desprende del mismo principio de legalidad, que debe regir las formas del proceso penal. En efecto, éste principio se basa, en materia de derecho penal, en la máxima que nadie puede ser penado por hechos que no estén expresados en ley, como constitutivos de delitos o faltas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Los hechos a los que se refiere este principio, son aquellos que se someterán, al proceso de averiguación de la verdad. De la veracidad de esos hechos, derivará un ejercicio posterior, para encuadrarlos en un tipo penal determinado. Por ese motivo, la importancia de determinar la existencia de un delito, no deviene que exista una norma sustantiva, en donde prohíba una determinada conducta, sino de la averiguación histórica de un hecho, sometido a reglas de comprobación, y la participación del sindicado en tal hecho. Solo después de ese proceso de cognición del Juez Penal, podrá imponerse una pena y fundamentar el porqué de su imposición.

La importancia de la Dogmática Penal y la necesidad de la utilización de ésta, por parte de los defensores/as en el acto procesal de escuchar al imputado, para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, estriba en la función que cumple ésta. Para Muñoz Conde, la Dogmática Jurídico Penal en este sentido, “cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada a la actividad jurídica

en general, en un Estado de Derecho: de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado”.

La Dogmática Jurídica Penal se presenta así, como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal, e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático. Es importante entonces para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, que la defensa no solo conozca muy bien las normas del proceso penal, sino también la Dogmática Jurídico Penal, incluso para efectos de la aplicación al caso concreto, implica la utilización de la Teoría General del Delito.

Para las primeras instancias del proceso penal, el Juez Penal lo que tiene en su poder, es la información policial de un hecho, solamente para imponer una medida de coerción y primordialmente un auto de procesamiento. Pero el juez, para determinar ese hecho y encuadrado en el tipo penal, fundamentando en su decisión esa tipificación provisional, tendrá como mínimo, que justificar dentro de su ejercicio intelectual, la acción, si es que la hay; la relación de causalidad, la imputación objetiva, si es delito de omisión o de comisión y por qué, si es típico y antijurídico desde la perspectiva del imputado, si es doloso o culposo el acto.

Para el caso de imponer esta medida de coerción de prisión preventiva, ya sea por existir peligro de fuga o de obstaculización, el juez

está impedido de razonar por sí mismos esos presupuestos, por lo que debe existir el requerimiento de quien investiga, el Fiscal del Ministerio Público. Este requerimiento se basa en solicitar la restricción de la libertad del imputado, porque éste, frente al proceso, puede ausentarse físicamente con el fin de evadir el proceso en total perjuicio de la justicia penal, por ejemplo, por lo que esta sería una postura estrictamente garantista, pues el juez no podrá razonar sobre esos peligros si no es pedido por el fiscal.

En la práctica el fiscal expone que existe uno o los dos peligros, pero no prueba absolutamente nada limitándose a argumentarlos. Por ejemplo, al varón le intimaron el delito de violencia contra la mujer y se pide prisión preventiva, al existir peligro de obstaculizar la investigación pues si queda en libertad podría regresar al hogar conyugal y amenazar a la fémina con que retire los cargos o se retracte. Ese es un pronóstico del fiscal, una predicción futurista, que podría darse o no, es más un criterio estadístico y el Derecho penal juzga hechos del pasado no del futuro, por lo que el defensor/a debe refutar esas argumentaciones del fiscal por ser conjeturas o de un Derecho penal de profecía.

Por ser la prisión preventiva una restricción al derecho constitucional de libertad, es de suma importancia que la prisión preventiva sea proporcional y racional.

La proporcionalidad de la aplicación de la prisión preventiva se sustenta en el artículo 14 del C.P.P., puesto que las medidas de coerción deben de ser excepcionales (extrema ratio) y proporcionales a la pena o medida de seguridad que se esperan sean impuestas como efecto del proceso penal.

Con relación al principio de racionalidad nos referimos a que la aplicación de la prisión preventiva debe ser la última medida de coerción que debe de aplicar el juez penal. Esto implica la aplicación del principio dogmático penal denominado “Ultima ratio”. Su aplicación debe de ser dentro de los límites absolutamente indispensables. Para efectos del proceso penal, se entiende entonces, que la racionalidad va íntimamente ligada a la necesidad que tiene el Estado de garantizar las resultas del proceso.

3. Fundamentación del auto de prisión preventiva

Para que una persona pueda ser ligada a proceso penal debe haberse cometido un delito y existir motivos racionales suficientes de que la persona sindicada lo cometió o participó en él, de conformidad con el artículo 13 CPRG. En tal sentido deben existir evidencias que relacionen a la persona como posible autor o participe de la comisión u omisión del delito, motivos que al ser evaluados conduzcan a pensar que el sindicado pudo haber cometido la acción delictual, que se le imputa.

En un modelo de justicia democrática y transparente, el juez debe explicar el porqué de lo resuelto máxime si dictó la prisión preventiva, pues de conformidad con el artículo 11Bis del CPP “Los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma”, esto implica que el juzgador deberá razonar con lógica y coherencia su decisión, motivando los puntos de hecho y de derecho, la falta de fundamentación provoca indefensión, por lo que podría existir una prisión ilegal, accionándose la acción constitucional de la exhibición personal.

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.

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.

Los artículos 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, advirtiendo que actualmente muchas leyes penales especiales, contemplan la prohibición de la libertad provisional producto del movimiento de un Derecho penal del Enemigo.

¿Qué sucede cuando un juez cumple con los requisitos formales del proceso, pero no cumple con los requisitos materiales, como sucede con la falta de fundamentación de sus resoluciones?

Los defensores públicos se encuentran a diario, con resoluciones judiciales que van desde los autos de prisión preventiva hasta las resoluciones de sentencia dictadas por tribunales y de casación, proferidas por la Corte Suprema de Justicia y sentencias de amparo, dictadas por la Corte de Constitucionalidad, en donde los jueces no cumplen con la fundamentación.

Estos actos de poder público, si no se indican en un lenguaje sencillo, preciso y claro, porqué, cómo y en qué basaron una decisión, y en especial aquellas resoluciones que se refieran a la restricción de garantías constitucionales, se convertirá en una arbitrariedad estatal, pues “La simple relación de los documentos del proceso o

la mención de los requerimientos de las partes, no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación”, artículo 11bis CPP.

En esa fundamentación el juzgador deberá aplicar las reglas de coherencia, de la lógica jurídica que, en caso de vulnerarse, también devendrían en falta de fundamentación y que son:

- Principio de identidad
- Principio de no contradicción
- Principio del tercero excluido
- Principio de razón suficiente

Claro está que, en una resolución judicial, la misma no debe contener datos contradictorios, y estar debidamente razonada en sus considerandos, a mayor complejidad de la intimación mayor deberá ser el rigor intelectual de ese razonamiento. Advertimos que en el mundo del Derecho, es utópico la existencia de resoluciones judiciales perfectas, pues por derecho natural el hombre no lo es, en tal sentido el sujeto procesal inconforme invocará la falta de fundamentación fáctica, probatoria o jurídica de la resolución, a través de la apelación respetiva.

La falta, insuficiente motivación o contradicción en la motivación de la resolución es un vicio in cogitando que es un requisito esencial de validez de lo resuelto, por lo tanto, no existe control de la actividad jurisdiccional.

La tutela judicial, implica el libre acceso a la justicia (artículo 29 de la Carta Magna) la tramitación del proceso y su resolución efectiva a través de la sentencia de condena o absolutoria, en el caso del proceso penal. Por lo tanto, todas resoluciones judiciales deben estar fundamentadas, para que exista la tutela judicial efectiva, sino no lo está se estará conculcando esa garantía constitucional.

4. Apelación del auto de prisión preventiva

Esta medida de coerción personal, causa el agravio de limitar el derecho de locomoción del o los procesados, por lo que es factible presentar el recurso de apelación regulado en el artículo 404, numeral 9 del CPP, esa es la impugnabilidad objetiva: “Son apelables los autos dictados por los jueces de primera instancia que resuelven: 9. Los que declaren la prisión o imposición de medidas sustitutivas y sus modificaciones”, el cual se interpone ante el juez a quo, el cual será resuelto por el juez de alzada (juez ad quem), sin efecto suspensivo, el cual será resuelto por la Sala en un plazo de tres días, en teoría.

Es requisito sine qua non exponiéndose el motivo que la funda, es decir, expresar el agravio (perjuicio jurídico) causado por parte del legítimamente interesado. Esto significa que no es una simple explicación, sino que deberá indicarse que norma procesal es la vulnerada y que perjuicios materiales está causando al o los imputados

la medida de coerción, inclusive si es proporcional y racional la prisión preventiva.

Ese agravio podría ser in procediendo o de procedimiento como sería la falta de fundamentación o bien in iudicando o material, como lo sería la ausencia de motivos racionales suficientes para creer que el o los imputados cometieron o participaron en la comisión de hechos delictivos. Adviértase que el agravio es un requisito de admisibilidad, si el mismo no se explica con claridad o si falta el mismo, la apelación no prosperará, tal como lo indica el artículo precitado. No basta con enumerar inconformidades, se debe ser preciso, en el agravio.

El legítimamente interesado en esa impugnación sería el procesado (el interesado en recurrir conocida como impugnabilidad subjetiva) y para tener esa cualidad ad procesum o procesal se requiere:

- Invocación del agravio
- Que el recurso sea capaz de neutralizar el agravio

Al momento en que el juez resuelve oralmente la prisión preventiva, deberá explicar la existencia de los hechos delictivos, el por qué existen motivos suficientes racionales de criminalidad, el modo, tiempo y lugar de los hechos (requisitos materiales) que deberán explicarse con la fundamentación probatoria y finalmente con la

fundamentación jurídica, que implica que vía la subsunción los hechos encuadran en el tipo penal. Este último agravio, el jurídico, es un punto de derecho que podría consistir en una errónea interpretación o aplicación de un tipo penal, por ejemplo, que es un agravio in iudicando o de fondo.

El o la defensora, deberá invocar el agravio que tenga más eficacia y no necesariamente los tres: factico, probatorio o jurídico. De igual forma se explicará la norma constitucional lesionada, por ejemplo: la falta de motivación del auto conlleva indefensión por lo tanto es el Derecho de Defensa, artículo 12 de la Constitución Política de Guatemala, el vulnerado, que está generando es un agravio de forma o in procediendo, que está desencadenando un efecto negativo en la estrategia de defensa, por ende, una prisión ilegal, por lo que el juez de alzada deberá reparar el agravio, dictando la falta de mérito.

Es importante que el agravio se encuentre en los considerandos o razonamientos de la resolución y que sus efectos se extiendan a la parte resolutive, de lo contrario, no sería técnicamente agravio y no sería susceptible de impugnación. Además, si un punto ya sea de hecho o derecho no se expuso en la parte expositiva de la apelación no se podrá pretender que el juez ad quem emita una resolución ultra petita

Por aspectos pedagógicos se separan esos tres ámbitos, pero en la praxis es difícil separarlos químicamente puros, pues están interrelacionados, sin embargo, en la exposición del agravio deberá enfatizarse el más relevante.

Si se vulneró alguna garantía constitucional, esa vulneración está lesionando materialmente al procesado, puntualmente en su derecho de locomoción y es a través de la apelación, que se pretende examinar el agravio y lograr revocar la medida de coerción personal de la prisión preventiva, con la finalidad de obtener una medida sustitutiva o en el mejor de los casos la falta de mérito.

5. Audiencia de revisión de medida de coerción

Toda medida de coerción es motivo de revisión revocable o reformable de oficio o a petición de parte, de conformidad con el artículo 276 del CPP. Una estrategia que podría utilizar la Defensora o Defensor, es pedir que el juzgador “de oficio” revise la medida, acompañándose al escrito ciertos medios de prueba, que revelen que las circunstancias primitivas se han modificado, por lo que el juez deberá examinar esa medida de coerción sin brindar audiencia alguna a los sujetos procesales.

Una mala praxis de la defensa es pedir la audiencia para esa revisión, y llegado el día de la misma no se aportan los medios de investigación para demostrar que han variado las circunstancias, por

lo que ante esa omisión el fiscal reitera la petición de la prisión y el juzgador confirma la misma. Esa variación de las circunstancias podría darse en la fase fáctica, en algún medio de prueba a favor del procesado o en el peligro de fuga o de obstaculización.

Una litigación estratégica, sería en aquellos casos en que transcurrido cierto tiempo de haberse dictado la prisión preventiva y al examinar el proceso penal, se evidencia que el MP no ha incorporado ningún medio de prueba y solo está la prevención policial, no obstante que está en tránsito la fase de investigación será motivo para que la defensa pida la revisión de la medida de coerción, pidiendo al juez en audiencia unilateral, que intime al fiscal a presentar la prueba que incrimine los delitos intimados el día y hora de la audiencia respectiva. El día de la audiencia la defensa deberá llegar con algún medio de prueba a favor del sindicado/a y si el fiscal no lleva ese día los medios de prueba, podremos argumentar que existe omisión de investigación que avale la imputación de delitos, por lo que procede, revocar la prisión preventiva y dictar la falta de mérito; además como estrategia preventiva se deberá exponer que esa omisión genera incertidumbre jurídica para la defensa, al no contar con el examen de esas pruebas de cargo, pues no se trata de un procedimiento inquisitivo, para no poder examinar los medios de investigación además de que el proceso no está bajo reserva, por lo que el fiscal está incumpliendo el artículo 48 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el artículo 309 del CPP y no es aceptable que hasta el acto

conclusivo se incorporen esas pruebas, por tanto se crea indefensión durante toda la fase de investigación.

Podría darse el caso, que el MP, efectivamente incorpore algunos medios de investigación, los que en su momento serán analizados por el o la Defensora para construir eficazmente la estrategia de defensa, lo cual significa que la defensa es pro activa en su actuar.

6. La exhibición personal

El Tribunal Constitucional español la ha calificado como un proceso especial de cognición limitada, entendido como un instrumento de control judicial que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención, sino solo sobre su regularidad o legalidad en el sentido de lo regulado en la Constitución y leyes.

Sus principales características son:

a) Preventivo:

Radica en que ante la amenaza de coartar la libertad ambulatoria podrá utilizarse este instrumento

b) Reparador:

Si el agravio ya está consumado afectándose el Derecho de locomoción, la finalidad es volver las cosas a como se encontraban antes del agravio, es decir, recuperar la libertad;

c) Correctivo:

Pretende corregir la ilegalidad de la detención

d) Restringido:

La finalidad es terminar todas las limitaciones impuestas al Derecho de locomoción.

e) Antiformalista

Por lo que no necesita mayores formalidades legales para su procedencia.

7. Medio específico para la protección de la libertad

El artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de recurrir como garantía de la libertad ambulatoria, cuyas raíces remotas se hallan en el derecho romano, adquiriendo una identidad propia en el derecho inglés, de donde se traslada a América el Habeas Corpus.

De conformidad con el artículo 263 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el 82 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, los casos de procedencia de la exhibición personal o Habeas Corpus, son:

- Ilegalmente detenido
- Ilegalmente preso
- Cohibido de cualquier otro modo en el goce de la libertad individual
- Amenazado de pérdida de la libertad (Habeas Corpus preventivo)

· Sufriere vejámenes, aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley

Para efectos de la presente temática, nos limitaremos a la detención ilegal producto de no existir motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida cometió el delito o no participo en él y sin la prueba y evidencia que debió ponerse a la vista del juzgador/a por parte del fiscal.

La exhibición personal por detención ilegal, es un Habeas Corpus reparador, que restablece el estado de cosas a como se encontraban antes del agravio, de vulnerar la libertad de locomoción.

Recurrente es la intimación en delitos contra la delincuencia organizada, pues algunos fiscales etiquetan a los detenidos de pertenecer a estructuras criminales, sin aportar prueba alguna, por lo tanto, el Derecho penal se convierte de pronóstico, es decir, un derecho penal de profecía, pues durante la etapa preparatoria se demostrará que pertenecen al crimen organizado, que conspiraron, que son una asociación ilícita, y al final del acto conclusivo no prueban nada de las imputaciones. Se está a presencia de detenciones ilegales sin pruebas de existir motivos racionales de criminalidad, sin embargo, el juzgador, dicta prisión preventiva.

Lo mismo sucede en el denominado delito de violencia contra la mujer, tipificado en el artículo 7 de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Resulta que el fiscal intima la acción presente del varón, es decir, el durante de la violencia física, pero no le prueba al juez la agresión ex ante, consistente en la violencia cíclica que padeció ella, por lo tanto la intimación se limita solo al hecho de la flagrancia de agredir a su pareja sin informe médico forense, inclusive, se atreven a intimar la otra violencia psicológica la cual, según ellos, está implícita en la psicológica, no presentando el peritaje psicológico, sin embargo el fiscal ofrece que esas violencias serán investigadas, pidiendo se tipifique el delito de violencia contra la mujer por las dos violencias: física y psicológica. Lo lamentable es que las posibles heridas desaparecerán con el tiempo si no son evaluadas inmediatamente. Ese peritaje se pretende sustituir por fotografías en las cuales se aprecia a la víctima golpeada, medio que no es el idóneo para apreciar la intensidad de las mismas, tiempo de curación y tratamiento, sin embargo, para el juzgador es suficiente. Si no existen los peritajes respectivos y la argumentación del fiscal sólo se apoya en el acto introductorio de denuncia o prevención policial, prácticamente no existe soporte probatorio, deviniendo una detención ilegal técnicamente por ausencia de base probatoria.

Desde la praxis, podemos afirmar que esta institución está quedando en desuso, pues la política criminal del Estado, está presionado para que las exhibiciones sean declaradas sin lugar. Por ejemplo, si no

existe prueba que soporte la detención y se alega que la aprehensión es ilegal, la Sala que conoce de esa acción argumenta que ya se dictó el auto de prisión por lo tanto la detención ya se legitimó.

“Expediente 1103-2011. La Sala, en ejercicio de sus facultades legales, la admitió para su trámite, se constituyó como debía al lugar donde el sindicato – el postulante- se encuentra recluso, y habiendo constatado que su detención no era ilegal y que no estaba sufriendo vejámenes, concluyó que las mismas eran improcedentes”

La acción de exhibición es antiformalista y por ello en el escrito se expone lo mínimo en cuanto a la detención ilegal, pues el juez a quo (iudex a quo) deberá rendir informe al juez ad quem (iudex ad quem), sin embargo, el juez pesquisador tal como se lee en el extracto de la anterior resolución se limita a verificar la presencia física del supuesto agraviado y declara sin lugar la exhibición. En este orden de ideas es recomendable para mejores efectos de la exhibición hacer una explicación pormenorizada del por qué se considera que la detención es ilegal, sin perjuicio del informe rendido por el juez impugnado para brindar más elementos de juicio al juez ejecutor.

Una mala práctica es que la defensa invoca la detención ilegal por falta de pruebas, ante lo cual el fiscal argumenta que durante el plazo de la investigación se recabarán las mismas y que existen de momento

motivos racionales suficientes para creer que el detenido cometió determinado delito, lo cual es aceptado por el juzgador que al final de la audiencia de primera declaración dicta el auto de prisión. La mala praxis, consiste en limitarse a argumentar sobre la detención ilegal, que no es lo mismo presentar la acción constitucional de la exhibición personal, de conformidad con el artículo 82 de la Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad.

Lo que está sucediendo actualmente es que al juzgador le bastan los motivos racionales suficientes para decretar prisión sin pruebas, aduciendo que en la fase de la investigación es obligación del fiscal recolectar las mismas, por ello las exhibiciones ya no generan los efectos que tenían en los años 90, salvo que esa detención sea notoriamente ilegal, verbigracia:

- Incumplimiento del plazo, constitucional, de las 6 horas que tiene la PNC para presentar al detenido ante juez penal;
- Incumplimiento del plazo, constitucional, de las 24 horas que tiene el juzgador para escuchar al detenido;
- Detención por medio de allanamiento realizado fuera del horario legal establecido en el artículo 189 del CPP

En caso de migrantes irregulares, por incumplimiento del artículo 195 del Código de Migración, que establece que la deportación será

en un plazo de 10 días, y en muchos casos, pasan en encierro administrativo en un albergue más tiempo del referido plazo;

· En materia de ejecución, si ya se otorgaron beneficios al condenado para obtener su libertad y está no se otorga, procede la exhibición; El auto que declara sin lugar la exhibición personal, dictado por la Sala de apelaciones respectiva no es impugnabile mediante recursos ordinarios, por lo que lo procedente sería interponer la acción de amparo ante la Sala correspondiente, cuya sentencia en caso declarar sin lugar el habeas corpus, es apelable y conocerá la Corte de Constitucionalidad.

No se excluye el procedimiento especial de averiguación, regulado en el artículo 467 del CPP, en un contexto muy particular pues una vez presentada una exhibición que se declaró sin lugar, pero se sospecha que la persona está ilegalmente detenida, podrá pedirse a la Corte Suprema de Justicia para que intime al MP en su investigación y otras entidades.

Podría darse el caso de que una persona esté detenida ilegalmente, en un centro carcelario y que el juez ejecutor no la haya localizado, pero existe suficientes sospechas de los familiares de que está en ese lugar y que no fue exhibida al juez, entonces será el MP el encargado de investigar y determinar responsabilidades penales.

Otra reflexión es que no estamos a presencia de un recurso en el caso de la exhibición, pues un recurso, desde la óptica procesal es un medio de impugnación que tiene la finalidad la revisión de la resolución judicial por un juez superior. El Habeas Corpus, es una garantía constitucional de cognición que tiene como finalidad evaluar si existió o no detención ilegal o bien estar ilegalmente preso, de sufrir vejámenes o estar cohibido de su libertad.

A continuación, se comentan dos casos reales acaecidos recientemente –en los primeros meses del año 2017- en el departamento de Quetzaltenango, procesos que son dignos de mención, debido a que las Defensoras Públicas de Turno ejercieron una defensa técnica e idónea y como consecuencia lograron beneficios en favor de sus patrocinados, siendo los siguientes:

1.- Proceso Penal # 09011-2017-0031. homónimo: Donde el juzgador escuchó a una persona en calidad de sindicado por el delito de Apropiación y retención indebida, pero el Ministerio Público no realizó una investigación exhaustiva y tampoco individualizó a la persona detenida, y sólo la presentó en calidad de sindicado, siendo que dicha persona tenía el mismo nombre del sindicado de Apropiación y retención indebida.

Pero la persona presentada no había cometido el delito que se le imputó ante el juzgador, quien le negó la falta de mérito y lo ligó a proceso y dictó prisión preventiva; por lo que la defensora pública presentó acción de Exhibición personal en otro órgano jurisdiccional, logrando que la persona ligada a proceso por el delito de Apropiación y retención indebida y privada de libertad a quien se le había decretado auto de prisión preventiva, se le otorgará su libertad inmediata mediante la acción de Exhibición personal. (Proceso atendido por Abogada de turno Ana Ávila en la ciudad de Quetzaltenango en el mes de marzo de 2017).

2.- Proceso Penal # 9012. Negación del Ministerio Público de escuchar a un testigo de descargo antes de la primera declaración. En violación al derecho de defensa, se negó a escuchar a un testigo de la Defensa Pública antes de la primera declaración de la persona sindicada por el delito de extorsión; y la abogada defensora hizo ver en la audiencia de primera declaración al juzgador la actitud del Ministerio Público, por lo que el juez correspondiente decidió escuchar en la audiencia de primera declaración al testigo antes de imputarle el hecho al acusado; y como consecuencia el sindicado quedó ligado a proceso por el delito de extorsión en grado de complicidad, obteniendo una medida sustitutiva. (Caso resuelto en la audiencia de Primera declaración, atendido por Abogada de turno Ruth Del Águila en la ciudad de Quetzaltenango el 2 de marzo de 2017).

8. El Plazo razonable

El plazo razonable en el proceso jurisdiccional debe ser lo más expedito posible, ya que los plazos legales se deben entender como máximos y no deben ser prorrogados. El Art. 12 CPRG incluye el plazo razonable dentro del derecho de defensa, por lo que es imperativo cumplir con el plazo para la investigación y la presentación del acto conclusivo de conformidad con la norma constitucional y por ende con el juzgamiento de la causa.

El abogado defensor debe argumentar tenazmente cuando el juez le otorga la palabra para que se manifieste, si está de acuerdo con el plazo razonable que solicita el fiscal para la investigación, Art. 82.6 CPP.

El defensor público antes de pronunciarse acerca del plazo para la investigación, debe tomar en consideración, si su patrocinado pretende ofrecer e incorporar elementos de convicción, y en su caso, calcular cuánto tiempo necesita, ya sea, que el sindicado los tenga en su poder; que deba conseguirlos; que deban ser solicitados por el MP, que éste los recabe en algún escenario criminal; o tenga que realizar alguna pericia a través del INACIF, en el caso de pruebas o peritajes genéticos; o como podría suceder en un homónimo, donde tendría que solicitar certificaciones del RENAP o de otras instituciones o registros.

Por lo que es de considerar el plazo razonable solicitado por el MP, ya que si el defensor público no toma en consideración los supuestos arriba citados, podría suceder que no le dé tiempo a incorporar dichos elementos de convicción; ahora bien, cambia la situación cuando la defensa técnica, no tiene elementos de convicción que ofrecer, ante tales circunstancias se debe oponer a plazos prolongados solicitados por el MP, ya que por celeridad procesal conviene que el plazo para la investigación concluya lo antes posible.

Con relación a malas prácticas fiscales, sucede que en ocasiones el fiscal solicita audiencia unilateral al juez, Art. 109 CPP, para que le conceda prórroga del plazo para la investigación, y el juez se lo autoriza por medio de un decreto, que en muchas ocasiones no le notifica al Defensor, y cuando éste se presenta al órgano jurisdiccional por copia del acto conclusivo, se encuentra con la sorpresa que el juez prorrogó el plazo para la presentación del acto conclusivo o para la investigación, lo cual es a todas luces ilegal, ya que no existe fundamento para tales prorrogas, por lo que la defensa técnica debe estar alerta y pedir al juez que emplace al MP, para que presente el acto conclusivo en el tiempo fijado para el efecto.

El Art. 153 CPP regula que el MP, el sindicado y las demás partes pueden renunciar a los plazos o consentir su abreviación de manera expresa. Pero la ley procesal no regula la ampliación del plazo para la investigación y/o la presentación del acto conclusivo, por lo que

deviene ilegal que el juez en audiencia unilateral acceda a la prórroga, a solicitud del MP, ya que el plazo para la investigación se encuentra contenido en una ley especial –CPP-, que prevalece sobre las disposiciones de la ley general, -Ley del Organismo Judicial, que es anterior al CPP-.

Por lo que el defensor público cuando convenga a los intereses de su patrocinado puede renunciar a los plazos legales; o pedir su abreviación, verbigracia, en caso que la persona sindicada sea detenida por orden de aprehensión, es de suponer que el MP cuenta con todos los elementos de convicción y no necesita tiempo para investigar.

El CPP regula en el artículo 14, que las disposiciones de la ley que restringen libertades del sindicado se deben interpretar restrictivamente, y que la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad o ejercicio de sus facultades. Deviene entonces que la prórroga del plazo para la investigación y por supuesto presentación posterior del acto conclusivo perjudica al sindicado y son ilegales, por lo que el defensor público debe presentar reclamo de subsanación con base en el Art. 282 CPP, pidiendo que se corrija el error y en caso de negativa dejar sentada protesta, porque al no haber estado presente en la audiencia –unilateral-, le fue materialmente imposible enterarse de la ilegalidad procesal.

No obstante, la ley procesal regula que los jueces pueden fijar plazo cuando la ley no lo establezca “o la extensión del mismo quede a criterio de la autoridad...”. Art. 152 CPP. Pero es de tomar en consideración que el citado Art. no es aplicable al plazo razonable. Tampoco procede el Art. 49 LOJ, que se refiere a que el juez debe señalar plazo cuando la ley no lo disponga expresamente, porque es claro el Art. 324 Bis CPP que establece un plazo para la investigación de 3 meses cuando la persona se encuentra detenida, de 6 meses cuando exista medida sustitutiva. Pero se debe tomar en consideración que los 3 y 6 meses son plazos máximos; y que mientras no exista vinculación procesal la investigación no estará sujeta a plazos.

En Guatemala los órganos jurisdiccionales y el ente encargado de la persecución penal, en muchos casos incumplen con el plazo razonable, tanto en delitos comunes como en delitos de delincuencia organizada, por lo que la prisión preventiva y la investigación se prolongan en ocasiones superando el año, y en otros casos el debate se inicia después de transcurrido un año o más de que se abrió a juicio. También es vulnerado el plazo razonable cuando el MP apela la sentencia absolutoria y el tribunal ordena el reenvío del proceso; y luego la Cámara Penal de la CSJ autoriza la prórroga de la prisión preventiva en violación de los derechos del sindicado (a) que ha sido absuelto (a).

La persona detenida o presa a causa de infracción penal será llevada sin demora ante juez o funcionario autorizado por la ley, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Durante todo el proceso la persona acusada de delito tendrá derecho, en plena igualdad a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación; a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; y a ser juzgada sin dilaciones indebidas. Art. 14.3 a, b, y c del PIDCYP.

De igual manera que el PIDCYP, la CADH, regula, en el artículo 7.5 que: toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales; y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio que continúe el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Continúa la CADH, garantizando el plazo razonable cuando el Art. 8.1 que se refiere a las garantías judiciales, regula: toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente

e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. Con lo cual queda blindado y debidamente remachado el plazo razonable, de conformidad con el PIDCYP y la CADH.

Obviamente no pueden quedar fuera del plazo razonable los derechos del niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o se declare culpable de haber infringido esas leyes, ya que tiene derecho a que la causa sea dirimida sin demora por autoridad u órgano judicial competente. Art. 40.2 iii Convención sobre los Derechos del Niño.

Pero como existen casos en que los órganos jurisdiccionales –los jueces- son quienes retardan el proceso, lo que obviamente influye en el incumplimiento del plazo razonable, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de la manera siguiente:

“70. El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por tanto, a partir de ese momento debe empezar a apreciarse el plazo.”

Por lo que queda comprendido desde la perspectiva del Derecho Convencional de los Derechos Humanos, que el plazo razonable tiene por finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo una acusación y asegura que ésta se decida pronto, de conformidad con el párrafo arriba citado.

Verbigracia el caso Suárez Rosero, donde un recurso de hábeas corpus fue resuelto en 14 meses y medio. Párrafo 61, sentencia Corte IDH, lo que viola a todas luces el plazo razonable para resolver.

En otro caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose a la imparcialidad del juez, se pronuncia de la manera siguiente: “El juez que interviene en una contienda particular debe aproximarse a los hechos de la causa de modo imparcial, es decir, careciendo de manera subjetiva de todo prejuicio personal y, asimismo ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.” Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 2009. Párr. 56.

De donde puede devenir que si el juez está parcializado a favor del Estado o de una de las partes podría suceder que incumpliera con el plazo razonable, retardando sus resoluciones. Pero también, cuando alguna de las partes interpone impugnaciones injustificadamente con la sola finalidad de entorpecer el proceso, no puede ser considerado

como un atraso o incumplimiento al plazo razonable por la parte que los interpone, ni del órgano jurisdiccional.

La Defensa Técnica del sindicado, cuando haya vencido el plazo para la investigación, para la presentación del acto conclusivo, o para el juzgamiento de la causa, sin que ésta haya concluido, puede argumentar al juez correspondiente, que el plazo razonable ha transcurrido en demasía, y que ya no puede tener preso a su patrocinado, ya que ello constituye violación a sus derechos fundamentales, a las leyes nacionales y a las convenciones y pactos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala -principios: *jus congens*, *pacta sunt servanda* y principio *pro homine*-. Por lo que el juez correspondiente debe ordenar la libertad inmediata de su patrocinado, otorgando medidas sustitutivas y clausurando provisional el proceso; o sobreseyéndolo, si no existen suficientes elementos de convicción para juzgarlo, ya que ha concluido del plazo razonable que la ley concede.

Retroalimentación

A continuación, se le presenta una serie de preguntas con la finalidad de que desarrolle su conocimiento

1. Defina con sus propias palabras ¿qué entiende por auto de prisión preventiva?
2. Analice el artículo 13 constitucional y luego el 259 del Código Procesal Penal y explique las diferencias entre ambos con relación al sentido de cada uno de ellos.
3. Explique ¿qué considera usted como fundamentación de conformidad con el artículo 11Bis del Código Procesal Penal?
4. Razone y explique por qué no procede el recurso de apelación en contra del auto de prisión preventiva.
5. Explique ¿qué acción interpondría en caso que su patrocinado se encuentre ilegalmente detenido?
6. Explique ¿qué entiende por plazo razonable?
7. En calidad de defensor público ¿Cómo se opondría a la ampliación del plazo para la investigación?

Siglas utilizadas en el presente módulo

CC	Corte de Constitucionalidad
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CPP	Código Procesal Penal
CP	Código Penal
LCDO	Ley contra la delincuencia organizada
LOJ	Ley del Organismo Judicial
MP	Ministerio Público
INACIF	Instituto Nacional de Ciencias Forenses
PNC	Policía Nacional Civil
ORP	Oficina de Responsabilidad Profesional
CPRG	Constitución Política de la República de Guatemala
ONU	Organización de Naciones Unidas
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
PIDCYP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Bibliografía

- Binder Barziza, Alberto. 1992, El Proceso Penal. Editorial ILANUD, Guatemala.
- Fuentes, Idonaldo. Derecho y Lógica, 2da. Edición 2013, Guatemala.
- García Morales, Fanuel. 2000, La Prisión Preventiva. Editorial Cromo Gráfica, Guatemala.
- Maier, Julio. 1989, Derecho Procesal Argentino. Tomo I Editorial Hammurabi SRI. Buenos Aires, Argentina.
- Muñoz Conde, Francisco. 1993, Derecho Penal, Editorial Tirant Lo Blanch, España.
- Vélez Mariconde, Alfredo, 1969, Derecho Procesal Penal, Tomo II. Ediciones Lernes, Universidad de Michigan.
- Salazar Torres, Godofredo. Selección de Ensayos Doctrinarios. UTE/UPSJ, El Salvador.
- Schopenhauer, Arthur. 2001, El Amor y Otras Pasiones. La Libertad. Editorial Diana. Buenos Aires, Argentina.



Instituto de la Defensa Pública Penal
7.^a avenida 10-35, zona 1, ciudad de Guatemala
Tel. : 25015757
www.idpp.gob.gt