

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LAS IRREGULARIDADES DE CARÁCTER LEGAL Y
HUMANO QUE SE DAN EN LA REALIZACIÓN DE LA
DILIGENCIA DEL ALLANAMIENTO**

MARCELA IXMUKANÉ MATÍAS JERÓNIMO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LAS IRREGULARIDADES DE CARÁCTER LEGAL Y
HUMANO QUE SE DAN EN LA REALIZACIÓN DE LA
DILIGENCIA DEL ALLANAMIENTO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARCELA IXMUKANÉ MATÍAS JERÓNIMO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2006.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO :	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. José Luis De León Melgar
Vocal:	Licda. Mayra Yojana Vèliz López
Secretario:	Lic. Carlos Urbina Mejía

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Marco Tulio Melini Minera
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretario:	Lic. Juan Carlos López Pacheco

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Licenciado Héctor Ovidio Pérez Caal
Abogado y Notario
Colegiado: 5,562
7 Avenida 10-35 Zona 1 Ciudad Capital
Teléfono: 55015478



Guatemala, 21 de julio de 2006

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
COORDINADOR DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

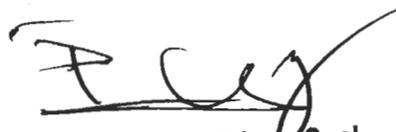
En virtud de haber sido notificado que por providencia de esa Unidad, fui designado como Asesor de Tesis de la Bachiller MARCELA IXMUKANÈ MATIAS JERÓNIMO, del trabajo intitulado "LAS IRREGULARIDADES DE CARÁCTER LEGAL Y HUMANO QUE SE DAN EN LA REALIZACIÓN DE LA DILIGENCIA DEL ALLANAMIENTO".

La Bachiller MARCELA IXMUKANÈ MATIAS JERÓNIMO, presentó su plan de trabajo, el cual fue analizado y abarca tópicos de importancia en materia penal, especialmente en lo relativo a las irregularidades de carácter legal y humano que se cometan en la realización de la diligencia del allanamiento por parte del Ministerio Público y de la Policía Nacional Civil y se concluyó en que el tema delimitado es el más adecuado, habiéndose discutido en varias sesiones los capítulos de que esta compuesto el trabajo realizando los cambios acordes a que el trabajo refleje que sustenta la bachiller en cuanto al trabajo presentado

La Bachiller MARCELA IXMUKANÈ MATIAS JERÓNIMO, puso la dedicación necesaria en el desarrollo del trabajo de investigación, empleando la bibliografía y leyes adecuadas, el cual finaliza con las respectivas conclusiones y recomendaciones pertinentes adecuadas al punto, para que sean como es el objetivo de estas tesis objeto de análisis por la sociedad y que se refleje el actuar de la bachiller quien es la que plasma la doctrina que sustenta en relación con el tema objeto de la presente tesis.

Por lo expuesto, al haberse llenado los requisitos reglamentarios correspondientes en el trabajo analizado, por medio de la presente emito DICTAMEN dando mi aprobación para que agotado el trámite, el presente trabajo sea discutido en examen público de graduación.

ID Y ENSEÑAD A TODOS


Héctor Ovidio Pérez Caal
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintiocho de julio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) FERNÁNDO GARCÍA RUBÍ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **MARCELA IXMUKANÉ MATÍAS JERÓNIMO**, Intitulado: **"LAS IRREGULARIDADES DE CARÁCTER LEGAL Y HUMANO QUE SE DAN EN LA REALIZACIÓN DE LA DILIGENCIA DEL ALLANAMIENTO"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

LICENCIADO FERNANDO GARCÍA RUBÍ
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado: 3,817
7 Avenida 10-35 Zona 1 Ciudad Capital
Teléfono: 58905113



Guatemala, 29 de septiembre de 2006

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTIÑ
COORDINADOR DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

En virtud de haber sido notificado que por providencia de esa Unidad, fui designado como Revisor de Tesis de la Bachiller MARCELA IXMUKANÈ MATIAS JERÓNIMO, del trabajo intitulado "LAS IRREGULARIDADES DE CARÁCTER LEGAL Y HUMANO QUE SE DAN EN LA REALIZACIÓN DE LA DILIGENCIA DEL ALLANAMIENTO".

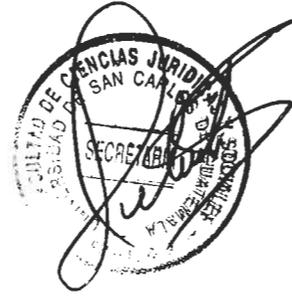
La Bachiller MARCELA IXMUKANÈ MATIAS JERÓNIMO, presentó su plan de trabajo, el cual fue analizado y abarca tópicos de importancia en materia penal, especialmente en lo relativo a las irregularidades de carácter legal y humano que se cometan en la realización de la diligencia del allanamiento por parte del Ministerio Público y de la Policía Nacional Civil y se concluyó en que el tema delimitado es el más adecuado, habiéndose discutido en varias sesiones los capítulos de que esta compuesto el trabajo realizando los cambios acordes a que el trabajo refleje que sustenta la bachiller en cuanto al trabajo presentado

La Bachiller MARCELA IXMUKANÈ MATIAS JERÓNIMO, puso la dedicación necesaria en el desarrollo del trabajo de investigación, empleando la bibliografía y leyes adecuadas, el cual finaliza con las respectivas conclusiones y recomendaciones pertinentes adecuadas al punto, para que sean como es el objetivo de estas tesis objeto de análisis por la sociedad y que se refleje el actuar de la bachiller quien es la que plasma la doctrina que sustenta en relación con el tema objeto de la presente tesis.

Por lo expuesto, al haberse llenado los requisitos reglamentarios correspondientes en el trabajo analizado, por medio de la presente emito **DICTAMEN FAVORABLE** dando mi aprobación para que agotado el trámite, el presente trabajo sea discutido en su Examen Público de Tesis correspondiente.

ID Y ENSEÑAD A TODOS

Ato: Fernando Garcia Rubi
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, tres de noviembre del año dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARCELA IXMUKANÉ MATÍAS JERÓNIMO. Intitulado "LAS IRREGULARIDADES DE CARÁCTER LEGAL Y HUMANO QUE SE DAN EN LA REALIZACIÓN DE LA DILIGENCIA DEL ALLANAMIENTO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCCL/SHR



DEDICATORIA

A DIOS:

Por otorgarme la sabiduría y la paciencia para alcanzar tan importante triunfo en mi vida, asimismo, gracias por guiarme hacia un buen camino del que hoy retoñan sus frutos.

A MIS PADRES:

María Jerónimo Calmo y Francisco Matías Carrillo, a ustedes dedico este acto y este título, por su gran esfuerzo como padres y por el apoyo incondicional en todos los momentos de mi vida y sobre todo en mi carrera, para ustedes es este éxito.

A MIS HERMANOS:

Juana, Cruz, Ricarda, Clemencia, Alejandra, Bosbeli, gracias por su apoyo y estar en cada momento que los he necesitado, los quiero mucho.

A MIS ABUELOS:

Joaquín Jerónimo Mendoza, Victoriana Calmo Jiménez, Fernando Matías Ortiz y Marcelina Carrillo Calmo, grandes personas, que se encuentran en presencia de Dios y sé que desde el cielo comparten hoy este éxito conmigo.

A CHILO (INGENIERO):

Con mucho amor y agradecimiento por el apoyo y paciencia incondicional brindado durante el tiempo que estuve estudiando las fases.

A MIS CUÑADOS:

Con mucho cariño, especialmente a Israel, Luis Demetrio e Irma.

A MIS SOBRINOS:

Luis Gustavo, Francisco Estuardo, Joaquín Fernando, Ana María Celeste y Edgar Joshua, esperando ser un buen ejemplo para ellos y enseñándoles que los sueños y las metas que uno se fija en la mente y en el corazón y con la ayuda de Dios y mucho esfuerzo pueden cumplirse.

A LOS LICENCIADOS:

Lic. Ricardo Alvarado, Lic. Rubí García, Lic. Héctor Pérez Caal, Licda. Jeydi Estrada, Licda. Raquel Páez, Lic. Fernando Girón, Lic. Jorge Armando Valvert, por su apoyo en este arduo camino.

A MIS AMIGOS:

Muy especial a Liliana Hernández, Susana Kummer, Elizabeth Cabrera, a la gran familia del Proyecto Miriam, Olga Sian, Isabel Ortiz, Fernando Schaad, Eugenia Guzmán, Hilda Segura, Ing. Roberto Fittin, Licda. Antonia Guantá y Romelia González, gracias a Dios por haberlos puesto en mi camino, y a ustedes, por la confianza, cariño, fortaleza y ayuda que día con día me brindan y por celebrar mi felicidad y apoyarme en mis fortalezas, el Señor los bendiga.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala:

Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Introducción.....	Pág. i
-------------------	-----------

CAPÍTULO I

1. Los medios de prueba.....	1
1.1 Consideraciones preliminares.....	1
1.2 Los medios de prueba.....	6
1.2.1 Inspección judicial y reconstrucción de hecho.....	6
1.2.2 La prueba pericial.....	9
1.2.3 Testimonial.....	13
1.2.4 Documentos.....	17
1.2.5 Presunciones.....	19
1.2.6 Inspección y registro domiciliario.....	20
1.2.7 Confrontación.....	22
1.2.8 Careos.....	24
1.3 Valor jurídico de las pruebas.....	25

CAPÍTULO II

2. El domicilio.....	29
2.1 La inviolabilidad del domicilio.....	30
2.2 Excepciones a la inviolabilidad del domicilio.....	31
2.3 El domicilio.....	31
2.3.1 La inviolabilidad del domicilio y los edificios o lugares públicos.....	36

CAPÍTULO III

	Pág.
3. La diligencia del allanamiento de morada o registro domiciliario.....	39
3.1 Concepto y naturaleza jurídica del registro domiciliario.....	39
3.1.1 Naturaleza jurídica.....	40
3.2 Presupuestos de la diligencia del registro domiciliario.....	43
3.2.1 Consentimiento del titular.....	44
3.2.2 Resolución judicial.....	46
3.2.3 La competencia.....	46
3.2.4 Contenido de la resolución.....	48
3.2.5 Notificación.....	51
3.3 Sujetos que pueden intervenir en el registro.....	52
3.3.1 El juez.....	52
3.3.2 El interesado.....	53
3.3.3 El abogado.....	53
3.3.4 Los testigos.....	54
3.3.5 Los policías.....	55
3.3.6 El secretario judicial.....	55
3.3.7 Práctica del registro.....	57
3.3.8 El allanamiento en lugares públicos.....	59
3.4 El allanamiento en el delito flagrante.....	60

CAPÍTULO IV

4. La función del Ministerio Público en las diligencias probatorias.....	65
4.1 Regulación constitucional que rige la función del Ministerio Público.....	67
4.2 Principios que rigen su función.....	70
4.2.1 La objetividad.....	70
4.2.2 La imparcialidad.....	72
4.2.3 Debido proceso.....	72

4.3	Esquema y principales actividades que realiza el Ministerio Público dentro de la investigación.....	74
4.4	La intervención del juez durante la investigación.....	75

CAPÍTULO V

5.	Irregularidades legales y humanas en la realización de la diligencia del allanamiento.....	77
5.1	Irregularidades de carácter legal.....	77
5.2	Irregularidades de carácter humano.....	82
	CONCLUSIONES	85
	RECOMENDACIONES	87
	BIBLIOGRAFÍA	89

INTRODUCCIÓN

En virtud de las constantes violaciones a las que las personas sindicadas de la comisión de un hecho delictivo han sido objeto, cuando las autoridades proceden a diligenciar un allanamiento, se establece que la defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el curso del proceso penal.

Nuestra legislación reconoce que nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente en el que se hayan observado las formalidades y garantías de ley.

La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo que por orden escrita de juez competente, en la que se especifique el motivo de la diligencia y dentro del horario preestablecido en la ley y siempre en presencia del interesado o de su mandatario.

Según el Manual del Fiscal del Ministerio Público, la inspección es un medio probatorio mediante el cual, el funcionario que la practica, percibe directamente con sus sentidos, materialidades que puedan ser útiles por sí mismas para la averiguación de los hechos objeto del proceso. Si bien el Código Procesal Penal utiliza el término registro para la inspección que se realiza en un lugar cerrado en el que se requiere autorización judicial. De acuerdo con el Artículo 187 del Código Procesal Penal, mediante la inspección se comprobará el estado de las personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere de utilidad para la averiguación del hecho o la individualización de los partícipes en éste.

En el presente trabajo de investigación se cumplió el objetivo general, que era establecer las principales irregularidades que se dan en la práctica de la diligencia del allanamiento, tanto por parte del Ministerio Público como por la Policía Nacional Civil; y los objetivos específicos analizar la función del Ministerio Público y de la Policía Nacional Civil en la práctica de los allanamientos; determinar las

consecuencias procesales de la transgresión a la garantía constitucional de la inviolabilidad de la vivienda, desarrollar la posibilidad si a través de los jueces de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, los agentes fiscales y los defensores se pueda formar un proceso penal que se base en la democratización del sistema penal guatemalteco donde se observe un verdadero Estado de Derecho, que se manifieste en el respeto a las garantías procesales.

Lo que permitió conocer las violaciones que se cometen en la realización de la diligencia del allanamiento; se utilizó el método deductivo, que parte de lo general a lo particular, analizando desde los medios de prueba hasta la realización de la diligencia del allanamiento, específicamente; asimismo, se tomó en cuenta el método inductivo, analizando cada una de las irregularidades de carácter legal y humano que se cometen en la realización de la diligencia del allanamiento, y el método analítico, cuando se analizaron las normativas nacionales e internacionales relacionadas con el trabajo de investigación. Asimismo, se utilizaron las técnicas analítica y bibliográfica.

El capítulo I abarca los medios de prueba, ya que en el procedimiento penal se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que, a juicio del funcionario, conduzca lógicamente al conocimiento de la verdad, y el propio funcionario podrá emplear cualquier medio legal, que establezca la autenticidad de la prueba para un servicio de justicia eficiente que se vincula con la consolidación del sistema democrático, y con resultados en vista de un Estado de Derecho.

Los rastros son las modificaciones en el mundo exterior que se han producido como consecuencia del delito, y que su análisis ayudará a descubrir al autor el modo de comisión del delito. Los efectos materiales son las evidencias que posteriormente pueden convertirse en objeto de prueba, como una pistola, un cuchillo o ropa, etc.

Los capítulos II y III, tratan lo referente a que la investigación que se realizó, se pueda constatar; que los agentes de la Policía muchas veces se presentan en las viviendas que desde ya, saben que van a ser allanadas, y realizan actos vandálicos,

pues se apropian de objetos de valor del propietario, muchas veces, esos mismos objetos son producto del delito, y cuando llega el Ministerio Público con la orden de allanamiento a realizar la diligencia, ya no encuentran mayores cosas que las que los agentes de la Policía dejaron, cosas que difícilmente podrán ser incorporadas al proceso como medio idóneo de prueba.

El capítulo IV se refiere a la función del Ministerio Público en la realización de la diligencia del allanamiento, su regulación constitucional y los principios que rigen su función como la objetividad, la imparcialidad y el debido proceso, las principales actividades que realiza y la intervención del juez durante la investigación.

Y, por último, el capítulo V trata situaciones que son muy comunes, pues las personas desconocen sus derechos, y cuando se ven copados por un grupo de policías, deciden abrir la puerta, sin solicitar la orden de juez y, mucho menos, sin conocer el procedimiento que ellos debieran realizar, es por tal razón que en la presente investigación se evidencian las irregularidades de carácter legal y humano en que incurren las autoridades, al momento de realizar la diligencia del allanamiento.

CAPÍTULO I

1. Los medios de prueba

1.1 Consideraciones preliminares

La reinstalación de las democracias en Latinoamérica y las crecientes demandas sociales de eficiencia, participación y transparencia pública han puesto en el tapete el funcionamiento de la justicia, tanto como medio idóneo para la canalización de dichas demandas como para el desarrollo mismo de las democracias.

Sin duda existe dentro de la administración de justicia una extendida sensación de crisis. El fin de las dictaduras militares, las nuevas formas de cultura política, una mayor sensibilidad internacional frente a las violaciones de derechos humanos, la presión generalizada de los sectores castigados por el terrorismo de Estado, la escasez generalizada de recursos, un nuevo contexto económico mundial, entre otros factores, han puesto en relieve que el proceso de profundización y estabilización de las sociedades democráticas requiere de una profunda transformación de las administraciones de justicia y la utilización de nuevos mecanismos regulados que provean solución a los conflictos en forma rápida, legal y eficiente.

Por otro lado, no debemos perder de vista los sistemas latinoamericanos de administración de justicia que conservan, en general, las estructuras, las formas y los procedimientos de la época colonial. Si se advierte que en aquella época regían los modelos y las prácticas medievales, es posible comprender el grado de atraso real que nuestras estructuras y procedimientos judiciales tienen en la actualidad. Ello a pesar de que muchas de las leyes fundamentales de los países latinoamericanos establecen estados republicanos desde hace casi doscientos años.

Los factores mencionados con anterioridad, sin duda, profundizan y evidencian la imposibilidad, e ineficiencia, de este modelo para responder a las exigencias de una sociedad dinámica y cada vez más compleja. La discordancia entre las estructuras

medievales de nuestras administraciones de justicia y las exigencias propias de la sociedad moderna, ha provocado un estado de parálisis del servicio judicial, que posterga indefinidamente la solución de los conflictos e incluso, en muchos casos, profundiza dicha conflictividad. Es imprescindible, entonces, rediseñar nuestras instituciones de modo tal que ellas respondan a las exigencias actuales y contribuyan al fortalecimiento de los objetivos de desarrollo institucional que encara nuestro país y la necesidad de afrontar y utilizar nuevos mecanismos o mecanismos ya existentes en la regulación interna, como lo es el procedimiento abreviado, para solucionar conflictos en una forma menos gravosa para el Estado y en igual forma para el agraviado y el imputado.

Asimismo, el mejoramiento de la administración de justicia implica adecuarla tanto a las nuevas condiciones y necesidades cambiantes de la sociedad como a las nuevas dimensiones de la delincuencia

y de la reacción social contra ella. Para países que buscan recrear las condiciones básicas de una convivencia pacífica y democrática, y cumplir con los mandatos fundacionales de ser una república, la solución de esta tensión se torna en una tarea ineludible, un imperativo de subsistencia y prevención del delito que como se ha podido comprobar en nuestro país no se ha conseguido realizar, a pesar de existir en la regulación penal instituciones que bien implementadas comprometerían al ciudadano a mantener un Estado de Derecho, instituciones desjudicializadoras en cumplimiento con el principio de celeridad.

La sociedad latinoamericana ha comenzado el proceso más firme y decidido de recuperación y consolidación de las reglas democráticas de convivencia. Este proceso no sólo abarca la modificación de conductas individuales, prácticas políticas y el ejercicio de la tolerancia, sino que implica en gran medida, la elaboración y ejecución de una profunda reforma de todas aquellas instituciones de gobierno que han sido distorsionadas por largos años de carencia y malos usos procedimentales, como es el caso de Guatemala. Los gobiernos autoritarios no permitieron la expresión de la conflictividad social, que existe en todas las sociedades, y la callaron a través de la

represión, a veces mediante la utilización del aparato judicial y otras de manera ilegal o extrajudicial.

Durante todo ese período oscuro de nuestra historia, la administración de justicia, no ha sido capaz de poner límites al abuso de poder y, a veces, por omisión pero también por complicidad, formó parte de los instrumentos de la violación de los derechos fundamentales.

La administración de justicia se halla entre aquellas instituciones que más urgentemente debe ser adaptada al nuevo estilo de vida de nuestras sociedades.

Un servicio de justicia eficiente se vincula con la consolidación del sistema democrático y con resultados en vista de un Estado de Derecho. Cuando se asienta en los principios cardinales de inmediación, celeridad, transparencia y seguridad, se convierte en uno de los instrumentos fundamentales para asegurar la paz social, requisito fundamental para una vida en democracia. Ésta necesita de un sistema que pueda canalizar de forma pacífica los conflictos sociales, necesita un árbitro independiente de la conflictividad, de forma que logre mediar entre el poder y los ciudadanos y logre finalmente reconocer y dar vigencia a los derechos de cada uno.

Una sociedad democrática se constituye a partir de la aceptación colectiva de ciertos valores básicos como la tolerancia, la paz, la justicia, el respeto al derecho “justo” según consenso, etc. La principal institución social encargada de custodiar la efectiva vigencia de esos valores, referidos tanto a la convivencia ciudadana como a la actividad del Estado, es el Poder Judicial. Cuando él es ineficiente en esta tarea, el cuerpo social se desorienta, las prácticas viciosas dejan de ser advertidas y comienza el doloroso camino de la intolerancia y la ilegalidad. Por último, no hay democracia sin vigencia del Estado de Derecho y ello significa que las políticas sociales desarrolladas por el Estado se canalizan, fundamentalmente, a través del derecho y las normas jurídicas, como instrumentos racionalizadores del poder.

La consolidación del sistema democrático pasa, también, por la efectividad de esas políticas y la vigencia real del derecho. La institución encargada de asegurar la vigencia y efectividad del derecho es el Poder Judicial; cuando él falla en ese cometido, crece la desconfianza pública en él, como instrumento rector de la convivencia social, aparecen el autoritarismo y la arbitrariedad estatal, situación que se agrava con el sentido carcelero de las mismas y con la falta o mala aplicación de procedimientos alternos.

Si construir y fortalecer un sistema democrático implica, necesariamente, preservar y garantizar ámbitos de libertad social e individual, es necesario fortalecer los mecanismos que aseguran la responsabilidad consiguiente y castigan el abuso de la libertad pero a su vez con la exigencia del cumplimiento de las leyes.

El principal camino para asegurar la eficiencia del derecho es contar con una administración de justicia moderna, transparente, eficiente, segura, independiente y al alcance de todos los sectores sociales.

Por otro lado, otra serie de exigencias que nos conducen a la necesidad de la reforma judicial están ligadas, como también dijimos en un principio, al proceso de mundialización. En los últimos años se ha visto la multiplicación de normas internacionales referidas a los derechos y libertades de las personas, ya en la forma clásica de los pactos de derechos humanos, ya en una serie muy compleja e inédita de instrumentos jurídicos. Esto implica, entonces, que todos nuestros países se encuentran interrelacionados, lo que significa por un lado la creación de compromiso voluntario mutuo y, por otro lado, la formalización de ciertas normas mínimas que unen nuestras concepciones del derecho. Todo ello nos informa sobre la existencia de cierto nivel de un derecho común de la humanidad, que sin negar las diferencias de culturas y de tradiciones, nos reconocen como parte de una misma familia humana.

Estos instrumentos establecen estándares mínimos de derecho internacional de respeto de los derechos, voluntariamente asumidos por los Estados y cuyo irrespeto

provoca la responsabilidad internacional, que conlleva hoy fuertes consecuencias. No sólo este orden jurídico internacional es obligatorio para los Estados, sino también en muchos países estas normas prevalecen sobre las normas internas e incluso son directamente aplicables por los tribunales locales.

Este nuevo panorama torna a la reforma de la justicia también en una obligación asumida por los Estados frente a la comunidad internacional de adaptar nuestras legislaciones a estos estándares mínimos.

En todo proceso penal se presenta un conflicto de intereses, entre el interés del Estado en la persecución penal, esto es, en el esclarecimiento y sanción de los hechos delictivos, y el interés del imputado en que se respeten sus garantías procesales.

La base de la diferencia entre el sistema inquisitivo y el acusatorio, radica en la forma en que se resuelve el conflicto de intereses mencionado. En el sistema inquisitivo, el imputado es concebido como un objeto de persecución penal y no como un sujeto de derecho titular de garantías frente al poder penal del Estado, se hace prevalecer ampliamente el interés estatal en desmedro de las garantías del imputado.

Lo anterior se explica porque el procedimiento inquisitivo corresponde histórica e ideológicamente con el Estado absoluto, que se caracteriza precisamente por no reconocer límites a su poder, fundados en los derechos de las personas.

El sistema acusatorio, aunque existió en otras épocas anteriores, es propio del Estado moderno, por lo que, consecuentemente, le reconoce al imputado su calidad de sujeto de derecho al que le corresponden una serie de garantías penales de carácter sustantivo y procesal, integrantes de las exigencias del debido proceso, que constituyen límites infranqueables para el poder penal del Estado.

El sistema acusatorio pretende equilibrar los dos intereses en pugna en todo proceso penal, compatibilizar la eficacia de la persecución penal con el respeto de las garantías del imputado.

1.2 Los medios de prueba

En el procedimiento penal se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que, a juicio del funcionario, conduzca lógicamente al conocimiento de la verdad, y el propio funcionario podrá emplear cualquier medio legal, que establezca la autenticidad de la prueba.

La Ley reconoce como medios específicos de prueba las siguientes:

- La inspección judicial y la reconstrucción de hechos;
- Los dictámenes de peritos;
- Las declaraciones de testigos;
- La prueba documental;
- Las presunciones;
- La inspección y el registro domiciliario;
- La confrontación;
- Los careos;
- Las fotografías, cintas magnetofónicas, registros dactiloscópicos, videocintas y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia, o por la técnica.

1.2.1 Inspección judicial y reconstrucción de hecho

La inspección judicial puede practicarse de oficio o a petición de parte, pudiendo concurrir a ella los interesados, y hacer las observaciones que estimen oportunas. El juez, el tribunal o el Ministerio Público, al practicar la inspección judicial, procurarán hacerse acompañar de los peritos que estimen necesarios.

Si el delito fuere de aquéllos que pueden dejar huellas materiales, se procederá a la inspección del lugar en que se perpetró, del instrumento y de las cosas objeto o efecto de él; y de todas las demás cosas y lugares que puedan tener importancia para la averiguación.

Se aplicarán además las siguientes disposiciones:

- A juicio del funcionario que practique la inspección o a petición de parte, se levantarán los planos y se tomarán las fotografías que fueren convenientes, y;
- De la diligencia se suscribirá acta circunstanciada que firmarán los que en ella hubiesen intervenido.

En caso de lesiones, al sanar el lesionado, los jueces o tribunales darán fe de las consecuencias apreciables que aquéllas hubieren dejado, practicando la inspección respectiva, de la que se suscribirá acta sucinta.

La inspección judicial podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos, cuando tenga por objeto apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado, y le son aplicables las siguientes disposiciones. Se practicará la reconstrucción de hechos durante la averiguación, únicamente cuando el Ministerio Público lo estime necesario, durante la instrucción, se practicará la reconstrucción a solicitud de las partes, o antes de cerrarse la misma, si el juez la estima necesaria y podrá practicarse la reconstrucción durante la vista del proceso, aun cuando se haya practicado con anterioridad, a petición de las partes y a juicio del juez o tribunal en su caso;

La reconstrucción deberá practicarse precisamente en el lugar y a la hora en que se cometió el delito, cuando estas circunstancias hayan influido en el desarrollo de los hechos que se reconstruyen; pero en caso contrario, podrá practicarse en cualquier otro lugar y a cualquiera hora.

La reconstrucción de hechos no se practicará sin que previamente hayan sido examinadas las personas que intervinieron en los hechos o las que los presenciaron, en cuanto fuere posible, y cuando alguna de las partes solicite la diligencia de reconstrucción, deberá precisar cuáles hechos o circunstancias desea esclarecer y expresará su petición en proposiciones concretas. A la reconstrucción de los hechos deberán concurrir:

- El juez con su secretario; o en su caso los magistrados que integren la sala y su secretario;
- La persona que hubiere promovido la diligencia, si ésta no se decretó de oficio;
- El acusado y su defensor;
- El agente del Ministerio Público;
- Los testigos presenciales, si residieren en el lugar;
- Los peritos nombrados, si el juez o las partes lo estiman necesario, y
- Las demás personas que el juez, o el tribunal estimen conveniente y que mencione el mandamiento respectivo, el cual se hará saber con la debida oportunidad a las personas que han de concurrir a la diligencia.

Para la práctica de la reconstrucción de hechos, el juez o el tribunal en su caso se trasladará al lugar de los hechos en unión de las personas que deben concurrir; practicará previamente una simple inspección ocular del lugar, si antes no se hubiere practicado; tomará a testigos y peritos la protesta de producirse con verdad; designará a la persona o personas que substituyan a los agentes o víctimas del delito que no estén presentes; dará fe de las circunstancias y pormenores que tengan relación con el hecho delictuoso; en seguida leerá la declaración del acusado y hará que éste explique prácticamente las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron los hechos; leerá la declaración de cada uno de los testigos presentes en la diligencia y hará que cada uno de ellos explique por separado, las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron los hechos; ordenará

que los peritos que hubieren concurrido a la diligencia, tomen todos los datos que estimen convenientes, y que en la misma o dentro del tiempo que el juez o tribunal fije, emitan dictamen sobre los puntos que les formule, y ordenará se tomen fotografías del lugar, las cuales se agregarán al expediente.

Cuando hubiere versiones distintas acerca de la forma en que ocurrieron los hechos, se practicarán, si fueren conducentes al esclarecimiento de los mismos, las reconstrucciones relativas a cada una de aquéllas; y en caso de que se haga necesaria la intervención de peritos, éstos dictaminarán sobre cuál de las versiones puede acercarse más a la verdad.

1.2.2 La prueba pericial

Si para el examen de alguna persona o de algún objeto se requieren conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos. Los peritos que dictaminen serán dos o más; pero bastará uno cuando sólo éste pueda ser habido, cuando haya peligro en el retardo o cuando el caso sea de poca importancia.

El Ministerio Público, el procesado o su defensor y la parte ofendida, tendrán derecho a nombrar peritos y a los nombrados se les hará saber su designación y se les ministrarán los datos que necesiten para que emitan su opinión.

La opinión de los peritos nombrados por las partes a que se refiere el artículo anterior, incluyendo la del perito nombrado por el Ministerio Público, podrá no atenderse en las diligencias que se practiquen o en las providencias que se dicten durante la instrucción, pudiendo el juez normar sus procedimientos por la opinión del perito o peritos nombrados por él.

Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiera el punto sobre el cual deba dictaminarse, si esa profesión o arte estuvieren legalmente reglamentados.

Cuando la profesión o arte a que se refiere el artículo anterior, no estuvieren legalmente reglamentados, o no hubiere titulados en el lugar en que se sigue la instrucción, se nombrarán peritos prácticos, sin perjuicio de que, si el caso lo requiere, se libre oficio o exhorto al juez o tribunal del lugar en que haya peritos titulados para que, en vista del dictamen de aquéllos, emitan su opinión.

Los peritos deberán ser citados en la misma forma que los testigos, reunirán, además, las mismas condiciones de éstos y estarán sujetos a iguales causas de impedimento, prefiriéndose a los que hablen el idioma castellano.

Son aplicables a la prueba pericial, las siguientes disposiciones:

- La prueba pericial se verificará bajo la dirección del funcionario que la haya decretado;
- El funcionario judicial que decretó la prueba, hará a los peritos las preguntas que crea oportunas, les dará por escrito o de palabra, pero sin sugestión alguna, los datos que tuviere, haciéndose constar estos hechos en el acta de la diligencia;
- Dicho funcionario podrá asistir, si lo juzga conveniente, al reconocimiento que los peritos hagan de las personas o de los objetos;
- El mismo funcionario fijará a los peritos el tiempo en que deberán cumplir su cometido;
- Si transcurrido el tiempo fijado a los peritos, para cumplir su cometido, no rinden su dictamen o si legalmente citados y aceptado el cargo, no concurrieren a desempeñarlo, se hará uso de alguno de los medios de apremio;

- Si a pesar del primer apremio el perito o los peritos no cumplieren con las obligaciones señaladas en la fracción anterior, se hará su consignación como reos de delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad;
- Cuando las opiniones de los peritos nombrados discreparen, el funcionario que practique las diligencias los citará a una junta en la que se discutirán los puntos de diferencia haciéndose constar en el acta el resultado de la discusión.

Si en la junta a que se refiere la fracción anterior, los peritos no se pusieren de acuerdo, el juez nombrará un perito tercero en discordia, cuando el juicio pericial recaiga sobre objetos que se consumen al ser analizados, los jueces no permitirán que se verifique el primer análisis, sino cuando más sobre la mitad de las substancias, a no ser que su cantidad sea tan escasa, que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirlas todas, y lo cual se hará constar en el acta de la diligencia y los honorarios de los peritos que nombre el juez o el Ministerio Público, se pagarán por el Erario del Estado; y los honorarios de los peritos que nombren las partes, se pagarán por la persona que haya hecho el nombramiento.

Cuando los peritos, que tengan ese carácter por nombramiento del Ejecutivo del Estado, se separen por cualquier motivo de su empleo, después de haber sido designados para emitir su opinión sobre algún punto y siempre que ya hubieren aceptado el nombramiento, tendrán la obligación de participar aquella circunstancia al juez, para que éste designe nuevo perito.

En el supuesto previsto en la fracción anterior, si la separación o cese del empleo se hubiere verificado después de transcurrido el término que se le señaló para emitir su dictamen, estará obligado a rendir éste sin remuneración.

Los peritos, con excepción de los médicos legistas, deberán ratificar ante el juez o tribunal sus dictámenes y certificados.

Los peritos, inclusive los médicos legistas, deberán ampliar sus dictámenes y certificados, cuando el funcionario que conoce de la averiguación lo crea conveniente, o cuando lo soliciten las partes.

Los peritos pueden excusarse por enfermedad u otros motivos, que les impida llenar su cometido con la debida imparcialidad, y la excusa de los peritos será calificada por el juez.

Cuando el acusado, el ofendido, o el acusador, los testigos o los peritos no hablen el idioma castellano, o fueren mudos o sordos, se aplicarán las siguientes disposiciones:

- juez nombrará a uno o dos intérpretes que protestarán reproducir fielmente las preguntas y respuestas que han de transmitir.
- Sólo cuando no pueda encontrarse un intérprete mayor de edad, podrá nombrarse a uno de quince años cumplidos cuando menos.
- De ser posible, en semejantes casos, se escribirá la declaración original en el idioma del declarante, así como la traducción que haga el intérprete.
- Las partes podrán recusar al intérprete fundando la recusación, y el juez o la sala resolverán el incidente de plano y sin ningún recurso.
- Los testigos no pueden ser intérpretes.

1.2.3 Testimonial

Si por las revelaciones hechas en las primeras diligencias o en la querrela, o de cualquier otro modo, resultare necesario el examen de alguna persona para el esclarecimiento de un hecho delictuoso, de sus circunstancias o de quien pueda ser el delincuente, el juez, a solicitud de las partes, procederá a dicho examen.

Durante la instrucción, el juez no podrá dejar de examinar a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes.

Los testigos ausentes serán examinados por conducto del juez del lugar de su residencia, sin que esto estorbe la marcha de la investigación, ni la facultad del juez para declararla agotada, cuando las partes estimen reunidos los elementos necesarios para el efecto.

Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito y alguna de las partes estime necesario su examen.

No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados y en la colateral hasta el tercero inclusive, ni a los que estén ligados con el acusado por amor, respeto o gratitud, o viva con el acusado en las circunstancias a que se refiere el Artículo 297 del Código Civil.

Si las personas a que se refiere el artículo anterior, tuvieran voluntad de declarar espontáneamente, se recibirá su declaración.

No serán compelidos a declarar, las personas que están obligadas a guardar un secreto profesional acerca de los hechos que bajo él conozcan, sin previo y

espontáneo consentimiento de las personas respecto de quienes tengan dicha obligación.

En el caso del artículo anterior, si no pudiere obtenerse otra prueba de los hechos objeto del proceso, el juez o el tribunal, oyendo a las partes y al mismo testigo, resolverá que es necesaria su declaración y, dictada esta resolución, podrá el testigo ser compelido a declarar.

En esta materia no puede oponerse tacha a los testigos; pero de oficio, o a petición de parte, el juez hará constar, en el proceso, las circunstancias que puedan influir en el valor probatorio de los testimonios.

Antes de que los testigos declaren, se les instruirá acerca de las sanciones que el Código Penal establece para los que se producen con falsedad o se niegan a declarar; pero a los menores de dieciocho años, en vez de hacerles esta advertencia y de que otorguen la protesta de producirse con verdad, se les exhortará para que lo hagan.

Son aplicables a la diligencia de examen de los testigos, las siguientes disposiciones:

- Los testigos deberán ser examinados separadamente, tomando todas las medidas necesarias para que no se comuniquen entre sí;
- Sólo las partes podrán asistir a la diligencia, a menos de que el testigo sea ciego, sordo, mudo o ignore el idioma castellano;
- Si el testigo fuere ciego, el funcionario que practique la diligencia designará a otra persona para que acompañe al testigo, la que firmará la declaración después de que éste la haya ratificado.

En los demás casos previstos por la fracción anterior, se nombrará intérprete, después de tomarle la protesta de decir verdad, se preguntará al testigo su nombre, apellido, edad, estado civil, profesión u ocupación, lugar de nacimiento y habitación; si se halla ligado con el acusado o el ofendido por vínculos de amistad o cualesquiera otros, o si tiene motivos de odio o rencor contra alguno de ellos.

Las respuestas del testigo sobre las circunstancias a que se refiere la fracción anterior, se harán constar en el acta.

Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer respuestas que tengan escritas, aunque sí podrán consultar notas o documentos que lleven consigo, cuando esto sea pertinente, según la naturaleza del asunto y a juicio de la autoridad que practique la diligencia.

El Ministerio Público y la defensa tendrán derecho a interrogar al testigo, pero el juez o el tribunal podrán disponer que los interrogatorios se hagan por su conducto, cuando así lo estimen necesario, tendrán facultad de desechar las preguntas que, a su juicio, sean capciosas o inconducentes y podrán, además, interrogar al testigo sobre los puntos que estimen convenientes.

Los testigos darán razón de su dicho, haciéndose constar en la diligencia, se entenderá por razón de su dicho, la causa o motivo que dio ocasión a que presenciaron o conocieran el hecho sobre el cual deponen, y no la simple afirmación de que les consta lo declarado, de vista, a ciencia cierta u otra semejante.

Las declaraciones se redactarán con claridad, usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo, quien podrá dictar o escribir su declaración, si quisiere hacerlo.

Si la declaración se refiere a algún objeto puesto en depósito, después de interrogar al testigo sobre las señales que caractericen dicho objeto, se le pondrá a la

vista para que lo reconozca y firme sobre él, si fuere posible, y si la declaración es relativa a un hecho susceptible de dejar vestigios permanentes en algún lugar, el testigo podrá ser conducido a él para que haga las explicaciones convenientes.

Si el testigo fuere militar o empleado de algún ramo del servicio público, la citación se hará por conducto del superior jerárquico respectivo.

Cuando el testigo fuere obligado a ocurrir desde un lugar distante más de veinte kilómetros de donde se practique la averiguación, tendrá derecho a indemnización que prudentemente fijará el juez y que pagará el erario, si la citación hubiese sido decretada a solicitud del Ministerio Público; pero si la declaración fue decretada a petición de parte, esa indemnización será pagada al testigo por la persona que solicitó la declaración.

En el supuesto último del anterior artículo, el oferente de la prueba testimonial depositará el importe de la indemnización, antes de que se proceda a citar al testigo.

Si el testigo se hallare en la misma población, pero con impedimento físico para presentarse en el juzgado, sea por causa de enfermedad, ancianidad o cualquiera otra suficiente a juicio del juez, el personal del juzgado se trasladará al domicilio del testigo para tomarle su declaración.

Cuando el testigo se niegue sin causa justa a comparecer o se resista a declarar, será apremiado por los medios legales.

Cuando hubiere de ausentarse alguna persona que pueda declarar acerca de un hecho delictuoso, de sus circunstancias o de la persona del acusado o del ofendido, se aplicarán las siguientes disposiciones:

El juez a pedimento del Ministerio Público o de alguna de las otras partes, podrá, si lo estima necesario, decretar el arraigo del testigo por el tiempo que fuere

estrictamente indispensable para que rinda su declaración; si resultare que la persona arraigada lo ha sido innecesariamente, tendrá derecho a exigir que se le indemnice de los daños y perjuicios que con la detención se le hubieren causado, y no procederá lo dispuesto en la fracción anterior, cuando el arraigo se hubiese decretado a instancia del Ministerio Público.

1.2.4 Documentos

Son documentos públicos y privados los que señala con tal carácter el Código Civil. Los documentos que presenten las partes o se relacionen con la materia del proceso, se agregarán al expediente, asentando razón en autos; pero si fuere difícil o imposible obtener otro ejemplar de los mismos o se temiere que sean sustraídos se mantendrán en lugar seguro, agregando a los autos copia autorizada.

Cuando alguna de las partes pidiere copia o testimonio de algún documento que obre en los archivos públicos, las otras tendrán derecho a pedir, dentro de tres días, que se adicione con lo que crean conducente del mismo documento o del mismo asunto, y el juez o el tribunal resolverá de plano, si es procedente la adición solicitada.

La compulsas de documentos existentes fuera de la jurisdicción del tribunal en que se sigue el proceso, se hará a virtud de oficio o exhorto que se dirigirá al juez del lugar en que aquéllos se encuentren.

Los documentos privados y la correspondencia procedente de uno de los interesados, que presente el otro, se reconocerán por aquél, y para ello se le mostrarán originales y se le dejará ver todo el documento.

Cuando el Ministerio Público creyere que pueden encontrarse pruebas del delito en la correspondencia que se dirija al acusado, se aplicarán las siguientes disposiciones:

El Ministerio Público pedirá al juez y éste ordenará que se recoja dicha correspondencia; la correspondencia recogida será abierta por el juez en presencia de su secretario, del agente del Ministerio Público y del acusado, si estuviere en lugar.

El juez leerá para sí esa correspondencia y si no tuviere relación con el hecho que se averigüe, la devolverá al acusado o a alguna persona de su familia, si aquél estuviere ausente; si tuviere alguna relación con el hecho material de la averiguación, el juez comunicará su contenido al acusado y mandará agregar el documento a la averiguación.

El juez ordenará a petición de parte, si lo estimare conveniente, que cualquiera oficina telegráfica facilite copia de los telegramas por ella transmitidos o recibidos, siempre que esto pueda contribuir al esclarecimiento de un delito, el auto que se dicte en los casos a que se refieren anteriormente, determinará con precisión la correspondencia epistolar o telegráfica que haya de ser examinada.

Cuando a solicitud de parte interesada, el juez mande sacar testimonio de documentos privados existentes en los libros, cuadernos o archivos de comerciantes, industriales o de cualquier otro particular, se aplicarán las siguientes disposiciones:

El que pida la compulsión deberá fijar con precisión la constancia que solicita; el juez, en audiencia verbal y en vista de lo que aleguen el tenedor y las partes, resolverá de plano si debe hacer o no la exhibición.

Los documentos públicos y privados podrán presentarse en cualquier estado del proceso, hasta antes de que éste se declare visto, y no se admitirán después sino con protesta formal que haga el que los presente, de no haber tenido conocimiento de ellos anteriormente.

Cuando se niegue o ponga en duda la autenticidad de un documento, podrá pedirse y se decretará el cotejo de letras o firmas que practicarán los peritos con asistencia del funcionario que lo decretó.

El cotejo se hará con documentos indubitables o que las partes reconozcan como tales; con documentos reconocidos judicialmente y con el documento impugnado, en la parte que no hubiere sido tachada de falsa por aquél a quien perjudique la falsedad.

1.2.5 Presunciones

Presunción es la consecuencia que la ley o el juez infieren de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido. La primera se llama legal y la segunda humana. Hay presunción legal:

- Cuando la ley la establece expresamente, y
- Cuando la consecuencia nace inmediata directamente de la ley.
- Hay presunción humana cuando de un hecho debidamente probado se infiere otro, que es consecuencia ordinaria y lógica de aquél.
- El que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción.
- Es admisible prueba contra las presunciones, sean legales o humanas.

Producen solamente presunción:

- Los testigos que no convengan en lo esencial; los de oídas, y la declaración de un sólo testigo;

- Las declaraciones de testigos singulares que versen sobre actos sucesivos referentes a un mismo hecho, y
- La fama pública

1.2.6 Inspección y registro domiciliario

El registro sólo podrá practicarse en virtud de orden escrita, expedida por la autoridad judicial, en la que se exprese el lugar que ha de inspeccionarse, las personas que hayan de aprehenderse o los objetos que se busquen y levantándose del cateo acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia, por la autoridad que practique la diligencia.

Cuando el Ministerio Público actúe como investigador de delitos, podrá pedir a la autoridad judicial que practique cateos, proporcionando a ésta los datos que justifiquen su petición. Para la práctica de un cateo, se observarán las reglas siguientes:

- La diligencia de la inspección deberá limitarse al fin o fines expresados en la orden respectiva;

Si se trata de un delito flagrante, el juez o funcionario que corresponda, procederá a la visita o reconocimiento, sin demora, si no hubiere peligro de hacer ilusoria o difícil la averiguación, se citará al acusado para presenciar el acto; si el acusado estuviere libre y no se le encontrare, o si estando detenido estuviere impedido de asistir, será representado por dos testigos a quienes se llamará en el acto de la diligencia para que la presencien, y en todo caso, el jefe de la casa o finca que deba ser registrada, aunque no sea presunto responsable del hecho que motiva la

diligencia, será llamado también para presenciar el acto en el momento en que tenga lugar, o antes, si procediendo así, no se pusiere en peligro el éxito de la diligencia.

Son aplicables a las visitas domiciliarias las siguientes disposiciones:

- Las visitas domiciliarias sólo podrán practicarse durante el día, desde las seis hasta las dieciocho horas, salvo que la diligencia sea urgente y se declare así en la orden respectiva;
- Las visitas domiciliarias se limitarán a la comprobación del hecho que las motive y de ningún modo se extenderán a indagar delitos en general;
- Si de una visita domiciliaria o de un registro resultare casualmente el descubrimiento de un delito que no haya sido objeto directo del reconocimiento, se procederá a levantar el acta respectiva para hacer la consignación correspondiente, siempre que el delito no fuere de aquéllos en que para proceder se exija querrela necesaria, y
- Si la inspección tuviera que efectuarse dentro de algún edificio público, se avisará al encargado de éste, por lo menos con una hora de anticipación a la visita, salvo caso de urgencia.

En el caso de que el representante de una casa o establecimiento, solicite la inspección de un funcionario de la Policía Nacional Civil, o de una autoridad judicial, por estarse cometiendo en la misma casa un delito, o por existir allí la prueba de que aquél se cometió, o cuando se trate de un delito in fraganti, se aplicarán las siguientes disposiciones:

- No será necesario el auto motivado que ordene la inspección;
- Se harán constar en una acta los motivos que ocasionaron la inspección y los resultados de la misma, y
- El acta a que se refiere la fracción anterior será firmada por el denunciante y, si no lo hiciera, se expresará el motivo.

1.2.7 Confrontación

Toda persona que tuviere que referirse a otra en su declaración o en cualquier otro acto judicial, lo hará de modo claro y distinto, mencionando, si le fuere posible, el nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que puedan servir para identificarla. La confrontación se practicará:

- Cuando quien declare no pueda dar noticia exacta de la persona a quien se refiera, pero exprese poder reconocerla si se la presentan, y
- Cuando el declarante asegure conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce.

En la confrontación se observarán los requisitos siguientes:

- Que la persona que sea objeto de la confrontación no se disfrace ni se desfigure, ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tenga que designarla;
- Que aquélla se presente acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y aún con las mismas señas que las del confrontado, si fuere posible, y

- Que los individuos que acompañen a la persona que va a ser confrontada, sea de clase análoga, atendidas su educación, modales y circunstancias especiales.

La diligencia de confrontación se practicará conforme a las siguientes disposiciones:

- Quien deba ser confrontado puede elegir el sitio en que quiera colocarse, entre los que lo acompañan en la diligencia;
- Podrá pedir también quien deba ser confrontado que se excluya a cualquiera persona que le parezca sospechosa;
- Queda al prudente arbitrio de la autoridad que practique la confrontación acceder o no a las solicitudes mencionadas en las fracciones anteriores;
- La diligencia de confrontación se preparará colocando en una fila a la persona que deba ser confrontada y a las que la acompañan;
- Se tomará al declarante, si no fuere el acusado, la protesta de decir verdad y se le interrogará sobre:
 - a. Si persiste en su declaración anterior;
 - b. Si conocía con anterioridad a la persona a quien atribuye el hecho o la conoció en el momento de la ejecución del mismo, y,
 - c. Si después de la ejecución del hecho la ha visto, en qué lugar, por qué motivo y con qué objeto.

Se llevará al declarante frente a las personas que formen la fila, si hubiere afirmado conocer a aquélla de cuya confrontación se trata; se permitirá al declarante mirar detenidamente a las personas de la fila y se le prevendrá que toque con la mano a la que se quiere identificar, manifestando las diferencias o semejanzas que advierta entre el estado actual y el que tenía en la época a que en su declaración se refiere, cuando sean varios los declarantes o las personas confrontadas, se verificarán tantos actos separados cuantas sean las confrontaciones que hayan de practicarse.

1.2.8 Careos

Con excepción de los careos mencionados en el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que sólo se realizarán si el procesado o su defensor lo solicitan, los careos se practicarán cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción.

La diligencia de careos, se rige por las siguientes disposiciones:

- Los careos entre el acusado y los que deponen en su contra, se practicarán durante la averiguación previa, de que conoce la autoridad judicial;
- Si durante la averiguación previa no puede lograrse la comparecencia de las personas que deban ser careadas, se practicarán los careos durante la instrucción;
- Se careará un sólo testigo con otro;
- En una diligencia no se hará constar más de un careo;

Los careos entre personas distintas de las mencionadas anteriormente, se practicarán durante la instrucción y podrán repetirse cuando el juez lo estime oportuno, o a petición de las partes cuando surjan nuevos puntos de contradicción.

Sólo concurrirán a la diligencia de careos, las personas que deban ser careadas, las partes y los intérpretes si fueren necesarios; los careos se practicarán dando lectura en lo conducente a las declaraciones que se reputen desacordes o contradictorias y llamando la atención de los careados sobre los desacuerdos o contradicciones, a fin de que discutan entre sí y hagan las aclaraciones que estimen convenientes, para que pueda obtenerse la verdad.

Si los que deban ser careados estuvieren fuera de la jurisdicción del tribunal, se libraré el oficio o el exhorto correspondiente.

1.3 Valor jurídico de las pruebas

No podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa. En caso de duda deberá absolverse al acusado. El que afirma está obligado a probar. El que niega está obligado a probar cuando su negación es contraria a una presunción legal o envuelva la afirmación expresa de un hecho. La confesión produce su efecto tanto en lo que favorece como en lo que perjudica al acusado.

La confesión ante el Ministerio Público o ante el juez hará prueba plena, aunque el proceso deberá continuar para probar la veracidad de la declaración, cuando concurren las circunstancias siguientes:

- Que se haga por persona mayor de dieciséis años, en su contra, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia alguna;

- Que sea hecha con la asistencia de su defensor, y de que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso;
- Que sea de hechos propios, y
- Que no existan en autos otras pruebas o presunciones que, a juicio de la autoridad judicial, la hagan inverosímil.

Las investigaciones y demás diligencias que practiquen los agentes de la Policía Nacional Civil, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atender en el acto de la consignación. En ningún caso se podrá tomar como confesión lo asentado por agentes de la policía.

Los documentos públicos harán prueba plena, salvo el derecho de las partes para redargüirlos de falsedad y para pedir su cotejo en los protocolos, o con los originales existentes en los archivos.

Los documentos privados sólo harán prueba plena contra su autor, si fueren judicialmente reconocidos por él, o no objetados, a pesar de saber que figuran en el proceso.

Los documentos privados comprobados por testigos se considerarán como prueba testimonial; y los provenientes de un tercero serán estimados como presunciones.

La inspección judicial, así como el resultado de los registros o visitas domiciliarias, de la confrontación y de los careos, harán prueba plena, si se practican con los requisitos legales.

La fuerza probatoria de todo juicio pericial, incluso el cotejo de letras y los dictámenes de los peritos, serán calificados por el juez o sala, según las circunstancias.

La valorización de la prueba testimonial queda al prudente arbitrio del juez o tribunal, los que no pueden con la sola prueba testimonial, considerar probados los hechos cuando no haya por lo menos dos testigos que reúnan las condiciones siguientes:

- Que por su edad, capacidad e instrucción, tengan el criterio necesario para juzgar del acto;
- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tengan completa imparcialidad;
- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones o referencias de otra persona;
- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales;
- Que el testigo no haya sido obligado a declarar por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial, no se reputará fuerza;
- Que los testigos sean uniformes, esto es, que convengan no sólo en la sustancia, sino en los accidentes del hecho que refieran; o que, aun cuando no convengan en éstos, la discrepancia no modifique la esencia del hecho, a juicio del juez o de la sala, y

- Que los testigos hayan oído pronunciar las palabras o visto el hecho sobre que deponen.

Los jueces establecerán según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta el punto de considerar su conjunto como prueba plena.

CAPÍTULO II

2. El domicilio

El tema que vamos a desarrollar es uno de los temas jurídicos que más ha trascendido a los medios de comunicación y al gran público, aunque lo haya hecho de forma incorrecta y referida a veces a la posibilidad casi anecdótica de recibir el susto de que la policía entre en tu casa mediante una "patada en la puerta". No podemos dejar de lado el hecho de que se trata de una materia delicada, puesto que afecta a derechos fundamentales recogidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.

En la legislación española, La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, reconoció en el Artículo 545 la inviolabilidad del domicilio en los mismos términos que lo reconoce nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, considerando como tal el edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación. Antes de analizar la ley procesal vigente, hay que hacer mención a la protección del domicilio en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1947 se dispone en su Artículo 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, ratificado por España el 4 de octubre de 1979, establece en su Artículo 8.1 : "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia..." y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, establece en su Artículo 17.1 "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

2.1 La inviolabilidad del domicilio

Como dice Lucas Verdu, el domicilio o morada es la prolongación especial, no sólo de la seguridad, sino además de la dignidad de la persona humana y por tanto la inviolabilidad del domicilio no sólo es un derecho positivo, sino, antes que nada, es un derecho natural y fundamental de toda persona.

Si la inviolabilidad del domicilio supone reconocer la imposibilidad de penetrar en el mismo en contra de la voluntad de su titular, en principio, se trata de un derecho relacionado con otro derecho fundamental: El derecho a la libertad personal, porque sin respeto a la morada no hay verdadera libertad de la persona.

Pues se ha vinculado el derecho a la inviolabilidad del domicilio con el derecho a la vida privada o a su parte más esencial: La intimidad personal.

Con el derecho de la inviolabilidad de la vivienda, lo que se protege es la intimidad de la persona humana, la reserva de su vida, la protección de su domicilio, la casa u hogar donde se desarrolla la existencia de los seres humanos, en un sentido amplio.

Se trata de un derecho fundamental, pero sujeto a limitaciones, que habrán de ser aplicables, por regla general, por órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su potestad. Las limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio pueden venir deferidas a la ley ordinaria o a la Constitución, como ocurre con la Constitución vigente. Pues se establecen tres casos de limitación del derecho; el consentimiento del titular, la resolución judicial y el caso del flagrante delito.

También la ley reconoce y establece una causa legítima suficiente para la entrada en domicilio, para evitar daños inminentes y graves a las personas y cosas, en supuestos de catástrofes, calamidad, ruina inminente y otros semejantes de extrema y urgente necesidad, se permitirá la entrada en domicilio.

Por otra parte, se reconocen también las causas de suspensión, en la declaración del estado de excepción o de sitio y las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

2.2. Excepciones a la inviolabilidad del domicilio

Así pues, en síntesis, las excepciones a la inviolabilidad del domicilio se denominan excepciones legales.

Dentro de las cuales están las situaciones en las que los agentes de la Policía Nacional Civil podrán proceder de propia autoridad, para la detención de las persona, cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, en caso de flagrante delito, en supuestos de persecución, seguidos de ocultación o refugio, y en supuestos de terrorismo, aunque sólo en los casos de excepcional o urgente necesidad.

Todos estos casos de excepción tienen unas mismas connotaciones: Todas son actuaciones policiales, que se practican fuera de la esfera judicial; se dará cuenta inmediatamente al juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron, los resultados obtenidos y si se han practicado detenciones. Todo lo actuado tendrá la consideración de "atestado policial".

2.3 El domicilio

Lo que debemos entender por domicilio particular son: "1. Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro. 2. El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinado principalmente a habitación de cualquier guatemalteco o extranjero residente en la república y de su familia. 3. Los buques nacionales mercantes".

A partir del concepto de domicilio privado, la Jurisprudencia, amplia y extensamente, lo ha ido desarrollando, y así lo viene definiendo al domicilio privado como "cualquier lugar cerrado en el que transcurra la vida privada y familiar, sirviendo como residencia, estable o transitoria, teniendo como finalidad la protección constitucional del domicilio garantizar este ámbito de "privacidad" e "intimidad".

La Constitución española se limita a declarar en el Artículo 18.2 que el domicilio es inviolable, sin aclarar que se entiende por domicilio, por lo que debemos acudir a la Jurisprudencia y a la Doctrina y a las definiciones que nos den otras normas legales.

Nuestro ordenamiento jurídico carece de un único concepto de domicilio. Tenemos un domicilio civil, fiscal, administrativo, procesal cada uno de ellos con un alcance y contenidos distintos.

El concepto de domicilio con el significado que el Código Civil le otorga como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones.

El tribunal constitucional define el domicilio como "un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, de modo que no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella".

En definitiva, hay un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo. La protección constitucional va unida a la privacidad y a la intimidad.

Se entiende como domicilio "cualquier lugar cerrado en el que puede transcurrir la vida privada, individual o familiar"; o lo que es lo mismo, que "sirva de habitáculo o morada a quien en él vive". En cualquier caso, tanto el domicilio fijo y habitual como el accidental o transitorio encajan en la protección dispensada en la Constitución.

Se llega a la conclusión de que las habitaciones de los hoteles, pensiones y dependencias similares legítimamente ocupadas, constituyen, a efectos constitucionales, "domicilio" de quienes en ellas residan, aunque sólo sea accidental o extemporalmente con la obligada injerencia de que para llevar a cabo en las

mismas las diligencias de entrada y registro, a falta del consentimiento correspondiente, es preciso la previa autorización judicial.

Con tal criterio habría que ampliar el contenido de esta conclusión cuando señala que las posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan accidentalmente o temporalmente y sí sólo de los posaderos o fondistas.

Una vez establecido con carácter genérico el concepto de domicilio, es interesante el examen particularizado, sobre los distintos supuestos sobre los que descansa la amplitud del término.

Respecto a la habitación de un hotel, se consideró domicilio a la misma, así como residencia a la habitación de una casa de huéspedes, pues en otro caso, señalaba, la persona que careciera de un piso como lugar de vivienda no vería jamás protegida su intimidad dentro de estos últimos.

En el mismo sentido cuando indica que la propia ley procesal reputa domicilio a cualquier lugar cerrado o edificio, destinado principalmente a la habitación. Tal es la habitación de la pensión, por modesta y sencilla que sea.

Respecto al chalet deteriorado no apto para morada, si bien es cierto que rige también para "cualquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeran domicilio de un particular, no cabe duda que ello se refiere a lugares capaces de constituir una protección apta para la privacidad".

Respecto a los lugares para guardar objetos o depósitos, se señala que el concepto de domicilio no cabe extenderlo a aquellos otros lugares que se utilizan simplemente para depositar o guardar objetos como son las cocheras, garajes o almacenes en los que no tienen lugar las actividades domésticas que constituyen el contenido propio de aquello que la persona realiza.

Tampoco constituyen domicilio, y así lo ha declarado el tribunal supremo, respecto a la casa abandonada; los garajes; el hostel donde se alquilan las

habitaciones por horas; la taquilla del dormitorio de un cuartel; un trastero; un zulo; un bar; una oficina; un local comercial; los ascensores y elementos comunes y las celdas de un preso. No integran tampoco el concepto de domicilio: El local comercial o de esparcimiento, como tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, almacenes y establecimientos análogos, porque no lo son al estar esencialmente destinados a estar abiertos al público. Esto es así porque el derecho fundamental proclamado en el Artículo 18.2 protege "la intimidad" como valor esencialísimo y no la propiedad.

Tampoco tiene la condición de domicilio los solares y por ello no se exigen los requisitos previstos para el registro domiciliario.

Mención aparte merece el supuesto carácter inviolable de los departamentos de literas de un tren. Establece la citada sentencia que dos notas esenciales comprenden el concepto de domicilio: La absoluta privacidad de la actividad desarrollada en su interior y la capacidad de excluir a terceros de la entrada en el mismo, lo cual no se da en una litera dentro de un departamento colectivo.

Notas que no son extensibles tampoco a otros medios de transporte como los vehículos a motor pues se establece que el automóvil es en sí, un simple objeto de investigación que no tiene por que supeditarse a las garantías protectoras a tener en cuenta cuando se trata de defender la intimidad personal y familiar. Caso distinto será el de aquellos vehículos como roulottes o caravanas, especialmente equipados para vivir en ellos, que serían objeto de protección constitucional de la inviolabilidad.

Otro aspecto es la protección penal del domicilio, como medio de garantizar la inviolabilidad del domicilio; el Código Penal otorga protección al mismo, sancionando los ataques o violaciones cometidos contra aquel, pero no da una definición de morada, debiendo acudir a la Doctrina y a la Jurisprudencia para establecer un concepto de la misma. La mayor parte de los autores Rodríguez Devesa, Muñoz Conde, González Chusca; coinciden en señalar que morada es "aquel espacio cerrado, separado del mundo exterior, en condiciones tales que hagan patente la voluntad de los moradores de excluir de él a terceras personas. Además este

espacio debe estar destinado al desarrollo de actividades propias de la vida privada y su uso debe ser actual y legítimo."

Se define la morada como "el núcleo o espacio acotado que la persona reserva para desarrollar sus actividades domésticas y sustraerse a las relaciones personales o sociales no deseadas y constituye un ámbito o reducto que resulta infranqueable para aquellas personas a los que el titular de la vivienda no conceda expresa o tácitamente la autorización para traspasar su umbral y permanecer en ella. Constituye además un complemento natural y necesario de la intimidad personal y familiar que utiliza la persona como refugio para sustraerse a la curiosidad pública".

La morada es una noción de hecho más que de derecho, la acepción de domicilio en el Derecho Penal comprende, en cuanto disfruta de un carácter más amplio, tanto la noción de residencia habitual a la que se refiere el ordenamiento civil y administrativo, como cualquier otra localización o establecimiento de la persona de naturaleza accidental y transitoria, siempre que se more en él.

Respecto a las personas jurídicas, la protección de la inviolabilidad del domicilio de la Constitución, no rige sólo de las personas físicas, sino también de las personas jurídicas, así se afirma que "la inviolabilidad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional", reconociendo el tribunal constitucional que parece claro que nuestra Constitución al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio no lo circunscribe a las personas físicas.

En el mismo sentido se dice que "el domicilio que puede extenderse al local de negocio donde desenvuelve el sujeto sus actividades, es una prolongación de la personalidad, o mejor, es la condición especial que resguarda la libertad y seguridad personal, y goza de la inviolabilidad de la Constitución."

Por lo anterior ¿Qué ha de entenderse por domicilio de las personas jurídicas en relación con la garantía constitucional de la inviolabilidad del mismo?

La doctrina sostiene que ha de ser entendido estrictamente sin que el mismo pueda hacerse extensivo a todos y a cada uno de los lugares en que exista un espacio o local donde la persona jurídica ejerza sus actividades. En el mismo sentido la memoria de la Fiscalía General del Estado de España de 1991 pone de manifiesto que el domicilio social sólo puede ser uno, y las simples agencias o delegaciones de la misma sociedad no puede entenderse en sentido estricto como domicilio de la sociedad.

Para que se aplicase la protección a este otro edificio, o lugar cerrado al público, la clave estaría en que se trate del domicilio de una entidad o una "sede social" ya se dedique a actividades lícitas o ilícitas y se matiza la inviolabilidad de las personas jurídicas en el sentido de distinguir lo que son oficinas de lo que es verdadero domicilio, precisando que sólo éste, en cuanto espacio físico, en que se desarrolla la libertad más íntima, alejada de convencionalismos y usos sociales y lo que en él hay de emanación de persona y esfera privada de ella.

2.3.1 La inviolabilidad del domicilio y los edificios o lugares públicos

Hay que partir de la distinción entre domicilio y edificios o lugares públicos, sometiendo cada uno a garantías diferentes. Según nuestro Código Civil se reputan edificios o lugares públicos: "1. Los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar. 2. Los que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fueren o no lícitos. 3. Cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto a la misma ley. 4. Los buques del Estado".

El carácter público de los edificios o lugares viene dado en la ley por razón a tres criterios: Estar destinados a un servicio oficial de cualquier administración; el tratarse de locales por naturaleza abierto al acceso de cualquiera; y un último supuesto residual que no constituye domicilio, en el que se incluyen los buques o aeronaves.

Del examen casuístico de la Jurisprudencia cabe señalar que son edificios o lugares públicos: Las oficinas municipales, los bares, bodegas, cafeterías, kioscos, pubs, restaurantes y tabernas y otros lugares de recreo abiertos al público, las casas deshabitadas, los locales comerciales, los almacenes, barracones, casetas, celdas de prisiones, cocheras, departamentos de literas de tren, dormitorio común de un cuartel, escaleras, garajes, naves, patios, portales, talleres, trasteros, trastiendas, zulos, fincas y jardines colindantes, los automóviles e igualmente los camiones de largo recorrido que llevan consigo un pequeño habitáculo para descanso del conductor.

Se pueden considerar lugares de carácter mixto, las tabernas, casas de comida, posadas y fondas que no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí.

No hay que confundirlo con las habitaciones de fondas, pensiones y hoteles, en las que resida temporalmente cualquier persona, que según hemos visto anteriormente, si es considerado por la jurisprudencia mayoritaria con carácter domiciliario y por tanto protegido de la inviolabilidad de nuestra Constitución.

Merece destacar como casos especiales respecto a la inviolabilidad, las Cámaras Legislativas, los templos y demás lugares religiosos; los edificios destinados a Oficina de los representantes de naciones extranjeras y los buques y aeronaves extranjeros mercantes y de guerra.

En cuanto a los requisitos o presupuestos que se exigen para la entrada y registro en lugares públicos son: 1. El consentimiento o autorización del interesado. A

diferencia del que se debe prestar para el domicilio, aquí no siempre es necesario el previo consentimiento, en algunos casos, basta el mero aviso. Así en los edificios militares, o edificios destinados a servicios oficiales, el juez oficiará a la autoridad o jefe; cuando se trata de buques del Estado, la comunicación se dirigirá al comandante. 2. Autorización judicial. El Código Procesal Penal faculta a los jueces para dictar la resolución autorizando la entrada y registro con mayor amplitud y menos motivación que si se trata de un domicilio; y ello si existe causa pendiente. Si no existe causa pendiente, la Jurisprudencia entiende que no precisa autorización judicial para la práctica de la entrada y registro de lugares públicos, porque no constituye domicilio, por aplicación de la garantía de la inviolabilidad a contrario sensu.

En los lugares públicos, las fuerzas de seguridad podrán penetrar por propia autoridad, haciendo uso de las facultades de investigación. 3. En caso de delito flagrante, la policía podrá entrar en los lugares públicos.

CAPÍTULO III

3. La diligencia del allanamiento de morada o registro domiciliario

3.1 Concepto y naturaleza jurídica del registro domiciliario

La entrada y registro domiciliario es un acto de investigación que se puede clasificar como indirecto o de busca y adquisición de fuentes de investigación, que consiste en la penetración en un recinto aislado del exterior, con la finalidad de buscar y recoger fuentes de investigación y de prueba y también de ejecutar una medida cautelar personal contra el imputado (detención o prisión provisional).

En principio, la entrada supone la penetración o introducción en un lugar cerrado, pero la entrada no siempre implica un registro; en cambio registrar es observar o examinar minuciosamente algo para encontrar, y en su caso, recoger los efectos o instrumentos del delito, o libros o papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación.

La doctrina no es unánime al respecto, así Gimeno Sendra distingue entre entrada y registro, considera que la entrada tiene por objeto la detención y o el aseguramiento del cuerpo del delito, mientras que el registro sólo comprende la recogida y aseguramiento de prueba; en el mismo sentido se pronuncia Franco Arias.

Por su parte Gómez Colomer considera que se trata de "dos actos en uno", y los define unitariamente como penetración en un lugar para buscar y recoger fuentes de investigación y para proceder a la detención; o Fenech Navarro mantiene que la entrada y registro sirve para obtener el conocimiento del delito, medios de prueba y el hallazgo de personas.

No hay unanimidad en la doctrina procesalista sobre su naturaleza jurídica, las distintas opciones se pueden reunir en dos posiciones doctrinales: La de quienes consideran que la entrada y registro es un acto o medida cautelar (Aragoneses Alonso, Fenech Navarro, Lorca Navarrete) y la de los que entienden que es un acto

de investigación que compromete un derecho fundamental (Gimeno Sendra, Ortells Ramos, Prieto Castro, Hinojosa).

Siguiendo a Ortells Ramos en la entrada y registro no concurren los requisitos de instrumentalidad ni los presupuestos de las medidas cautelares, y la finalidad de la misma no es asegurar que los objetos desaparezcan o se alteren, sino su finalidad es ponerlos a disposición del proceso.

3.1.1 Naturaleza jurídica

Según Robles Acera el registro domiciliario es un acto jurídico procesal, típicamente de instrucción, ya que en él concurren los requisitos y características del acto jurídico y resulta evidente que su eficacia y repercusión se proyectan al proceso penal.

Es un acto procesal del juez, aunque pueda llevarlo a efecto otra autoridad por su delegación. Diversas son las posturas mantenidas por diversos autores que consideran la entrada y registro como prueba documental. Tal postura es rechazada por Robles Acera argumentando que el acta levantada en la entrada y registro es una consecuencia de la facultad de documentación, sin que ello haga posible confundir la documentación de un acto procesal con la naturaleza de dicho acto.

Desde luego que la documentación por el fedatario público de un acto procesal lo eleva a la categoría de público, pero a diferencia de la prueba documental, que se produce fuera del proceso y se incorpora a él, la documentación de actos procesales constituye la propia exégesis de instrumentalización procesal.

Robles Acera entiende que la naturaleza jurídica de dicho acto es el de la prueba de inspección ocular, pues no difiere en lo sustancial la forma de practicarse, y además tienen la misma finalidad: Aprender los efectos del delito y el aseguramiento del cuerpo del delito.

Tras las sentencias del tribunal constitucional sobre la prueba penal, que exige la intermediación, la contradicción, la publicidad y la oralidad, cabe distinguir varias posibilidades respecto a la práctica de dicha diligencia:

- Si se practica por el juez goza de todas las garantías exigidas por el tribunal constitucional para poder ser considerada como prueba preconstituida y anticipada.
- Si la diligencia de entrada y registro son practicadas por delegado del juez y documentada por el secretario que es el caso más frecuente de la práctica forense, no puede dársele el valor de prueba preconstituida, pues habría de ser sometida a la contradicción, oralidad y publicidad en la fase de juicio.
- Si la diligencia de entrada y registro son practicadas por delegado del juez sin asistencia del Ministerio Público, se trata de una diligencia aquejada de nulidad por vulneración de ley ordinaria y sería nula de pleno derecho.

Augusto Agudo plantea si la diligencia de entrada y registro ostenta el carácter de prueba preconstituida y anticipada. En principio podríamos entender por prueba preconstituida aquella que es anterior y de existencia ajena al proceso, se constituye fuera del juicio oral aunque se puede incorporar al mismo, básicamente por la documental.

Prueba anticipada sería la que se produce en el proceso, pero antes del juicio oral, o en aquella parte del atestado que es susceptible de contener informes, dictámenes y datos objetivos, siempre que se reproduzcan formalmente en el juicio.

Esta diferencia es relativizada por que tiende a utilizar ambos términos como sinónimos. La diligencia de entrada y registro domiciliario, como acto procesal en la fase de investigación y de naturaleza irreproducible, sólo sería idónea para integrar la apreciación probatoria del órgano decisor, cuando interviniera el juez instructor en la práctica de la misma y hubiera estado presente el abogado del imputado, además del cumplimiento de los restantes requisitos, según los presupuestos que la ley exige.

Sin embargo la diligencia de entrada y registro domiciliario presenta notables singularidades que dificultan su etiquetado como prueba anticipada. Así, su régimen jurídico dispensa tanto de la intervención del juez, que no tiene porque estar presente en la ejecución material de aquella diligencia, como de la propia asistencia del agente fiscal que es quien redacta el acta en la que constan las diligencias realizadas y los objetos encontrados que van a ser incorporados al juicio como medios de prueba.

Pese a ello, se viene a conceder el valor de prueba preconstituida siempre que concurren determinados requisitos, entre los que destaca la presencia de la autoridad designada para la realización del acto, que le otorga plenitud de efectos, imprimiendo a la diligencia las características de verosimilitud y autenticidad propias de la fe pública judicial.

Admitida la validez de su configuración como prueba preconstituida, necesitaría cumplir dos requisitos:

1. La imposibilidad de reproducción en el acto de juicio oral.
2. Que la prueba realizada en la fase sumarial se incorpore al plenario mediante el interrogatorio de quienes materialmente la llevaron a cabo, y en su caso, mediante su lectura.

Tal posibilidad de aportación al juicio oral se permite legalmente, que si bien parece referirse a los casos de prueba preconstituida de carácter personal (declaraciones de testigos) nada se opone a su aplicación extensiva a la diligencia de entrada y registro domiciliario.

En suma, la diligencia constituye esencialmente una prueba preconstituida siempre que se obtenga con las garantías constitucionales y legales. El autor Augusto Agudo entiende que para poder llegar a formar parte del material probatorio, estimado suficiente para romper el principio de presunción de inocencia, deberá ser llevada al plenario y allí sometida a los principios de inmediación y contradicción.

Siguiendo a Hinojosa Segovia la entrada y registro se sitúan entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano. La entrada y registro en lugar cerrado ha de ser excepcional, no automática, condicionada siempre a las circunstancias del caso y proporcional a la finalidad que persigue.

Tiene que darse una adecuación entre la medida y el fin perseguido, y exige que la injerencia facilite la obtención del éxito pretendido. Además tiene que darse la necesidad o excepcionalidad, concediéndose la entrada cuando no hay otros caminos menos gravosos para llegar a su descubrimiento. Además tiene que darse proporcionalidad, atendiendo a la gravedad del hecho y la existencia de indicios.

La gravedad del hecho viene por lo general condicionada por la gravedad de la pena, de lo que resulta que podrá adoptarse cuando el hecho delictivo sea un delito, pero sería desproporcionada para la investigación de las faltas. La existencia de indicios es lo que impulsa y mueve a la adopción de esta medida, a diferencia de las sospechas no fundada.

3.2 Presupuestos de la diligencia del registro domiciliario

Los presupuestos que fija la Constitución Política de la República de Guatemala son:

- El consentimiento del titular,
- la resolución judicial, o que el delito sea flagrante,
- La hora en la que podrá realizarse la diligencia, que debe comprenderse entre las seis horas y las dieciocho horas.

De conformidad con lo anterior, se infiere que la existencia de cualquiera de ellos no precisa la concurrencia de los demás.

3.2.1 Consentimiento del titular

La prestación del consentimiento del titular del domicilio obvia la necesidad del mandamiento judicial, y a sensu contrario, la falta de consentimiento hace necesaria la autorización judicial.

Respecto al consentimiento, éste podrá ser oral o escrito, pero siempre de manera expresa y formal, entendiéndose éste si no hay oposición expresa.

López Barja De Quiroga entiende que no es posible aceptar consentimientos tácitos o presuntos, sin embargo algunas legislaciones recogen una forma de consentimiento tácito, en virtud de ciertas presunciones, al señalar que se entiende prestado el consentimiento si una vez efectuado el requerimiento se realizan los actos necesarios de entrada y registro sin que se invoque el titular del domicilio la violación del derecho.

También se acepta el consentimiento presunto y la deducción de su existencia de los actos del titular del domicilio, llegando a la conclusión de que si hubo o no consentimiento ha de hacerse interpretando a su vez el propio comportamiento del acusado, anterior, sincrónico y posterior, a la propia actuación de las autoridades judiciales y fiscales encargadas de velar por el exacto cumplimiento de los derechos fundamentales.

No es comprensible, según la sentencia, que quien haya sufrido un agravio tan importante, como es el de penetrar por la fuerza en su domicilio, nada en absoluto diga, ni entonces, ni después, ante una autoridad competente.

El requerimiento que se efectúe se hará informando al titular de su derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las razones de la entrada y registro a su domicilio. El consentimiento debe prestarse por una persona capaz y además debe ser consciente y libre, sin vicios que lo invaliden, error, violencia o intimidación, y debe emanar de una persona que tenga capacidad suficiente para comprender el permiso que concede.

La doctrina entiende que falta el consentimiento en el caso de que el morador esté detenido y estima que no hay acceso legítimo a la vivienda, pues mal puede dar su libre consentimiento quien cuando está detenido en las diligencias policiales es trasladado a su domicilio en el interrogatorio que se hizo sin presencia de Abogado. También entiende que la privación de libertad del detenido o preso que presta su voluntad a la realización de la entrada y registro, sería una voluntad viciada por una "sui generis" intimidación.

También se considera que falta el consentimiento, o que está viciado, cuando fue dado tras insistentes llamadas de la policía a la puerta y transcurrido unos treinta minutos antes de abrirla.

La prestación del consentimiento por el titular ha de constar, como medio acreditativo del mismo, la firma del interesado en el acto de entrada y registro, y las declaraciones de los policías en el juicio oral.

Para López Barja de Quiroga la plena constancia del consentimiento exige la declaración firmada del titular en el atestado o en el acta de la entrada y registro, de tal forma que pueda posteriormente ser acreditada. El requerimiento se ha de efectuar al titular del domicilio, entendiéndose por tal a la persona que efectivamente desarrolla su vida privada en el lugar donde se pretenda entrar; y ha de ser personal, sin que sea aceptable realizarlo mediante cédula entregada a un vecino. Cuando un lugar es domicilio de diferentes personas, todas ellas deberán consentir para que la entrada sea legal. En el caso de domicilio conyugal se estima suficiente el consentimiento de aquellos miembros que estuvieren presentes en el momento de efectuarse el requerimiento.

El registro policial autorizado por el titular no exige que la diligencia se realice con las formalidades recogidas en la ley, sólo es aplicable a las llevadas a cabo por orden judicial. Puede ocurrir que apersonada la comisión policial en el domicilio, el afectado consintiera, por lo que sería irrelevante la resolución judicial, que se convertiría en innecesaria, y no estaríamos ante una entrada decidida por el juez sino

decidida por su titular, aunque debiera cumplirse todos los derechos que al titular le protegen en el sentido de que si se violasen, constituirían una falta al procedimiento.

3.2.2 Resolución judicial

A falta de consentimiento del interesado, y no tratándose de delito flagrante, la entrada y registro en domicilio ha de ir precedido de resolución judicial.

La jurisprudencia es unánime al afirmar que constando mandamiento judicial ya se da cumplimiento al requisito constitucional; por el contrario, la ausencia del mismo da lugar a que se estime que la diligencia de entrada y registro se practicó con violación del derecho fundamental a la inviolabilidad establecida en la Constitución. Se trataría de una prueba ilegalmente obtenida y conforme a lo dispuesto en nuestra legislación, no podrá surtir efecto alguno.

3.2.3 La competencia

La primera cuestión que se plantea es la competencia del órgano jurisdiccional para acordar la resolución judicial, y de acuerdo con el Código Procesal Penal, será el juez o tribunal que conociere de la causa. Suele ocurrir de manera muy frecuente que durante la investigación penal surge la conveniencia o necesidad de solicitar tal medida.

En ese caso la policía acude al órgano jurisdiccional competente solicitando el mandamiento judicial, reflejando en un escrito la importancia de la investigación, la necesidad de la misma y los indicios fundados que la hagan aconsejable. En ese caso el Juez competente acordará la apertura de las correspondientes diligencias.

La competencia para dictar la resolución judicial la tendrá el juez de instrucción, si el proceso está en su fase preliminar, o el tribunal sentenciador, si el proceso está en fase de juicio oral ante el que conozca de la causa. Lo normal es que tal acto sea decidido durante la instrucción, pero es posible que se practique durante el juicio oral.

Respecto a la clase de proceso penal, si la primera noticia de la posible comisión del delito sea el oficio o diligencias del Ministerio Público solicitando la autorización, el juez debe iniciar diligencias previas para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, así como las personas que en él hayan participado y dentro de éstas habrá de dictarse el auto decretando la diligencia del allanamiento.

Sin embargo, se permite la incoación de diligencias indeterminadas, así establece que la palabra "causa" debe interpretarse de manera genérica y equivalente a procedimiento o actuaciones judiciales. El mandamiento judicial no puede condicionarse a la previa apertura de una causa criminal ordinaria.

Puede ocurrir que el hecho delictivo imputado en el oficio o atestado solicitando la autorización sea un delito que la ley castiga con pena superior a prisión, con lo que el proceso a seguir sería el ordinario; sin embargo, lo más frecuente es la incoación de diligencias previas para la autorización o no de la entrada y registro porque de la actividad preprocesal llevada a cabo no se desprendan indicios suficientes para entender que tal es la gravedad del hecho.

De una interpretación que se refiere a la existencia de una causa, podría deducirse que la resolución por la que se acuerda la entrada y registro debe ser dictada en un sumario o diligencias previas abiertas con anterioridad. De alguna manera ha de existir una investigación penal en curso.

González Maillo considera preferible incoar el procedimiento que corresponda al delito que es objeto de la diligencia, o en su caso, al menos, diligencias previas, pues si existen razones que el juez valorará en cada caso para acordar una medida de esta naturaleza, no hay inconveniente en considerar que también concurren para su incoación, cuyas exigencias son menores.

Habría que distinguir la competencia entre el órgano judicial que acuerda la diligencia y el que la practica. Decíamos que si se acuerda en fase de instrucción, la competencia para acordar la entrada y registro domiciliario es el juez instructor, concretamente, los Juzgados de Primera Instancia Penal, o cuando, por razón de las

personas encausadas, corresponde al tribunal de sentencia. En las ciudades donde existen dos o más juzgados de la misma clase, la determinación de la competencia pasa por el establecimiento de un turno de reparto, sin perjuicio de las atribuciones del Juzgado de Primera Instancia.

Esta disposición ha provocado polémica entre los propios jueces, en la medida en que facilita la elección del juez, cuando la experiencia revela, y así ocurre también, que la policía tiene sus preferencias y en algunas comisarías tienen predilección por escoger algunos magistrados para ciertos asuntos y que son más favorables para autorizar registros domiciliarios o que son reacios a autorizarlos.

La competencia para ejecutar el auto corresponde, en principio, al juez que lo hubiere acordado, pero también se puede requerir a esos efectos al auxilio judicial. El órgano jurisdiccional que hubiera acordado la práctica del acto y aquel al que se hubiera encomendado su ejecución por vía de auxilio, pueden ordenar su práctica a la policía y al Ministerio Público. Esto no significa autorización para que la policía practique el acto autónomamente, sino cumpliendo un mandato judicial con arreglo a las normas de la Constitución y con intervención del agente fiscal y sus auxiliares.

En materia de auxilio judicial hay que puntualizar dos cuestiones:

a. Se puede realizar la entrada y registro en cumplimiento de exhorto procedente de otro Juzgado. Por ejemplo es frecuente la realización de allanamientos por exhorto de los Juzgados de Primera Instancia de la ciudad capital.

b. Cabría también la posibilidad de realización de diligencias de entrada y registro fuera de su jurisdicción, para lo cual se necesitaría previamente la venia o autorización del juez de la misma.

3.2.4 Contenido de la resolución

La resolución judicial ha de venir expresada en un auto, que conforme a la ley "será siempre fundado". El juez deberá motivar, adecuadamente, las razones que le conducen a adoptar la decisión de acordar la entrada y registro en un domicilio

particular, indicando cuales son los indicios en los que se basa y el razonamiento lógico que lleva a aceptar que la entrada es necesaria.

La obligación de dictar una resolución fundada en Derecho tiene su fundamento en la propia Constitución, y la no motivación de una resolución judicial que restrinja un derecho fundamental infringe el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos.

Este auto no puede formarse por el procedimiento de propuesta de resolución, porque es limitativo de derechos. En el caso de que la petición de la policía fuera insuficiente, el juez puede rechazar la petición por medio del correspondiente auto, o bien, si es posible dar instrucciones para subsanar los defectos apreciados.

Al respecto se ha declarado que la restricción de un derecho fundamental tan trascendente como es la inviolabilidad del domicilio, es natural que no pueda acordarse sino después de razonar y fundamentar, jurídicamente, la explicación adecuada de tan excepcional medida, pero en función de mero formulismo rituario, antes al contrario, en orden al mensaje que la resolución debe comportar, porque la lógica jurídica justificativa del acuerdo ha de ir dirigida, primero al juez que adopta la resolución, en tranquilidad de la propia conciencia, y en segundo lugar, a la sociedad con objeto de hacerla saber el porqué la invasión domiciliaria y el análisis ponderativo tenido en cuenta a la hora de juzgar proporcionalmente los distintos intereses en juego.

De lo que se trata con la resolución es limitar un derecho fundamental. La resolución, con independencia de su extensión, ha de contener en su fundamentación el motivo por el que se estima que tan importante y trascendental limitación debe operar. Como la ejecución del auto en que se acuerda la entrada y el registro domiciliario puede ser encomendado a la policía, el juez, en virtud de lo establecido en la ley y se librará el correspondiente mandamiento, que no es, sino un extracto de los puntos procesales más importantes contenidos en el auto.

Respecto al contenido de la resolución judicial, en el auto "el juez deberá expresar concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse la entrada o registro, si tendrá lugar tan sólo de día y la autoridad o funcionario que la haya de practicar". Si se ha de hacer por la noche, se hará constar expresamente en la resolución, y explicitando las razones o motivos que la hacen imprescindible. Al respecto él declara que "la autorización judicial se circunscribe al local o dependencia expresamente determinado en el mandamiento, sin que pueda ser ampliado o extendido a otros domicilios distintos, aunque sean próximos al especificado".

Así, el primer requisito que se exige es la identificación del edificio o lugar cerrado donde ha de practicarse el correspondiente registro. Tal identificación ha dado lugar, a veces, a problemas por errores en su determinación.

Respecto a la necesidad de la determinación y la concreción del mandamiento judicial, se ha declarado que si durante la diligencia se descubren presuntamente otros delitos distintos, sólo el juez habrá de decidir si los mismos son conexos o no y si procede extender el mandamiento judicial y ampliar el objeto del registro, con la adopción de cuantas prevenciones fueren aconsejables en derecho.

Una diligencia de entrada y registro que no cumpliera lo anteriormente previsto será nula por vulneración de la inviolabilidad del domicilio. En el auto debe hacerse constar el delito que se investiga y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden realizarse.

Con frecuencia sucede que la policía actuante encuentra efectos o pruebas relativas a una infracción distinta de aquella para la que el mandamiento se solicitó, en tales casos, ha surgido la duda de si procede o no extender la diligencia al descubrimiento de delitos diferentes.

La jurisprudencia da distintas soluciones pues admite la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante.

Asimismo, el auto tendrá que hacer mención expresa de la persona titular del domicilio y que resulte afectada por tal medida, no puede darse por válida una diligencia en la que no figura el nombre del titular domiciliario, como persona que ha de soportar las consecuencias de aquella diligencia.

3.2.5 Notificación

En cuanto a la notificación del auto, la ley impone un orden riguroso en la notificación. Si la entrada se hubiera de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a éste, inmediatamente o lo más tarde, dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado, previendo subsidiariamente notificaciones en caso de que no fuere habido. Si se ha practicado la notificación en el momento mismo de la realización de la entrada, aunque no en la forma debida, de tal irregularidad no puede derivarse la menor limitación en orden a la defensa.

Si se incumple el requisito de la notificación, se puede establecer que no implica una vulneración de principios procesales que invalidan la prueba obtenida, como si la entrada hubiera carecido de autorización judicial.

En relación a los sujetos a quien se puede hacer la notificación, prescribe que la notificación se hará al interesado o titular del domicilio, y si no fuere habido en la primera diligencia de busca, a su encargado.

En defecto de éste, se hará la notificación a cualquier persona, mayor de edad, que se halle en el domicilio, prefiriendo a los familiares. Finalmente, si no se hallare a nadie, se hará constar por diligencia, con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla.

La forma de la notificación será con entrega del mandamiento o copia del mismo antes de que comience la práctica de la diligencia, y siempre que aquella se realice sin oposición violenta de la persona afectada. En cualquier caso, la resistencia de estos no impide la práctica de la diligencia acordada sin perjuicio de

que su aptitud puede ser constitutiva de delito de desobediencia grave previsto en la ley.

Corresponde al secretario, si se llega a producir la resistencia, apercibir al interesado y demás personas designadas, del delito en que su comportamiento puede incurrir, haciéndolo constar en la diligencia o acta que levante.

Para los demás edificios o lugares cerrados, distintos de los domicilios particulares, las disposiciones de otros países como España, establecen regímenes propios, que comparados con el tratamiento de los domicilios, en muchos casos facilitan el acto y en otros, por el contrario, atendiendo a normas de inviolabilidad internas o internacionales, someten la entrada a la autorización de la persona competente para velar por tal inviolabilidad.

3.3 Sujetos que pueden intervenir en el registro

Respecto al requisito de quien o quienes son las personas que deben estar presentes durante la ejecución de la diligencia de entrada y registro, con carácter general han de estar los siguientes: El juez, el titular del domicilio, los testigos, los funcionarios de Policía Nacional Civil y el agente del Ministerio Público.

3.3.1 El juez

La ley procesal penal guatemalteca presupone que el juez que acuerda la diligencia esté presente durante su práctica.

Pero también la propia ley permite que el juez que acuerda la medida sea distinto al juez que la practica (en caso de exhorto) o que el juez delegue su ejecución en cualquier autoridad. El juez, por tanto, puede no estar presente en la práctica de la entrada y registro de un domicilio.

3.3.2 El interesado

El registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente. Tal presencia se configura como un derecho-obligación, y sólo podrá practicarse en su ausencia en determinados casos, como son cuando no se le haya en el domicilio o no quisiera concurrir, al mismo tiempo, la obligación de presenciarla al interesado supone una mayor garantía de contradicción.

Si el interesado no está, la diligencia se practicará a presencia de un individuo de su familia, mayor de edad, o en su defecto de dos testigos.

Mención especial merece la presencia del interesado cuando esté privado de libertad o preso. En este supuesto, si que sería precisa su presencia en el registro.

La jurisprudencia española viene exigiendo dicha presencia; y la ausencia del interesado por estar detenido en comisaría, supone una quiebra inaceptable de la garantía que constituye su presencia en tales actos, exigida preceptivamente, y aun más, la diligencia de entrada y registro realizada en ausencia del detenido, al producirse una efectiva indefensión puede ser objeto de nulidad.

Asimismo el interesado tendrá derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando no comprenda o no hable el castellano, en virtud de lo establecido en la ley para estas situaciones.

3.3.3 El abogado

Respecto a la intervención de abogado del detenido en la diligencia de entrada y registro domiciliario, la legislación sólo se refiere a la intervención de abogado en la declaración y en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto el detenido, es decir a la información del detenido de los derechos que le asisten respecto a su defensa técnica.

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca.

Por lo tanto, se deduce que la presencia de abogado defensor del preso o detenido sólo es preceptiva para las declaraciones que éste haya de prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto, debiendo nombrar de oficio para tales supuestos si el interesado no lo hubiere designado, todo ello aparte del derecho a nombrar abogado que le defienda o a solicitar que se le nombre de oficio desde el inicio del procedimiento penal, que no puede interpretarse como que la presencia de abogado de la defensa sea un requisito necesario para la validez de todas y cada una de las diligencias de instrucción.

Así en la diligencia del registro domiciliario no aparece tal requisito, sin embargo, se considera que la presencia de defensor del preso o detenido sólo es preceptiva para las declaraciones que éste haya de prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto, sin que la garantía constitucional de la inviolabilidad de la vivienda, pueda interpretarse en el sentido de que la presencia de abogado defensor será un requisito necesario para la validez de todos y cada una de las diligencias de instrucción.

3.3.4 Los testigos

La presencia de testigos se realiza en la actualidad, únicamente para el caso de que el titular del domicilio no estuviere presente. La presencia de estos testigos en caso de inasistencia del titular del domicilio es lógica y deseable en los casos en que se practica el registro sin presencia de algún secretario judicial, sólo con funcionarios de policía.

Sin embargo, cuando el secretario concurre a la diligencia debe tenerse en cuenta sus actuaciones establecen la plenitud de la fe pública en los actos en que la ejerza, no precisa la intervención adicional de testigos. La presencia de testigos en

este supuesto sería superflua, toda vez que la garantía para el titular ausente se la proporciona sobradamente el secretario judicial.

Respecto de quienes puede ser testigos, han de serlo personas capaces y se ha discutido sobre si los policías podían ser o no testigos en los registros, pero la realidad es, que la función de los mismos es nada más auxiliar de los agentes del Ministerio público, que son quienes realizan la diligencia.

3.3.5 Los policías

Los funcionarios de policía pueden intervenir en la diligencia por propia autoridad, en caso de delito flagrante, o como auxiliares de los agentes fiscales, con asistencia de las personas interesadas en el acto.

El juez puede delegar genéricamente en los funcionarios de la policía, sin nominarlos individualmente, sin perjuicio de que en el acta del registro se nominen cuantos han intervenido en la diligencia, aunque sea con su numeración.

3.3.6 El secretario judicial

Nuestro Código Procesal Penal, no es claro en establecer la necesidad o no de la presencia del secretario judicial en el registro domiciliario, y es un tema que ha causado gran controversia, tanto a nivel jurisprudencial, como a nivel doctrinal, e incluso legislativo, pues la legislación española que regula dicha intervención, fue reformado dos veces en un lapso de tres años. Y literalmente establece que "El registro se practicará siempre a presencia del secretario y dos testigos, sin contar los de que habla el párrafo anterior, extendiéndose acta que firmarán todos los concurrentes"¹.

Dicho artículo era claro, se exigía "siempre" la presencia de secretario judicial y de dos testigos, que podemos denominar "instrumentales". La intervención del secretario judicial, en opinión de Hinojosa Segovia, tiene una triple finalidad: Sirve

¹ Artículo 569. Numeral 4. Ley de enjuiciamiento penal de España. 1992.

como garantía de legalidad, para procurar o preservar el cumplimiento de las formalidades legales; además es una garantía de autenticidad, con la presencia del secretario se otorga plenitud de efectos a cuanto bajo su intervención se realiza, produciendo una convicción de certeza de cuanto el fedatario relata; y finalmente garantiza que la intromisión en la inviolabilidad del domicilio se realizó dentro de los límites establecidos en la resolución judicial.

A pesar de la claridad del citado artículo, la práctica cotidiana es que las funciones del secretario fueran asumidas por los funcionarios de policía que realizaban la inspección y registro. Ello dio lugar a una jurisprudencia contradictoria respecto a la eficacia del acta de registro según estuviera o no presente el secretario.

Luzón Cuesta manifiesta respecto a estas dos posturas que lo ideal, pero no siempre posible, sería que asista a la entrada y registro el secretario judicial, y así el resultado queda garantizado de autenticidad y veracidad que la fe pública le otorga, con validez como prueba preconstituida; pero si no interviene el secretario u oficial habilitado, tal ausencia puede calificarse de irregular, aunque no será obstáculo para que sean tenidos en cuenta los datos objetivos que consten en el acta, siempre que aparezcan corroborados por pruebas complementarias, entre las cuales será fundamental la declaración en el acto de juicio oral de los funcionarios actuantes.

Siguiendo a De Lorenzo Martínez se pueden distinguir las siguientes doctrinas legales:

- La que considera que la no presencia del secretario es una irregularidad procesal subsanable con pruebas complementarias.
- La que considera que la no presencia del secretario equivale a la invalidez de la diligencia como medio de prueba. Considera el acto como radicalmente nulo e insubsanable, ya que entiende que el secretario no sólo da fe, sino que garantiza que la intromisión en la inviolabilidad del domicilio se realiza dentro de los límites contenidos

en la resolución judicial que se acuerda. Acto que no puede ser subsanado.

- La que considera que la no presencia del secretario es una causa de nulidad procesal. El acta es nula pero puede probarse por otros medios, aunque no admite la presencia de los policías como testigos en el juicio partiendo de la irregularidad de la diligencia.

En opinión de Augusto Agudo la falta de intervención del secretario judicial, aun cuando legal, lacra la diligencia, ofreciéndose como prueba irregular carente de operatividad, motivando la pérdida de valor documental público de la misma, con total falta de virtualidad a efectos probatorios de cuanto se relate en ella.

Tal diligencia no será sino un acto del atestado cuyo valor queda limitado por lo que la consecuencia deductiva apunta a que la inasistencia del secretario priva al acta del valor de prueba preconstituida, con la consiguiente devaluación de su valor probatorio.

Así el acto queda reducido a una diligencia con valor de atestado, que no es prueba, pero que puede alcanzar tal condición si quienes lo presenciaron declaran en el juicio oral en presencia del tribunal.

Hoy en día la postura que se viene imponiendo en los países europeos es la que establece que la no presencia del secretario convierte al acto en nulo de pleno derecho, sin perjuicio de que las pruebas puedan ser obtenidas por otros medios.

3.3.7 Práctica del registro

Una vez notificado el auto, a continuación se procede a la práctica del registro, comúnmente llamado allanamiento. El registro consiste en la observación, en el examen minucioso de algo para encontrar y recoger los efectos o instrumentos del delito, libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.

El registro deberá practicarse en un único acto, debiendo evitarse las suspensiones, y en el supuesto de tal extremo, de tener que interrumpirle por fuerza mayor, o que el lugar fuese extraordinariamente grande o que el registro fuese complejo y laborioso, en todos estos casos se adoptarán las medidas de vigilancia y aseguramiento pertinentes.

Vamos a examinar como se practica el registro domiciliario: La primera actuación que ha de verificar la autoridad a la cual fue girada la orden de allanamiento; es comprobar que los datos relativos al domicilio y que hacen constar en el auto coinciden con los relativos al lugar donde se apersona.

En caso contrario se abstendrá de iniciar el registro, so pena de nulidad. Ello no impide que se proceda a poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de error en dichos datos para proceder a la correspondiente rectificación.

A continuación se procede a la notificación de la orden a quien abre la puerta y se explica el objeto de la diligencia, seguidamente se procede al registro de las distintas dependencias u objetos a registrar. Todos están obligados a exhibir los objetos y papeles. Se deberán evitar las inspecciones inútiles procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación.

Se recogerán los instrumentos del delito, libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación, o fueren necesarios para el resultado de la investigación.

Los libros y papeles que se recogen serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el agente fiscal a cargo del diligenciamiento y el interesado y por las demás personas que hayan asistido al registro. Cuando expire el día, sin haberse terminado la diligencia, en caso de haber sido acordada sólo de día, se requerirá al interesado o su representante, para que permita su continuación durante la noche. En el supuesto de descubrimiento de objetos de distinto delito, se entiende, que se está ante un supuesto de flagrante delito.

Del resultado de la diligencia se extenderá un acta, en la que se hará constar: Lugar, día y hora en que se inicia la diligencia, constancia de la notificación del auto de entrada al interesado, las personas intervinientes, presencia del interesado, relación del registro por el orden con que se haya efectuado y los resultados obtenidos, los incidentes que hayan podido ocurrir, los objetos intervenidos, el destino de los mismos, la hora en que concluya la diligencia, la firma del agente fiscal y demás intervinientes.

Este acta que levante la autoridad habilitada y que recoge el resultado y las incidencias del registro, plasmará aquello que observa el secretario por sí mismo o se le manifiesta por los demás intervinientes. El acta tiene que ser un reflejo o descripción de lo ocurrido durante la práctica de la diligencia. Lo normal es que el acta se vaya redactando conforme se va practicando la diligencia, y en el lugar de realización; sin embargo, también serían admisibles que las actas no sean coetáneas a la diligencia, aunque si deben redactarse inmediatamente después.

En cuanto al valor del acta del registro, la jurisprudencia española admite su valor de documento con plena fehcencia.

El Código Procesal Penal establece que si no se encontrasen las personas u objetos que se busquen ni apareciesen indicios sospechosos, se expedirá una certificación del acta a la parte interesada si la reclamare. De ello se deduce que, en caso de que la diligencia sea negativa, se extenderá igualmente un acta y se hará constar su resultado negativo, con entrega de testimonio al interesado, si lo solicita.

3.3.8 El allanamiento en lugares públicos

Para la entrada y registro en edificios o lugares públicos en los supuestos de que exista mandamiento judicial, se seguirá el mismo procedimiento que para el registro de domicilio, salvo la previsión relativa a la posible suspensión de la diligencia si llegara la noche y la innecesariedad de testigos.

Además hay que tener en cuenta las especialidades previstas en la ley para cada registro, pudiendo distinguir:

a. Edificios públicos destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, o municipio. Es necesario solicitar previa autorización al jefe del que el servicio dependa para realizar la entrada. Si éste deniega la autorización, la diligencia se efectuará de todos modos, en ese caso es suficiente con comunicar la resolución en que se disponga la entrada al encargado de la conservación o custodia del edificio o lugar en que se hubiese de entrar, pudiendo pasar inmediatamente a practicar la diligencia.

b. Templos y lugares de culto religioso. Para la entrada y registro en los templos y demás lugares religiosos bastará pasar recado de atención a las personas a cuyo cargo estuvieren.

c. Consulados y embajadas. Para las entradas en las embajadas es precisa la autorización del jefe de la misión, igualmente para los locales consulares necesitarán el consentimiento del jefe de la oficina consular, así lo establece el Convenio sobre Relaciones Diplomáticas firmado en Viena el 18 de abril de 1961.

d. Notarias y registros públicos. En el caso de que la diligencia se lleve a cabo en una notaría, en un Registro de la Propiedad, Registro Mercantil o Registro Civil, se procederá con arreglo a su legislación específica. Normalmente se establece la imposibilidad de trasladar los libros fuera de las respectivas dependencias.

3.4 El allanamiento en el delito flagrante

Según la Constitución Política de la República de Guatemala, es posible la entrada y registro sin consentimiento del titular y sin resolución judicial siempre que se trate de un delito flagrante.

Es preciso señalar que debe entenderse por delito flagrante a efectos de la entrada en domicilio sin autorización judicial. La flagrancia implica, según la doctrina, que el hecho debe ser percibido directamente por los sentidos.

Sobre el concepto de flagrancia Monreal Hernández, comenta que esta palabra procede del termino latino "flagrare" que significa arder o quemar, por lo que, aplicando este significado a un contexto jurídico-penal vendríamos a decir que un delito es flagrante cuando es "resplandeciente", es decir, cometido públicamente y ante testigos, siendo descubierto en el acto de la perpetración.

La doctrina ha sostenido que el delito es flagrante mientras se ve, para quien lo ve cometer, por estar presente en su ejecución. Hinojosa Segovia establece dos notas que conforman el concepto de flagrancia: La actualidad de su comisión, esto es que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo o en un momento inmediatamente posterior y la evidencia de la perpetración.

Del Rosal Blasco dice que la situación de flagrancia criminal es una situación de necesidad en la que se permite la violación de un derecho fundamental para impedir que se produzca, o que se siga produciendo, la violación de otros intereses particulares y colectivos y la vulneración del orden legal establecido.

Dogmáticamente se pueden distinguir tres hipótesis: 1- Delito flagrante, cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión. 2- Delito cuasi flagrante, cuando el autor es detenido o perseguido inmediatamente después de la ejecución sin haber sido perdido de vista por la fuerza pública u otras personas. 3- Sospecha o presunción de delito flagrante, que existe cuando el delincuente fuere sorprendido inmediatamente después de cometido el delito y de cesada la persecución, pero llevando todavía consigo efectos o instrumentos, como armas o cosas sustraídas.

La primera hipótesis hace referencia a la flagrancia en sentido estricto, concurriendo la simultaneidad y la evidencia física. En la cuasi flagrancia, la simultaneidad se sustituye por la inmediatividad y la evidencia física por la evidencia racional. En la sospecha de flagrancia se supone una presunción.

Se define el delito flagrante como aquel "que se estuviera cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente fuera sorprendido, extendiendo el

concepto de flagrancia también al delincuente aprehendido tras la persecución si ésta no fuera suspendida, hasta tanto el delincuente no se haya puesto fuera del inmediato alcance de sus perseguidores".

El concepto jurídico de flagrancia es hoy jurisprudencial, según la cual el concepto de delito flagrante ha de ser objeto de interpretación restrictiva en aras del máximo respeto al derecho reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala y se establece que para que haya delito flagrante ha de sorprenderse al delincuente cuando está cometiendo el delito o inmediatamente después en cuanto se acabare de cometer, que exige una acción de sorprender al delincuente con el objeto, efecto o instrumento del delito.

El delito flagrante queda delimitado por tres requisitos: 1- Por la inmediatez temporal; que se esté cometiendo un delito o se haya cometido instantes antes. 2- Por la inmediatez personal; que el delincuente se encuentre allí en ese momento, en relación tal con el objeto o con los instrumentos del delito que hagan prueba de su participación en el hecho. 3- Necesidad urgente de intervenir los agentes de la policía, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente.

Los funcionarios de policía podrán, en casos excepcionales, por si mismos, practicar la entrada y registro, sin mandamiento judicial, en aquellos casos en los que hubiese mandamiento de prisión y en los supuestos relativos a bandas armadas, terroristas o rebeldes, se permite la entrada y registro por delito flagrante y sin autorización judicial, sobre la base del conocimiento fundado por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos en materia de drogas tóxicas que castiga el Código Penal siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

Gimbernat señala que por delito flagrante habría que entender no aquel que se percibe sensorialmente que se va a realizar dentro de un domicilio, sino aquel otro

que independientemente de si el conocimiento de su posible comisión se ha adquirido o no mediante la percepción, supone la lesión inminente de un bien jurídico. Sólo en estos casos urgentes, en los que recabar la autorización judicial supondría la lesión irreversible de bienes protegidos, sería posible, sobre la base de una ponderación de intereses (se conculca la intimidad domiciliaria para salvar la libertad o la vida) el allanamiento policial sin mandato de entrada o registro.

Según Gómez Colomer existe un concepto de flagrancia más sencillo: El delito es flagrante cuando se comete delante de testigos y a la luz pública, ya que en definitiva y etimológicamente, es flagrante lo que se quema, es decir, lo que resplandece, lo que es manifiesto, en suma, lo que se ve.

Se considera que la legislación no es nada clara con que el concepto de flagrancia sea el estricto, porque, sobre todo en interpretación conjunta con los demás conceptos utilizados por ese precepto, parece que la mera sospecha (indicios) habilita ya a la policía para la entrada y registro domiciliario, es decir, se puede entrar en un domicilio porque es posible (intuición) que dentro haya, por ejemplo, droga, por eso hay que interpretar bien, que se debe tener una continuidad entre el delito y la persecución del delincuente.

De un lado "el conocimiento fundado" que lleve a "la constancia", esto es, a la razonable seguridad o certeza producto de la debida y ponderada valoración de los elementos de juicio concurrentes, de la comisión de un delito relativo a drogas tóxicas o estupefacientes; y de otro, el supuesto de hecho legitimador de la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad sin autorización judicial, la necesidad de la urgente intervención para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

La intervención de las fuerzas y cuerpo de seguridad reviste caracteres rigurosamente excepcionales: Únicamente cuando no sea posible solicitar y obtener la pertinente autorización judicial, por impedirlo la necesidad de evitar urgentemente la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito, será factible esgrimir como "causa legítima" para la entrada y

registro en domicilio "el conocimiento fundado" que lleve a "la constancia" de la comisión de algún delito de los contemplados en el referido precepto.

En esta tesitura, la consideración como causa de justificación de una conducta en principio típica, y desde la perspectiva constitucional, la legitimidad de esta causa de justificación cuyo límite de constitucionalidad estriba en la necesidad, razonabilidad o proporcionalidad.

En opinión de Gómez Colomer, no debe haber un caso especial de registro domiciliario debido a la seguridad ciudadana, sino que es en general el ordinario, que también se podrá practicar por motivos de seguridad ciudadana, como por cualquier causa que interese a los fines de investigación criminal, quedando como únicos supuestos especiales los previstos en el Código Procesal Penal para la realización de ésta diligencia.

CAPÍTULO IV

4. La función del Ministerio Público en las diligencias probatorias

Un elemento estructural de todo sistema de justicia penal es el principio de la persecución penal estatal. La aparición de este principio material, en el ámbito del continente europeo del siglo XIII, transformó profunda y completamente el procedimiento, y provocó la exclusión de uno de los protagonistas del caso, la víctima y la aparición de un nuevo personaje, el inquisidor. Siglos más tarde, el desarrollo del procedimiento penal del viejo continente, especialmente en el siglo XVIII, significó una tibia reforma que conservó el principio material de la persecución pública.

En todo este desarrollo, el Ministerio Público, típico de nuestra tradición jurídica ha adquirido protagonismo no hace mucho tiempo. Lo que este desarrollo histórico indica, sin dudas, es la influencia que tiene el principio de persecución penal estatal y las facultades atribuidas a los distintos actores del procedimiento en la configuración de los principios estructurales del enjuiciamiento penal.

En el sistema acusatorio, el órgano jurisdiccional se activa siempre ante la acusación de órgano o una persona, esto es, se acciona motivando al poder jurisdiccional para que actúe ante la puesta en peligro de bien jurídico legalmente protegido.

En el sistema inquisitivo, el propio órgano jurisdiccional toma la iniciativa para originar el proceso penal ante la puesta en peligro de un bien jurídico legalmente protegido, es decir actúa de oficio y el proceso penal es excesivamente formal, riguroso y no público.

Mientras que en el sistema mixto, se conjuga tanto el sistema acusatorio como el inquisitivo. El proceso penal en este sistema tiene dos etapas:

- La instrucción (investigación) /Sistema Inquisitivo
- El juicio oral o juzgamiento /Sistema Acusatorio

Dentro del sistema acusatorio modernizado, el órgano jurisdiccional se activa ante la acusación de un ente ajeno a la administración judicial (Ministerio Público) al producirse un delito. El Ministerio Público está a cargo de la etapa de la investigación.

Si hubiera de mantenerse el esquema normal del proceso aparecería como parte acusada aquella persona a la que se imputa la comisión de un delito y como parte acusadora el ofendido o el perjudicado por el mismo. Este no tendría derecho subjetivo a la imposición de una pena pero sí quedaría legitimado para instar la aplicación por el tribunal del derecho penal. Con todo, este esquema de acusador igual a ofendido por el delito y de acusado a quien se imputa la comisión del delito, se quebró, y para siempre, cuando se reconoció que la persecución de los delitos no puede abandonarse en manos de los particulares, sino que es una función que debe asumir el Estado y ejercerla así el Ministerio Público o fiscal.

El Ministerio Público es, por consiguiente, una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso, manteniendo el esquema básico de éste, y de ahí que se le convierta en parte acusadora que debe actuar conforme al principio de legalidad.

El que el Ministerio Público realice su actuación en el proceso conforme a los principios de legalidad y de imparcialidad, no dice nada en contra de la consideración del mismo como una verdadera parte procesal y, por esencia, parcial. Dejando a un lado la *contradictio in terminis* que implica, ni siquiera por razones que hacen a la esencia de su función puede calificarse al Ministerio Público de "parte imparcial".

No podría ser de otra manera, si se tienen presentes los propósitos que justificaron la creación de la función requirente. En tal sentido, los fines que persigue el Ministerio Público, no son los que corresponden a los verdaderos protagonistas de un conflicto social, pues éstos, naturalmente, se orientan en función de un interés personalísimo, en tanto que el órgano estatal tiene como encargo ineludible la realización de la voluntad de la ley, la materialización del ius puniendi, en los casos en que justa y legalmente proceda.

4.1. Regulación constitucional que rige la función del Ministerio Público

Regula la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 251, “Ministerio Público. El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica”.

El Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del tribunal de Honor de dicho Colegio.

Para la elección de candidatos se requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión.

En las votaciones, tanto para integrar la Comisión de Postulación como la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación.

El Fiscal General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Presidente de la República podrá removerlo por causa justificada debidamente establecida.

El Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación, que es la preparación de la acción. De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 309 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público actuará en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitar la realización de sus funciones. Tiene como auxiliares en la investigación a los funcionarios y agente de la Policía Nacional Civil, quienes están subordinados a los fiscales y deben ejecutar sus órdenes.

En su actividad investigadora, el fiscal deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para:

- Determinar la existencia del hecho con las circunstancias de importancia para la ley penal: la existencia del hecho, el lugar y el tiempo; las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, que pueden ser relevantes para la tipificación o la apreciación de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes. Al determinar que hechos son relevantes, será necesario recurrir a la ley penal;

- Comprobar que personas intervinieron y de que forma lo hicieron: (Artículos 36 y 37 del Código Penal). Asimismo, investigará las circunstancias personales de cada uno que sirvan para valorar su responsabilidad;
- Verificar el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil. Para efectuar estas investigaciones el Ministerio Público tiene como auxiliares a los funcionarios y agentes de la policía, quién están subordinados al fiscal y deben ejecutar sus órdenes.

En el ejercicio de su función el Ministerio Público goza de amplios poderes y facultades. De hecho, todos los poderes que otorga el Código Procesal Penal pueden ser ejercidos por el fiscal, salvo que expresamente la ley lo otorgue a otro órgano. (Artículo 110 del Código Procesal Penal).

Sin embargo, el Ministerio Público no tiene una función unilateral de persecución. A diferencia del querellante, cuyo objetivo es lograr la condena del imputado, el fiscal ha de ser objetivo. Deberá preservar el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, lo que implica que también tendrá que formular requerimientos, solicitudes y practicar pruebas a favor del imputado. Un sobreseimiento o una sentencia absolutoria no tiene por que ser un fracaso del fiscal. En realidad está obligado tanto a proteger al acusado como a actuar en contra de él, observando siempre la objetividad en su función.

Según lo dispuesto en el Artículo 315 del Código Procesal Penal, el imputado, su defensor y el querellante podrán proponer medios de investigación al Ministerio Público en cualquier momento del procedimiento preparatorio. Si los considera pertinentes y útiles tendrá que practicarlos. En el caso en el que considere que no procede practicar las pruebas, el fiscal tendrá que dejar constancia por escrito de los motivos de su denegación.

En el desarrollo de su investigación el fiscal debe ser muy cauteloso para evitar que se vulnere el derecho de defensa del imputado. Salvo los casos expresamente previstos por la ley (Artículo 314, cuarto párrafo del Código Procesal Penal), el fiscal no puede ocultarle al abogado de la defensa las pruebas practicadas, (no obstante, el fiscal tampoco tiene que enseñarle a las demás partes su estrategia de investigación). El derecho de defensa del imputado, no empieza en el debate ni en el procedimiento intermedio, sino desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra. (Artículo 71 Código Procesal Penal).

El Artículo 48 de la Ley Orgánica del Ministerio Público exige que el Ministerio Público recoja de forma ordenada los elementos de convicción de los hechos punibles para permitir el control del superior jerárquico, de la defensa, la víctima y las partes civiles.

Para realizar una buena investigación, el fiscal que va a tener a cargo el caso, tiene que oír, respetando las garantías legales, al imputado durante el procedimiento preparatorio. De lo contrario, el fiscal no está escuchando a la persona que puede conocer más directamente los hechos. No podrá conformarse con la declaración escrita, ya que esta suele ser limitada y además se pierde la intermediación y la percepción visual. Por ejemplo, en las actas consta que el imputado golpeó a varios policías y al verlo es una persona de constitución endeble.

4.2. Principios que rigen su función

4.2.1. La objetividad

El Ministerio Público tiene fundamentada su participación en el proceso penal como órgano acusador en ejercicio del principio acusatorio, que motiva la separación de funciones entre órganos de la administración de justicia en el código anterior no existía la separación ni independencia de funciones ya que los jueces, investigaban, juzgaban y ejecutaban sus decisiones, se encargaban de averiguar los

delitos y el Ministerio Público no tenía un papel relevante dentro del proceso. Actualmente con el cambio del sistema inquisitivo al acusatorio se puede en mayor escala garantizar constitucionalmente, la separación entre la potestad de juzgar y la facultad de investigar ya que con la separación de funciones, se ha señalado que la investigación de los hechos delictivos no forma parte de la jurisdicción como potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado.

El Ministerio Público debe ser objetivo por mandato legal, así lo estipula el Artículo 108 del Código Procesal Penal que regula: “Objetividad. En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal. Deberá formular los requerimientos y solicitudes conforme a ese criterio, aún en favor del imputado”.

El Ministerio Público manifiesta su jerarquía institucional de la siguiente forma, el Jefe del Ministerio Público es el Fiscal General de la República, le sigue el consejo superior del Ministerio Público, los fiscales de sección y de los fiscales de distrito, los agentes fiscales y los auxiliares fiscales.

Establece el autor Raúl Figueroa Sarti que “la reforma constitucional de 1993 otorgó al Ministerio Público el deber y derecho de perseguir de oficio, en representación de la sociedad, los delitos de acción pública, aspecto básico del sistema acusatorio que separa la función de juzgar y la de acusar. La soberanía del Estado es única; tiene manifestaciones distintas y separadas, pero coordinadas. Los jueces y magistrados no pueden realizar actividades distintas a la de juzgar y ejecutar lo juzgado, debido a lo cual les está vedado mezclarse, directa o indirectamente, con el ejercicio de la acción pública o la investigación de delitos”².

² Figueroa Sarti, Raúl, **Código Procesal Penal, concordado y anotado con la jurisprudencia constitucional**, pág. 81.

4.2.2. La imparcialidad

La teoría de la justicia como imparcialidad, o más generalmente en un equilibrio reflexivo. Así la imparcialidad no sólo se le exige al juez. Imparcial ha de ser toda la justicia y cualquier poder político, cuando pretende hablar en nombre de todos. Siendo entonces el Ministerio Público parte del sistema de administración de justicia, según como lo describe la ley, también deberá ser guiado por el principio de imparcialidad.

Por otro lado conforme enseña el ejercicio de la justicia consiste en el reparto de todos los objetos susceptibles del mismo, por personas autorizadas entre todos y cada uno de los receptores en determinada forma y según ciertos criterios; entendiendo por justicia el conjunto de criterios que se refieren a los hombres como repartidores y receptores, a los objetos del reparto y a la forma adecuada de realizarlo.

Así, si todas las partes en un asunto están de acuerdo con una determinada reglamentación, no sólo no existe ninguna objeción contra el ser parte de los repartidores (entiéndase de justicia), sino que ello constituye un caso ideal, puesto que a las partes no sólo corresponde el conocimiento más íntimo del asunto, sino que su acuerdo, además, asegura la paz. He aquí, como sabemos, las excelencias del reparto autónomo.

4.2.3 Debido proceso

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 12, que “nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal...” con respecto al debido proceso que se encuentra estipulado en el Artículo 4 del Código Procesal Penal se refiere a este principio indicando: “...un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este código y a las normas de la constitución, con observancia de las

garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado”.

El debido proceso es puesto en práctica en el momento mismo en que se manifiesta la acción penal a través de “cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal”³, conocidos como actos introductorios, respetando, desde luego, al sindicado en el ejercicio pleno de sus derechos, y el uso de los recursos legales.

La importancia del principio del debido proceso, por su naturaleza sirve como un instrumento para la existencia y aplicación de otros principios y garantías que únicamente pueden ser restaurados a través del debido proceso, siendo éste una garantía en la jurisdicción dentro de un Estado de derecho. El tratadista Arturo Hoyos, indica que: “Este derecho fundamental asegura a las partes en todo proceso, legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas, la oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto a las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación, consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”⁴.

Hay que destacar que el debido proceso quiere una justicia adecuada a la medida de la dignidad humana, pues el proceso se realiza entre seres humanos y no la subordina a nada, de tal modo que si finalmente se condena a alguien, se condena a una persona.

³ Artículo 71, **Código Procesal Penal**, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

⁴ Escuela de verano del poder judicial, **Seminario especializado de derecho procesal penal: principios procesales y debido proceso**, pág. 7.

Actualmente el proceso penal con el Código Procesal Penal vigente, permite la protección de los derechos humanos, o sea, se garantiza al ciudadano, la tutela de sus derechos fundamentales, para que el proceso seguido en su contra concluya con una sentencia fundada y, el fiel cumplimiento de los principios supremos del derecho, por que así lo exige un Estado de derecho.

Debemos recordar que si Guatemala es un Estado democrático, porque, y así lo regula expresamente la Constitución Política de la República de Guatemala; y, si vivimos en un Estado de derecho, debe el Estado orientarse a garantizar jurídicamente lo que se regula taxativamente con el Código Procesal Penal.

Hay que destacar que el objetivo central y más importante del Código Procesal Penal, es lograr la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, pues es un reconocimiento a la importancia de la persona y de sus derechos fundamentales como centro del ordenamiento jurídico y del actual del Estado.

4.3 Esquema y principales actividades que realiza el Ministerio Público dentro de la investigación

La investigación realizada por el fiscal debe seguir un esquema lógico:

- Análisis de la información: reconocimiento de los hechos, planteo de la hipótesis preliminar, descubrimiento de la información y formulación del núcleo del caso;
- Construcción de la hipótesis definitiva: construcción de hipótesis posibles, selección de la hipótesis mejor sustentada;
-

- Comprobación de la hipótesis: refutación, verificación de la tipicidad, confirmación de la hipótesis.

Las diligencias más comunes en el marco de la investigación son:

- Inspección de la escena del crimen;
- Incautación y secuestro de evidencias;
- Orden de investigación a la policía;
- Práctica de pericias;
- Recolección de testimonios;
- Careos (Artículos 250 al 253 del Código Procesal Penal);
- Identificación de cadáveres;
- Reconocimiento (Artículos 194, 246 y 247 Código Procesal Penal);
- Reconstrucción de hechos (Artículo 380 Código Procesal Penal).

4.4. La intervención del juez durante la investigación

El sistema acusatorio, que rige en el Código Procesal Penal le otorga al fiscal la obligación de investigar y al juez de primera instancia la de controlar. La intervención del juez de primera instancia durante la investigación se concreta en seis puntos principales, sin perjuicio de otras actividades del juez durante el procedimiento preparatorio, como la resolución de cuestiones incidentales.

Los puntos en los que se concreta la actividad de control del juez de primera instancia son los siguientes:

- El control sobre la decisión del ejercicio de la acción (Artículos 25, 27, 47 y 310 del Código Procesal Penal: El juez es quién controla la decisión del Ministerio Público de abstenerse, suspender o desestimar el ejercicio de la persecución penal;
- La decisión sobre la aplicación de alguna medida de coerción sobre el imputado. (Artículo 257 y siguientes del Código Procesal Penal);
- La autorización en diligencias limitativas de derechos constitucionales, tales como el allanamiento en dependencia cerrada (Artículo 190 del Código Procesal Penal) o el secuestro de cosas (Artículo 201 del Código Procesal Penal);
- La práctica de la prueba anticipada. (Artículo 317 del Código Procesal Penal),
- El control sobre la admisión por parte del fiscal de diligencias propuestas por las partes. (Artículo 315 del Código Procesal Penal);
- El control de la duración de la investigación. (Artículo 324 bis del Código Procesal Penal).

CAPÍTULO V

5. Irregularidades legales y humanas en la realización de la diligencia del allanamiento

5.1 Irregularidades de carácter legal

En virtud de las constantes violaciones a las que las personas sindicadas de la comisión de un hecho delictivo ha sido objeto, cuando las autoridades proceden a diligenciar un allanamiento, se establece que la defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el curso del proceso penal.

Nuestra legislación reconoce que nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente en el que se hayan observado las formalidades y garantías de ley.

La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo que por orden escrita de juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia y dentro del horario preestablecido en la ley y siempre en presencia del interesado o de su mandatario.

“La inspección es un medio probatorio mediante el cual, el funcionario que la practica, percibe directamente con sus sentidos materialidades que puedan ser útiles por sí mismas para la averiguación de los hechos objeto del proceso. Si bien el Código Procesal Penal utiliza el término registro para la inspección que se realiza en un lugar cerrado en el que se requiere autorización judicial”⁵

De acuerdo con el Artículo 187 del Código Procesal Penal, mediante la inspección se comprobará el estado de las personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere de utilidad para la averiguación del hecho o la individualización de los partícipes en él.

⁵ Manual del Fiscal, Ministerio Público de la República de Guatemala, pág. 149.

Los rastros son las modificaciones en el mundo exterior que se han producido a consecuencia del delito y que su análisis ayudará a descubrir al autor o el modo de comisión del delito. Los efectos materiales son las evidencias que posteriormente pueden convertirse en objeto de prueba, como una pistola, un cuchillo o ropa, etc.

La ley procesal penal regula la inspección de lugares en los Artículos del 187 al 193. La inspección se dará generalmente en el lugar de los hechos, la escena del crimen, o en el lugar en el que se puedan encontrar evidencias relacionadas con el delito, como por ejemplo el domicilio del sindicado.

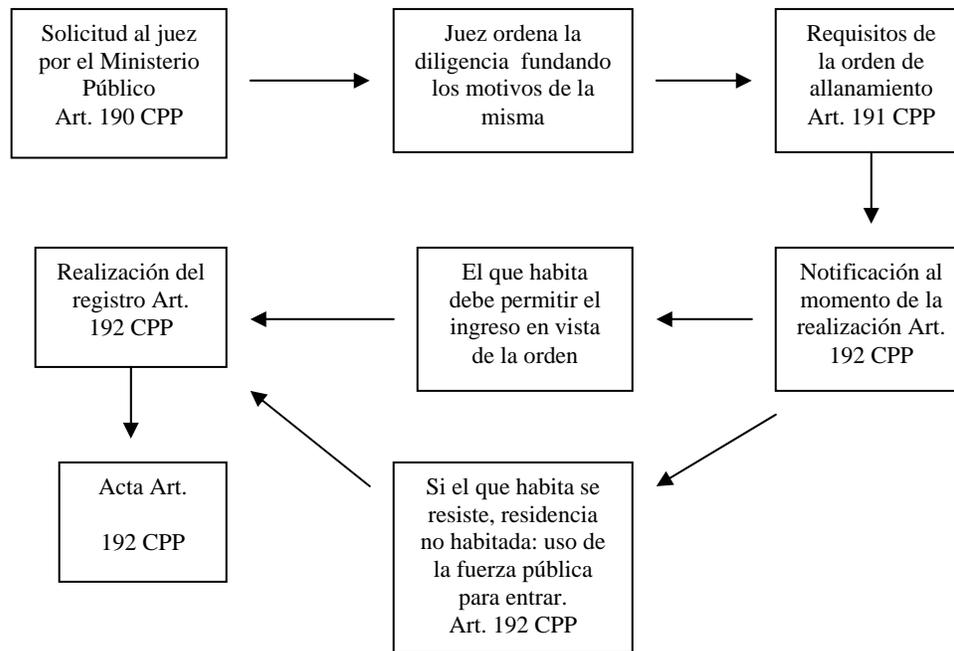
Además de buscar evidencias, y huellas, las inspecciones tienen otras finalidades, como por ejemplo verificar la luminosidad del lugar, el tipo de vida y otras cuestiones que se estimen pertinentes y que puedan servir para la investigación y que en el momento procesal, puedan también incorporarse como medios de prueba.

En virtud de lo anterior, se puede determinar la importancia que tiene la diligencia del allanamiento, dentro del proceso penal, y sobre todo que en la realización de la misma, se observen todos los derechos y garantías que protegen tanto a la vivienda como al sindicado, pues es por demás sabido que cualquier falta al procedimiento, abuso de autoridad, o violación a los derechos del sindicado, puede provocar un leve avance del procedimiento y dar puerta abierta a la interposición de recursos que lejos de atacar el proceso, lo estanque, perjudicando no solamente a la víctima, sino una inversión de recursos materiales y económicos del Estado en un proceso que no va a dar los frutos que la sociedad guatemalteca espera.

De conformidad con la investigación realizada, hemos podido evidenciar cual es el procedimiento que la ley estipula para la realización de la diligencia del allanamiento, pero desgraciadamente en la actualidad éstos no son observados al pie de la letra, situación que causa problemas en el momento de la reproducción de la prueba, es decir, en el juicio.

Para poder entender mejor lo anterior, veamos el siguiente esquema:

Procedimiento de la diligencia del allanamiento



Nuestro sistema procesal penal no sigue el principio inquisitivo, sino el acusatorio. La fase instructora, tiene como finalidad la preparación del juicio oral, donde se concentra la actividad probatoria y en base a lo que se actúe en el juicio oral se puede fundamentar la sentencia.

Sólo hay una excepción, en el caso de la prueba anticipada y los requisitos para reconocer el carácter de prueba anticipada a ciertas diligencias instructoras, es, que siempre sean practicadas con las exigencias de la ley y se dé el requisito objetivo de su muy difícil o imposible reproducción.

Centrándonos en la diligencia del allanamiento, no hay problema legal en considerarla prueba preconstituida si se practica siguiendo estas pautas; así se establece con la posibilidad de que sean las autoridades que realicen el registro quienes recogen los instrumentos o efectos del delito.

Si en la diligencia se cumplen todos los requisitos procesales previstos en la legislación ordinaria producirá los efectos normales a que va destinada pues tendrá

el valor de un acto de averiguación y comprobación del delito, y habida cuenta de que se trata de una diligencia de contenido objetivo y de imposible reproducción en el juicio oral puede tener un valor al final de una prueba anticipada, esto es, aquella que se practica en un momento anterior al que corresponde según el orden del procedimiento, porque no es previsible que no se podrá realizar en el juicio oral. Mientras que la prueba preconstituida implica la realización de algún acto expreso a los efectos de preparar una prueba de cara a un proceso futuro.

En virtud de lo anterior y frente al valor probatorio normal o eficacia normal de las diligencias de allanamiento cuando se cumplen todos los requisitos legales, nos podemos encontrar con situaciones de diligencias que incumplan alguno de los presupuestos constitucionales o alguno de los requisitos ordinarios de la ley y nos planteamos, qué sucede con la prueba obtenida por medio de un registro realizado con violación del precepto constitucional o bien, incumpliendo con el procedimiento preestablecido para el efecto.

Para ello debemos de partir de la doctrina tradicional que hace prevalecer el interés público sobre el particular en la pugna entre el descubrimiento de la verdad material del proceso penal y el respeto a los derechos individuales. Y se considera la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental.

Así pues, la prueba obtenida por medio de un registro realizado con violación de la Constitución Política de la República de Guatemala, es radicalmente nulo, por ilegítimo, si no existe consentimiento del titular, ni resolución judicial que lo autorice, ni el delito fuera flagrante.

Como dice Velasco Núñez la prueba ilícita con vulneración de derechos fundamentales (por ejemplo entrada y registro sin consentimiento del titular o con consentimiento viciado o realizado sin mandamiento judicial) genera la nulidad absoluta que "contamina" a las pruebas derivadas y no puede convalidarse por diligencias posteriores, salvo que sean auténticamente independientes. Ello significa que, siendo nula la diligencia de entrada y registro, el delito no puede ser probado

por otros medios, siempre que no se deriven directa o indirectamente de aquella diligencia.

Otra cuestión es que la infracción no sea constitucional, sino de la legislación ordinaria. Velasco Nuñez dice que si la prueba irregular se ha realizado sin vulneración de derecho o libertad fundamental pero con trasgresión de garantías legales, lo que denomina "ilícito penal" da lugar a la nulidad relativa o anulabilidad que hace ineficaz la prueba irregular pero su efecto no se extingue, no contamina las pruebas aun derivadas de la misma fuente que pueden ser convalidadas con diligencias posteriores.

Esta posición es criticada por Fernández Entralgo porque en definitiva se justifica la condena del acusado, introduciendo a través de hechos admitidos por aquel, como fuente independiente la información procedente de otra ilegítimamente obtenida.

Hinojosa Segovia dice que aun cuando pueda distinguirse entre infracción constitucional e infracción de la legalidad ordinaria, su infracción producirá el mismo efecto que la llamada prueba ilícita: Su nulidad de pleno derecho y la inexistencia procesal de los efectos o instrumentos que se encontrarán en la diligencia, no pudiendo ser sanados por otros medios de prueba que derivaran del acto nulo.

Finalmente, y a modo de conclusión, podemos puntualizar que finalidad se persigue con la observancia de los preceptos que regulan en la diligencia de registro domiciliario es que esta dependiendo de la forma en la que se realice la misma dependerá de la fuerza que ésta pueda tener como prueba en el juicio.

Se considera importante que se pueda contar con la concurrencia del secretario judicial en una diligencia de registro domiciliario, pues permitiría la consecución de tres diferentes objetivos:

- a. Desde una perspectiva constitucional, la presencia del secretario judicial garantiza que la diligencia de registro domiciliario no vulnera el derecho

fundamental a la inviolabilidad del domicilio, extralimitándose o yendo más allá del contenido de la autorización judicial o, lo que es lo mismo, que dicha diligencia se va a utilizar contando con la pertinente autorización judicial, en el domicilio señalado y ante la presencia de la persona afectada.

- b. Desde una perspectiva procesal, la concurrencia del secretario judicial garantiza que la diligencia de registro domiciliario se desarrolla de conformidad con la legislación procesal ordinaria. El secretario controla o verifica personalmente las actividades policiales de búsqueda de objetos en el interior del domicilio registrado y presencia cualquier actuación procesal relevante que se produzca en el interior de la vivienda registrada.

- c. Desde una perspectiva actuarial, el secretario judicial documenta en acta todo cuanto haya presenciado personalmente, dando fe pública, con plenitud de efectos, de lo por él visto y oído, dado su imposible reproducción en el juicio oral. El secretario da fe pública de todo cuanto haya presenciado en relación con la práctica de la diligencia de registro domiciliario.

5.2 Irregularidades de carácter humano

En virtud de la investigación que se realizó, se pudo constatar, que los agentes de la policía muchas veces se presentan en las viviendas que desde ya, saben que van a ser allanadas, y realizan actos vandálicos, pues se apropian de objetos de valor del propietario, o muchas veces, esos mismos objetos son producto del delito, y cuando llega el Ministerio público con la orden de allanamiento a realizar la diligencia, ya no encuentran mayores cosas, que las que los agentes de la policía

dejaron, cosas que difícilmente podrán ser incorporadas al proceso como medio idóneo de prueba.

Situaciones como ésta son muy comunes, pues las personas desconocen sus derechos, y cuando se ven copados por un grupo de policías, deciden abrir la puerta, sin solicitar la orden de juez y mucho menos sin conocer el procedimiento que ellos debieran realizar.

Hay veces, en los que la policía llega a realizar hasta detenciones en los lugares allanados, primero sin la orden del juez, cuestión que; aunque se tenga en las manos al responsable en la comisión del ilícito, se está cometiendo una aberrante violación a sus derechos, pues sería una detención ilegal si se encuentra dentro de su residencia y las fuerzas policiales entraron sin observar los preceptos legales.

No hay que obviar, que en otras situaciones, aunque se presente el Ministerio Público, con la respectiva orden de juez, junto con el auxilio de la policía, se dedican más que nada a hacer otras cosas, como entrometerse en la privacidad de una vivienda, y consignar otros objetos que ni siquiera tienen que ver en el delito que se persigue, sólo con el puro ánimo de hacer el daño, cuando ellos tienen que circunscribir sus actuaciones al objeto de la investigación.

No es coherente que en un allanamiento que se realice en un taller mecánico por supuesta investigación de robo de vehículos, se incaute medicina que el propietario del lugar tiene para uso personal, o bien que se secuestre una computadora personal tipo laptop por que no tenga la factura en sus manos, pues se le estaría sindicando indirectamente de otro delito, o bien se le estaría privando de sus pertenencias.

Todos conocemos de antemano el rumbo que tienen esos bienes en manos de algunas autoridades inescrupulosas que cuando secuestran ciertos objetos, les dan usos personales o bien, los desarman para quitarle los componentes que les sirvan, pues total para ellos esos bienes son objeto de delito, sin antes haber corroborado la participación de esta persona en la comisión del mismo.

CONCLUSIONES

1. La falta de una orden judicial escrita para proceder al allanamiento de una morada, así como los requisitos mínimos que han de cumplirse para que sea legítima, constituye un defecto absoluto del proceso penal.
2. La vivienda es inviolable, pues nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo que por orden escrita de juez competente, en la que se especifique quien realizará la diligencia, por qué motivos, y a qué hora; siempre que sea dentro del establecido en la ley y en presencia del interesado o de su mandatario.
3. El derecho de inviolabilidad de la vivienda se considera un derivado del derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona, y guarda estrecha relación con el valor seguridad reconocido por la Constitución Política de la República de Guatemala.
4. Son muchas las irregularidades que se dan día tras día en la práctica de la diligencia del allanamiento de morada, tanto por las autoridades policiales como por el Ministerio Público, por algunos funcionarios malintencionados que pertenecen a tan importantes instituciones auxiliares de la administración de justicia, entre las que podemos mencionar, la realización de los allanamientos sin orden de juez competente, el abuso de autoridad en la ejecución de la misma y el secuestro de bienes que no son objeto de la averiguación, lo cual perjudica al interesado que se ve afectado en su patrimonio, antes de comprobársele la participación en el hecho delictivo que se le atribuye.

5. Las irregularidades descritas en el trabajo objeto del presente estudio, demuestran la falta de capacidad y el irrespeto a la ley, por las autoridades que realizan dichas diligencias.

RECOMENDACIONES

1. Que se establezca una sanción de suspensión a los agentes de la Policía Nacional Civil y al personal del Ministerio Público, cuando se realice una diligencia de allanamiento sin la obtención de una orden de juez competente, y la observancia de todo el procedimiento que la ley establece, pues si no se realiza así, sería un acto que podría ser redargüido de nulidad con posterioridad, y se puede estar frente a dos situaciones: o la liberación de un delincuente, en donde se tuvo en las manos los objetos y las herramientas que podían probar su participación en un hecho y por una diligencia anómala se perdió; o bien, pues se impartiría justicia al haber violado la privacidad de una persona proba.
2. Se sugiere la presencia de algún funcionario, como el secretario judicial o un defensor público, para que pueda velar por la legalidad de la diligencia; además, si el acta de la diligencia es redactada por un secretario judicial, estaría investida de la fe pública que éste ostenta y produciría plena prueba en juicio.
3. Se recomienda capacitación constante a las autoridades que participan en las diligencias de allanamiento, para que no se continúe con la serie de irregularidades e ilegalidades que se cometen en dichas diligencias.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Derecho procesal penal**. Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 2004.
- ANGOSTO AGUDO, Rosa Maria. **La diligencia de entrada y registro como acto documentado. Su introducción en el juicio oral**. Madrid, España, Ed. Aranzadi (s.f.).
- BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. 2da. Edición. Guatemala, Ed. Magna Tierra Editores, 1997.
- BERTOLINO, Pedro. **El Funcionamiento del derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1985.
- BINDER BARZIZZA, Alberto. **Derecho procesal penal, Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires: Argentina, (s.e.) ,1993
- BURGO A, Ignacio. **Las garantías individuales**. México Ed. Porrúa, 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliastas, 1996.
- CEREZO, Mir. **Curso de derecho penal español**. 4ta. Edición. Madrid, España (s.e.), 1994.
- CLIMENT DURAN, Carlos. **Sobre la intervención del secretario judicial en el registro domiciliario**. Revista del poder judicial. Madrid, España, (s.e.) Num. 31, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Antón. **Manual de derecho penal**. Madrid, España, (s.e.),1992.
- COBO DEL ROSAL, Antón. **Derecho penal**. 3ra. Edición, Valencia, España, (s.e.),1999.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco. Parte general y parte especial**. Guatemala, (s.e.), 2003.
- DE SOTO, Domingo. **Del derecho y la justicia**. (De Jure et iustitia), Instituto de Estudios Políticos. 1era. Edición. Santiago, Chile, Editorial Covadonga, 1986.
- FIGUEROA NAVARRO, Mari Carmen. **Entradas y registros domiciliarios**. 1era. Edición, Buenos Aires, Argentina, Ed. Tecnos, 1994.

GOLDEROS CEBRIAN, José. **Las actas judiciales en las diligencias de entrada y registro.** Estudios Jurídicos del cuerpo de secretarios judiciales. Vol. V. Madrid, España, (s.e.), 1997

GOMEZ COLOMER, Juan Luis. **El registro domiciliario por motivos de seguridad ciudadana.** Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre de 1993. Madrid, España, (s.e.), 1993.

GONZALEZ MAILLO, Francisco. **La prueba ilícitamente obtenida. Entradas y registros domiciliarios.** Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales Vol. IV. Madrid, España, (s.e.), 1998.

HINOJOSA SEGOVIA. Rafael. **La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal.** Ed. Derechos Reunidos, (s.e), 1996.

RUIZ DE JUAREZ, Crista. **Teoría general del proceso.** 5ta. Edición, Guatemala, (s.e.) 1997.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, S.A., 1990.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA. **Instructivo general para elaboración y presentación de tesis.** Guatemala, Guatemala. Unidad de Asesoría de Tesis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2006.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala, 1986.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, Guatemala, 1992.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Guatemala, 1989.