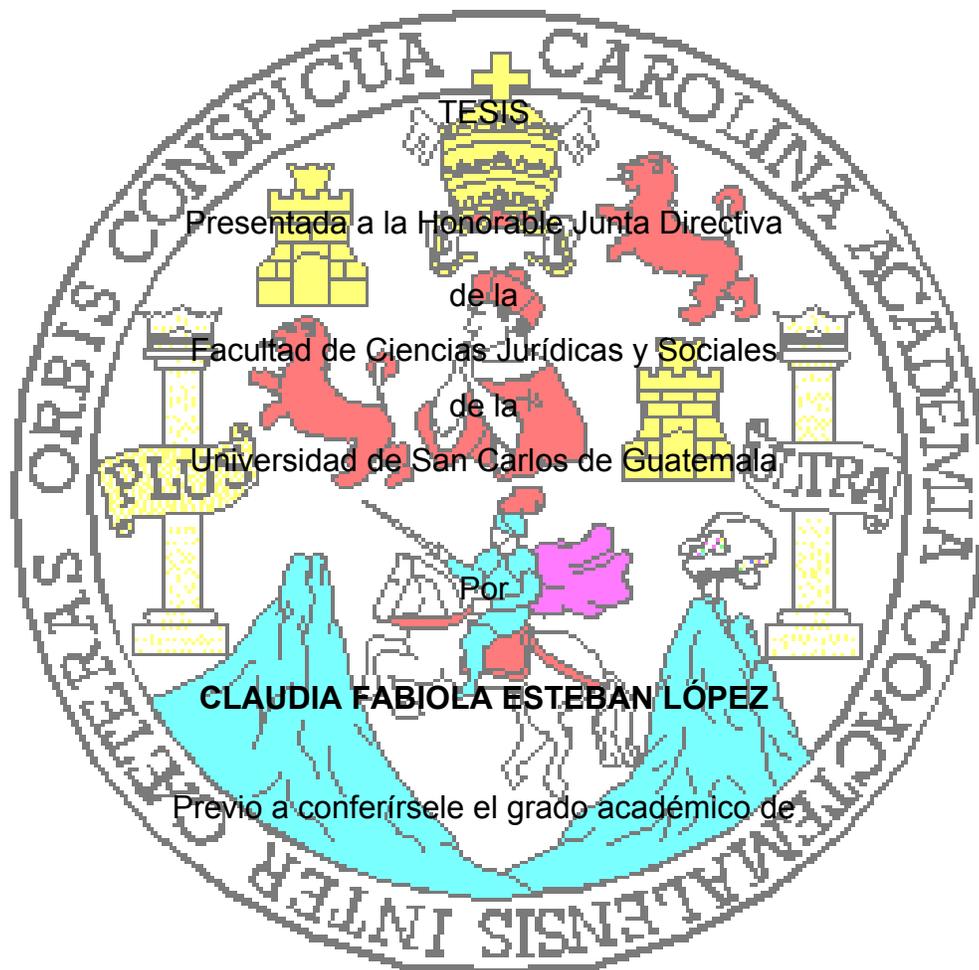


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**COBERTURA DE LA LEY Y DEL INSTITUTO DEL SERVICIO DE DEFENSA EN EL
PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE AUSENCIA Y, UN RÉGIMEN DE
NOTIFICACIONES, PARA DARLE CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DEFENSA
Y DEBIDO PROCESO DEL AUSENTE**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CLAUDIA FABIOLA ESTEBAN LÓPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio de 2009

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

**COBERTURA DE LA LEY Y DEL INSTITUTO DEL SERVICIO DE DEFENSA EN EL
PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE AUSENCIA Y, UN RÉGIMEN DE
NOTIFICACIONES, PARA DARLE CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DEFENSA
Y DEBIDO PROCESO DEL AUSENTE**

CLAUDIA FABIOLA ESTEBAN LÓPEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2009

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

DECANO	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licenciado
Carlos Iván Herrera Gil
21 Av. 1-13 Zona 3 Guatemala Ciudad
Teléfono 59178555
Col. 6898



Guatemala, 8 de Septiembre, 2008

Señor Jefe de la Unidad de Tesis
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Estimado Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con nombramiento emitido por esa jefatura, en el que se dispone nombrarme como asesor del trabajo de tesis de la Bachiller CLAUDIA FABIOLA ESTEBAN LÓPEZ, que se intitula "COBERTURA DE LA LEY Y DEL INSTITUTO DEL SERVICIO DE DEFENSA EN EL PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE AUSENCIA Y, UN RÉGIMEN DE NOTIFICACIONES, PARA DARLE CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO DEL AUSENTE", procedí a emitirle opinión e indicar los arreglos que el suscrito considero pertinentes.

El trabajo se refiere a la propuesta de cobertura tanto de la ley como del Instituto de Defensa Pública Penal en el proceso civil de ausencia con el objeto que el ausente cuente con defensa gratuita e imparcial.

El trabajo contiene una gran contribución científica y técnica a estudios de Derecho Penal y Civil, además la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental -bibliográfico.

Las conclusiones realizadas resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación, habiendo empleado los métodos y técnicas que permiten aportaciones valiosas y propuestas concretas de solución.

Al haber cumplido con cambios sugeridos por el suscrito asesor y con los requerimientos científicos y técnicos de conformidad con el Artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, emito DICTAMEN FAVORABLE para que el presente trabajo continúe el trámite respectivo.

Atentamente,

Lic. Carlos Iván Herrera Gil
Abogado y Notario



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta de septiembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HUGO ROBERTO FIGUEROA RUIZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CLAUDIA FABIOLA ESTEBAN LÓPEZ, Intitulado: "COBERTURA DE LA LEY Y DEL INSTITUTO DEL SERVICIO DE DEFENSA EN EL PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE AUSENCIA Y, UN RÉGIMEN DE NOTIFICACIONES, PARA DARLE CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO DEL AUSENTE".

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, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm



Licenciado
HUGO ROBERTO FIGUEROA RUIZ
hrfigueroar@hotmail.com
Avenida Reforma 1-64 zona 9 Oficina 203, Segundo nivel
Guatemala Ciudad
Teléfono 23615556-23317866
Col. 1612



Guatemala, 15 de Octubre de 2008

Señor Jefe de la Unidad de Tesis
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Castro Monroy:

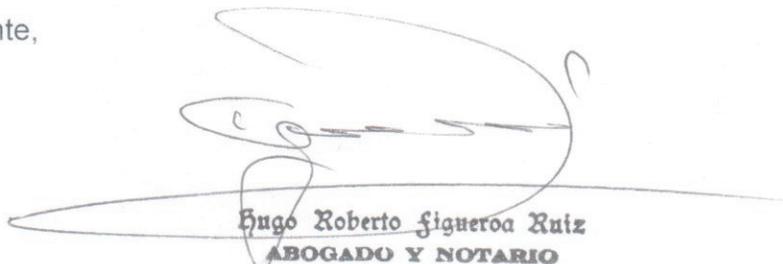
De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller CLAUDIA FABIOLA ESTEBAN LÓPEZ, que se intitula "COBERTURA DE LA LEY Y DEL INSTITUTO DEL SERVICIO DE DEFENSA EN EL PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE AUSENCIA Y, UN RÉGIMEN DE NOTIFICACIONES, PARA DARLE CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO DEL AUSENTE".

El trabajo desarrollado por la Bachiller ESTEBAN LÓPEZ se refiere a la propuesta de cobertura tanto de la ley como del Instituto de Defensa Pública Penal en el proceso civil de ausencia, de la revisión practicada se establece que contiene una gran contribución científica y técnica a estudios del Derecho Penal y Civil; además, la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental – bibliográfico.

Las conclusiones realizadas resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación, habiendo empleado los métodos y técnicas que permiten aportaciones valiosas y propuestas concretas de solución.

En tal virtud, al haber cumplido con cambios sugeridos por el suscrito revisor y con los requerimientos científicos y técnicos de conformidad con el Artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, emito DICTAMEN FAVORABLE para que el presente trabajo continúe el trámite respectivo, a efecto se ordene la impresión, sirviendo de base para el examen profesional correspondiente.

Atentamente,


Hugo Roberto Figueroa Ruiz
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, doce de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CLAUDIA FABIOLA ESTEBAN LÓPEZ, Titulado COBERTURA DE LA LEY Y DEL INSTITUTO DEL SERVICIO DE DEFENSA EN EL PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE AUSENCIA Y, UN RÉGIMEN DE NOTIFICACIONES, PARA DARLE CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO DEL AUSENTE. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Ser todopoderoso, arquitecto y guía de mi vida.
- A MI ABUELA: Socorro López Tepeque (Q.E.P.D) por su amor.
- A MIS PADRES: Catarino Esteban Martínez (Q.E.P.D) lo llevo siempre en mi corazón y Alba Idilia López de Esteban (Madrecita Santa), infinitas gracias por todo su apoyo, amor y buen ejemplo.
- A MIS HERMANAS: Wendy Eleonora, Jackeline Roxana, Rosalba Salome, con todo amor, cariño y respeto sincero.
- A MI ESPOSO: José Luis Ortega González, por compartir momentos inolvidables y su ayuda incondicional.
- A MIS HIJOS: Bryan Nicolás y Brandon Iván, por ser los amores e inspiración de mi vida.
- A MIS CUÑADOS: Jorge Vinicio, Nydia Olimpia, Jhony Freycer y Moisés Renato, con especial aprecio.
- A MIS SOBRINOS: Rony Natael, Bruce Kevin, Odalis Rosalba Salomé, Sergio Giovanni, Odrie Janice, como ejemplo a seguir.
- A MI TÍA Y PRIMOS: Con cariño.
- A MIS AMIGOS:
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, alma mater de mi enseñanza.
- A GUATEMALA: Patria bella.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1. El Instituto de Defensa Pública Penal en Guatemala.....1

1.1. Antecedentes e historia.....1

1.2. Características del Instituto de Defensa Pública Penal.....4

1.3. Estructura administrativa del Instituto de Defensa Pública Penal.....7

1.4. Análisis de derecho comparado costarricense.....13

CAPÍTULO II

2. La defensa y el debido proceso.....31

2.1. El debido proceso.....33

2.2. La defensa.....45

2.2.1. Defensa pública.....50

CAPÍTULO III

3. La jurisdicción voluntaria guatemalteca y el proceso de ausencia.....57

3.1.	Concepto de jurisdicción voluntaria.....	57
3.1.1.	Principales doctrinas de la jurisdicción voluntaria.....	58
3.1.1.1.	Italiana.....	58
3.1.1.2.	Alemana.....	61
3.1.1.3.	Española.....	62
3.1.1.4.	Latinoamericana.....	63
3.1.1.5.	Guatemalteca.....	65
3.2.	Características de la jurisdicción voluntaria en Guatemala.....	67
3.3.	Clases de jurisdicción voluntaria en Guatemala.....	68
3.3.1.	Jurisdicción voluntaria judicial.....	68
3.3.2.	Jurisdicción voluntaria notarial.....	70
3.4.	La ausencia.....	71
3.4.1.	Procedimiento judicial de declaratoria de ausencia.....	76
3.4.2.	Procedimiento notarial de declaratoria de ausencia.....	78
3.5.	Defensor judicial.....	80
3.6.	Representante judicial.....	82
3.7.	El mandatario.....	82

CAPÍTULO IV

4.	Propuesta de modificación de la Ley del Servicio de Defensa Pública Penal, en cuanto a sus funciones, para proteger los derechos de defensa y debido proceso del ausente.....	85
	CONCLUSIONES.....	93
	RECOMENDACIONES.....	95
	BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se realiza por el interés de estudiar el proceso de ausencia y su relación con los principios del debido proceso y derecho de defensa, cuáles son las condiciones en que se aplican o realizan.

También se considera una modificación a la ley en cuanto a la defensa de una persona ausente y, una posible relación con la institución dedicada al servicio de defensa pública como lo es el Instituto de Defensa Pública Penal, para que proporcione defensa gratuita y desinteresada al ausente.

Este estudio se ha dividido en cuatro capítulos, en el primero se hace relación a una caracterización del Instituto de Defensa Pública Penal; en el segundo, se estudia lo relativo al debido proceso y al derecho de defensa; en el capítulo tres se hace un análisis de la jurisdicción voluntaria guatemalteca y el proceso de ausencia; por último, el cuatro, trata sobre las modificaciones que se consideran deben realizarse en la ley acerca del ausente y para el Instituto de Defensa Pública Penal.

Los objetivos que se plantearon, versaron, el general, sobre la propuesta de una reforma a la Ley del Servicio Público de Defensa Penal así como las relacionadas con el proceso de Ausencia, en cuanto a la labor de los defensores públicos en materia no penal; los específicos, en establecer dentro del Instituto que se aplique la prestación del servicio en el proceso de ausencia a través de un cuerpo de abogados de planta u

ocasionalmente de abogados de oficio; así como, determinar que la población que obtendrá tal prestación son personas que por su condición necesitan del servicio el cual debe prestarse sin excluir el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población guatemalteca; siendo la hipótesis la falta de cobertura de la ley y del Instituto de Defensa Pública Penal que permita el nombramiento de un defensor de planta o de oficio en el proceso de ausencia, por lo tanto el cumplimiento de los principios de defensa y debido proceso.

Se aplicó las técnicas de investigación bibliográfica a través del fichaje de textos y del material escrito relacionado con el tema, incluyendo información de internet, utilizando para su análisis el método inductivo y deductivo que permitió interrelacionar las teorías y doctrinas acerca del principio de defensa y debido proceso, de derechos humanos y derecho comparado así como las actividades del Instituto de Defensa Pública Penal para inferir conclusiones, dando como resultado el presente trabajo, que se espera, sirva a los futuros estudiantes del derecho.

CAPÍTULO I

1. El Instituto de Defensa Pública Penal en Guatemala

En Guatemala, la mayoría de la población, por su condición económica y social de pobreza, subdesarrollo y bajos ingresos, se encuentra imposibilitada de pagar los servicios de un abogado defensor cuando enfrenta un problema legal; además, ha manifestado su inconformidad con el sistema legal, mediante el linchamiento de personas o delincuentes, impartiendo justicia por su propia mano, que se considera, deviene de la época en que la justicia estuvo controlada por los militares, donde se presumió que todos los imputados eran culpables, promoviendo la aplicación de la pena de muerte.

El surgimiento del servicio público de defensa penal como institución independiente y autónoma tiene sin duda, un importante impacto en materia de acceso a la justicia y, es trascendental para el establecimiento de un verdadero estado de derecho, aunque muchas veces la necesidad de la defensa no es percibida por la población, mientras no se encuentre inmersa en ella.

1.1. Antecedentes e historia

La defensa pública, es una institución jurídica que se inicia en el ámbito de la iglesia y del derecho canónico, con el Decreto Papal del Papa Benedicto XII basado en el

Concilio de Zaragoza de 1585, donde se ordena y establece la participación de un abogado en la defensa de los necesitados que no tuvieran medios para defenderse, con el fin de administrar justicia al menesteroso y al huérfano, como al humilde y al pobre.

La defensa pública institucional en Guatemala, nació con la promulgación del Código Procesal Penal, en julio de 1994. Antes de la vigencia de este Código regía el sistema procesal inquisitivo. Para 1988, los juristas argentinos, Julio Maier y Alberto Brinder elaboraron un anteproyecto del Código Procesal Penal vigente, que fue aprobado el 24 de septiembre de 1992 y cobró vigencia el 1 de julio de 1994.

En esta misma fecha entró en vigencia el Acuerdo número 12-94 de la Corte Suprema de Justicia, el cual reguló el Servicio de Defensa Penal, dependiente de esta institución.

Este reglamento introduce por primera vez la figura del defensor público de planta, con el cual se instauró un nuevo servicio de defensa pública penal, esta vez a cargo de la Corte Suprema de Justicia, quien limitó la defensa técnica de los procesados a abogados, desplazando el antiguo sistema de brindar este servicio a los estudiantes de derecho.

Como se indicó, durante una época la defensa pública gratuita, fué prestada por estudiantes de derecho como requisito previo a optar al título de abogado; más adelante, por los bufetes populares de las universidades del país cuando los estudiantes de los últimos años de la carrera de ciencias jurídicas y sociales que habían

aprobado el curso de derecho procesal penal, efectuaban su práctica penal en los tribunales de la república; sin embargo aunque eran supervisados no aseguraban la calidad del servicio, por lo que no se cumplía con uno de los principios del Código Procesal Penal guatemalteco, el cual tiene un carácter eminentemente garantista.

Previo a la modernización del sistema procesal penal, el Estado de Guatemala participó en la Convención sobre Derechos Humanos realizada el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, donde se aprueba el Pacto de San José con el cual se establecen garantías que protegen a toda las personas sindicadas de haber cometido delitos o faltas, el cual suscribe y ratifica.

Derivado de los Acuerdos de Paz, el Estado guatemalteco asumió el compromiso de crear y organizar un servicio de defensa pública, específicamente de lo regulado en el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, en el que se estableció que era obligación del Estado realizar un cambio institucional más importante en materia de servicio de defensa pública, a través de crear un servicio público de defensa penal, "como un ente con autonomía funcional e independiente de los tres organismos del Estado, con la misma jerarquía en el proceso que la del Ministerio Público y que alcance efectiva cobertura nacional".

En 1995, la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala realizó el Proyecto de Fortalecimiento de la Defensa Pública, determinando tres prioridades de trabajo: diseñar una ley para la defensa pública, asesorar a los defensores públicos en

los casos patrocinados por éstos y crear e implementar programas de capacitación, especialmente para entrenar a los nuevos defensores públicos.

De esa cuenta, el Congreso de la República aprobó el 5 de diciembre de 1997 el Decreto número 129-97, Ley del Servicio Público de Defensa Penal, con que se crea, por primera vez en la historia de Guatemala, el Instituto de Defensa Pública Penal, con autonomía funcional y total independencia técnica para el cumplimiento de su función, con vigencia a partir del 9 de julio de 1998.

1.2. Características del Instituto de Defensa Pública Penal

El Instituto, de conformidad con la ley que lo crea, es una entidad autónoma que tiene total independencia técnica para el cumplimiento de su función primordial, la que consiste en asegurar que toda persona -con prioridad a personas de escasos recursos- tenga acceso a la prestación del servicio de defensoría pública penal, en forma gratuita; sin embargo, tampoco excluye a personas que teniendo suficiente capacidad económica puedan hacer uso del servicio, cuando se negaren a nombrar un abogado de confianza o particular.

Es una entidad que ejerce funciones técnicas, con el fin de garantizar a los guatemaltecos la aplicación del derecho de defensa así como del debido proceso, establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como en los

Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Guatemala, las leyes ordinarias y, en su propia ley.

El Instituto de la Defensa Pública Penal, basa su funcionamiento como institución, en los siguientes principios y normas:

- Del derecho de defensa y debido proceso, establecido como norma constitucional en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente” y, como norma ordinaria, en el Artículo 20 del Código Procesal Penal, que establece “ Defensa: La defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el proceso penal. 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 garantía de la ley.”

- Del derecho a la presunción de inocencia y publicidad del proceso, establecido como norma constitucional en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala que regula: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia ejecutoriada.”

- Del juicio previo, según lo establecido en el Artículo 4 del Código Procesal Penal, que establece: “Juicio previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta a las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado.”

Para el cumplimiento de sus funciones se integra por defensores públicos que se dividen en defensores de planta y defensores de oficio.

Los defensores de planta son los abogados incorporados con carácter exclusivo y permanente en el Instituto.

Los defensores de oficio son los abogados en ejercicio profesional privado, asignados por el Instituto para brindar el servicio de asistencia jurídica gratuita -pagados por el Instituto de conformidad con el arancel de defensa pública-.

La ley del Instituto también establece que todos los abogados colegiados del país forman parte del servicio público de defensa penal, con lo cual queda demostrada la vital importancia que tiene para la sociedad guatemalteca proveer de defensa técnica a toda persona, para la efectiva protección de sus derechos.

A su vez, establece que el servicio debe cubrir, desde el primer acto del procedimiento; es decir, que los imputados tienen derecho a contar con asistencia gratuita de un defensor desde el primer acto en que se los señale como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguno de los órganos jurisdiccionales o autoridades de la persecución penal; asimismo, se reconoce debe cubrir desde las sedes policiales hasta el ámbito judicial, incluyendo el campo de la ejecución penal, existiendo sanciones para el defensor que abandone la defensa técnica, ya que su actuación como se dijo debe incluir desde el primer acto hasta la sentencia e incluso ir mas allá.

Igualmente, establece que el director del Instituto debe ser elegido por el Congreso de la República, con el objeto de lograr una independencia funcional sobre sus decisiones.

El Instituto procura también, que los defensores públicos puedan litigar en el ámbito internacional; es decir, presentar peticiones o quejas ante los órganos del sistema universal, regional o interamericano de protección de los derechos.

Los principios de las Naciones Unidas acerca de la función de los abogados, son consagrados por el Instituto como derechos y deberes de los defensores públicos.

1.3. Estructura administrativa del Instituto de Defensa Pública Penal

El Instituto cuenta con 67 empleados administrativos, 60 asistentes y 103 defensores públicos de oficio: 78 en la capital y 25 en ocho sedes departamentales.

Para cumplir su objetivo fundamental de prestación del servicio de defensoría pública penal, cuenta con la siguiente estructura administrativa:

a) **Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal:** Tiene dentro de sus atribuciones principales, el dictar las políticas generales de administración, expansión y atención del servicio, conformar la terna de postulantes para el cargo de Director General que será presentada ante el Congreso de la República, aprobar los reglamentos propuestos por la Dirección General, ésta se integra por:

- El presidente de la Corte Suprema de Justicia.
- El Procurador de los Derechos Humanos.
- Un representante del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.
- Un representante de los decanos de las facultades de derecho de las universidades del país.
- Un representante de los defensores de planta, electo por la asamblea de defensores.

Los tres últimos representantes duran en sus cargos tres años, pudiendo ser nombrados nuevamente. La elección del presidente del Consejo se realizará conforme al procedimiento interno establecido por el Reglamento.

El consejo queda válidamente reunido con la concurrencia de la mitad más uno de sus miembros, bastando dicho quórum para la celebración de sesiones, las decisiones del Consejo se adoptarán con el voto de la mitad más uno de sus concurrentes. El Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal deberá comparecer a las sesiones del Consejo con voz pero sin voto.

- b) **Director General:** Es el jefe superior del servicio, representante del instituto, elegido por el Congreso de la República de una terna propuesta por el Consejo del Instituto, dura en sus funciones 5 años pudiendo ser reelecto para otro período. Tiene como funciones principales, realizar gerencia eficaz y dinámica, para la protección integral del derecho de defensa, dictando resoluciones generales, nombrar, designar y remover a los defensores de planta y defensores de oficio de acuerdo a la ley y su reglamento, elaborar un informe anual para el Congreso de la República, celebrar convenios de cooperación institucional, técnica y académica, con instituciones públicas y privadas, nacionales o extranjeras para el fortalecimiento del Instituto de la Defensa Pública Penal, establecer criterios para la asignación y distribución de casos de defensa pública y el sistema de turnos para asegurar una cobertura íntegra y eficiente del

servicio, garantizando la presencia de un defensor público para los detenidos en sede policial, etc.

Inmediatamente, bajo la supervisión y dirección del director general y, para coadyuvar en su gestión cuenta con seis unidades: de planificación, de auditoría interna, de informática, de supervisión general, de formación y capacitación, así como de relaciones públicas. Cuenta a su vez con asesores directos a nivel staff.

c) **División Administrativa Financiera:** Tiene a su cargo todos los aspectos relativos al apoyo de la gerencia eficaz del instituto y de los defensores del servicio, pero desde el aspecto administrativo y financiero. Tiene los departamentos siguientes:

- De asignación de casos.
- Administrativo, que cuenta con las secciones de compras, de almacén, de cobro y pago administrativo y de servicios generales.
- Financiero, que cuenta con las secciones de presupuesto, de contabilidad y de tesorería.

d) **División de Coordinaciones Técnico Profesionales:** Tiene a su cargo los aspectos relativos a las labores de los defensores públicos, tanto de planta como de oficio, en los distintos géneros. Tiene las coordinaciones siguientes:

- Departamentales y municipales.
- Nacional de defensores de oficio.
- De defensores públicos en formación.
- De apoyo técnico.
- De adolescentes en conflicto con la ley penal.
- De enfoque de género.
- De enfoque intercultural.
- Nacional de impugnaciones.
- De ejecución.

e) **División Ejecutiva y de Recursos Humanos:** Tiene a su cargo lo relativo al recurso humano con que cuenta el instituto, cuenta con los departamentos siguientes:

- De administración de recursos humanos, que tiene las secciones de admisión de personal y administración de personal.
- De desarrollo organizacional, que cuenta con las secciones de desarrollo de personal, atención y apoyo al personal y el de aplicación y monitoreo de personal.

Es importante destacar que a pesar de que Guatemala tiene una corta historia del servicio de defensa pública, éste ha mejorado desde sus primeros años; aunque, también es necesario continuar apoyándolo, dotándolo esencialmente de un mayor presupuesto; asimismo, ampliar su estructura administrativa, con una mayor cantidad de defensores de planta y de oficio para que alcance un desempeño profesional e institucional eficaz, desarrollando la especialización y ampliación de los servicios de defensa.

Cabe mencionar que la defensa pública se ha fortalecido con la creación de las defensorías de: adolescentes o menores, de enfoque de género relacionada a la mujer, de enfoque intercultural relacionado a la defensa indígena así como la defensoría en sedes policiales, lo que ha diversificado sus servicios.

En relación a esto último, también se considera importante que el Instituto vele por el derecho de defensa de las personas, en otros procesos que, no sean de carácter penal; es decir, materia civil, materia laboral, etc., en donde se da la participación de sujetos procesales que no cuentan con la capacidad de contratar los servicios de un abogado para su defensa o se encuentran en desventaja.

1.4. Análisis de derecho comparado costarricense

Al respecto, es importante señalar lo regulado por el derecho costarricense, con el objeto de destacar lo más importante que pueda servir al derecho guatemalteco.

Para ello, se presenta una compilación de las normas legales acerca de la institución jurídica de defensoría pública, con el objeto de realizar un análisis de comparación; asimismo, el estudio de otras leyes costarricenses que, aunque no dejan de considerar a la materia penal como la realización o aplicación de los principios de la defensa pública, también sustentan el criterio de que el servicio de defensa pública debe aplicarse a otras materias del derecho.

No se incluyen disposiciones costarricenses que no establecen el deber de brindar los servicios de asesoría jurídica gratuita, se refieren sólo los Artículos que regulan los aspectos generales así como de leyes que establecen la cobertura de los servicios de la Defensa Pública que pueden servir de modelo para la legislación guatemalteca, específicamente para el caso de la persona ausente que por su condición se encuentra

en desventaja frente al principio de defensa y debido proceso, aunque esto no excluye para otros casos en particular:

Primeramente se presentan artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Costa Rica, comparándolos en seguida con la Ley del Servicio de Defensa Pública Penal de Guatemala, referidos a las estructuras de ambas instituciones que prestan el servicio de defensa pública:

- **Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Costa Rica:**¹

“Defensa Pública. Aspectos Generales. Organización y dependencia en lo administrativo del Poder Judicial. Artículo 150.- La Defensa Pública es un órgano dependiente del Consejo Superior, pero únicamente en lo administrativo; no así en lo técnico profesional. Estará a cargo de un jefe y tendrá la organización que la Corte disponga.”

“Requisitos para Jefe/a de la Defensa Pública y designación de Subjefe/a. Artículo 151.- El jefe de la Defensa Pública debe ser costarricense, abogado, mayor de treinta años y con suficiente experiencia en la tramitación de asuntos judiciales y administración de personal.”

¹ www.poder-judicial.go.cr. 5 de julio de 2008.

“Debe de proveer de defensor/a público/a al imputado/a o proveniente/a y posibilidad de cobrar los servicios en caso de solvencia económica. Artículo 152.- La Defensa Pública proveerá defensor público a todo imputado o prevenido que solicite sus servicios. La autoridad que tramite la causa le advertirá que, si se demuestra que tiene solvencia económica, deberá designar un abogado particular o pagar al Poder Judicial los servicios del defensor público, según la fijación que hará el juzgador. Asimismo, los empleados del Organismo de Investigación Judicial y los demás servidores judiciales tendrán derecho a que se les nombre un defensor público, cuando sean llevados ante los tribunales o la sede disciplinaria, por asuntos directamente relacionados con el ejercicio de sus funciones. También proveerá defensor, en los procesos agrarios no penales, a la parte que lo solicite y reúna los requisitos que establezca la ley de la materia.”

“Cobro de honorarios. Artículo 153.- El jefe de la Defensa Pública o quien éste designe, gestionará ante la autoridad correspondiente, la fijación y el cobro de los honorarios por los servicios prestados. Constituirá título ejecutivo, la certificación que se expida sobre el monto de los honorarios a cargo del imputado. De oficio, la autoridad que conoce del proceso ordenará el embargo de bienes del deudor, en cantidad suficiente para garantizar el pago de los honorarios. El defensor a quien corresponda efectuar las diligencias de cobro ejercerá todas las acciones judiciales o extrajudiciales necesarias para hacerlo efectivo.”

“Artículo 154.- La fijación de honorarios se hará en sentencia o en el momento en que el imputado decida prescindir de los servicios del defensor Público. Los fondos provenientes de honorarios se depositarán en una cuenta bancaria especial y se emplearán para adquirir bienes y servicios tendientes a mejorar la Defensa Pública.”

“Nombramiento y Requisitos para ser defensor/a público/a. Distribución del trabajo a cargo de Jefe/a. Artículo 155.- Los defensores públicos son funcionarios dependientes del Poder Judicial, de nombramiento del Jefe de la Defensa Pública y de ratificación del Consejo. Los Defensores públicos deben ser mayores de edad, abogados y ciudadanos en ejercicio. Cuando, en una misma circunscripción territorial, exista más de un defensor público, el jefe de la Defensa Pública regulará, por medio de acuerdo la distribución del trabajo entre ellos.”

“Prohibición o dedicación exclusiva. Artículo 158.- El cargo de Defensor público de tiempo completo es incompatible con el ejercicio privado de la profesión de abogado y del ejercicio del notariado.”

“Defensores de oficio. Artículo 159.- En las circunscripciones territoriales donde no exista defensor público nombrado, la asistencia podrá estar a cargo de defensores de oficio, de nombramiento del funcionario que conozca del asunto, salvo que el jefe de la Defensa Pública recargue esas labores en un defensor público de otro territorio. Todo abogado que tenga oficina abierta está en la obligación de aceptar, simultáneamente, hasta dos defensas de oficio. La persona en la que recaiga el nombramiento sólo

puede excusarse de servirlo por motivo justo, a juicio del tribunal respectivo. El abogado o egresado de Derecho que sea designado defensor de oficio, no podrá figurar luego como defensor particular en el mismo proceso.”

- **Ley del Servicio de Defensa Pública Penal:**

“Artículo 1. Creación. Se crea el Instituto de la Defensa Pública Penal, organismo administrador del servicio público de defensa penal, para asistir gratuitamente a personas de escasos recursos económicos. También tendrá a su cargo las funciones de gestión, administración y control de los abogados en ejercicio profesional privado cuando realicen funciones de defensa pública. El Instituto gozará de autonomía funcional y total independencia técnica para el cumplimiento de su función.”

“Artículo 2. Eficacia. El Instituto de la Defensa Pública Penal, como autoridad para la aplicación de la presente ley, asegurará la eficacia en la prestación del servicio público de defensa penal a personas de escasos recursos. Contará con los recursos e insumos necesarios, como responsable directo de la provisión del servicio. En su función reconocerá el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población guatemalteca.”

“Artículo 3. De los Defensores Públicos. El Instituto de la Defensa Pública Penal se compone de defensores de planta y defensores de oficio, ambos considerados como defensores públicos. Los defensores de planta son los funcionarios incorporados con

carácter exclusivo y permanente en el Instituto. Los defensores de oficio son los abogados en ejercicio profesional privados asignados por el Instituto para brindar el servicio de asistencia jurídica gratuita. Todos los abogados colegiados del país forman parte del servicio público de defensa penal.”

“Artículo 4. Función del servicio público de defensa penal. El servicio público de defensa penal tiene competencia para: 1. Intervenir en la representación de las personas de escasos recursos económicos sometidas a proceso penal, a partir de cualquier sindicación que las señale como posibles autores de un hecho punible o de participar en él, incluso, ante las autoridades de la persecución penal. 2. Asistir a cualquier persona de escasos recursos que solicite asesoría jurídica cuando ésta considere que pudiera estar sindicada en un procedimiento penal. 3. Intervenir, a través de los defensores de oficio, cuando la persona no tuviere o, no nombrare defensor de confianza, en las formas que establece la ley.”

“Artículo 5. Gratuidad. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas cuyos ingresos sean inferiores al triple del salario mínimo, más bajo. Los usuarios del servicio gozarán del beneficio de asistencia jurídica gratuita desde el momento en que lo necesiten. Oportunamente, el Instituto comprobará, a través de personal calificado que realizará la averiguación correspondiente, si el usuario es merecedor de dicho beneficio. En caso negativo, el usuario asumirá el reembolso correspondiente a los honorarios profesionales conforme arancel y costas procesales ocasionados.”

“Artículo 9. Titularidad. La Dirección General es ejercida por un Director General, quien será el representante legal del Instituto de la Defensa Pública Penal, que dura cinco años en sus funciones, pudiendo ser reelecto por un período más.”

“Artículo 10. Nombramiento. El Director General es elegido por el Pleno del Congreso de la República, de una terna propuesta por el Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal, previsto en esta ley. En caso de muerte, renuncia o vacancia del cargo, se procederá de igual forma.”

“Artículo 11. Requisitos. Para ser elegido Director General, deberá contarse con los siguientes requisitos:1) Ser abogado colegiado activo, con un mínimo de 5 años de colegiatura; 2) Acreditar amplia experiencia en material penal; 3) Haber ejercido como defensor público de oficio, en funciones judiciales o de la carrera del Ministerio Público, que requieran el título de abogado, durante un tiempo mínimo de cinco años, pudiéndose sumar los tiempos parciales en cada uno de ellos a los efectos del cómputo exigido; o en su caso, ser Abogado en ejercicio profesional privado con experiencia penal o en administración.”

- **Análisis comparado:**

Como puede establecerse en las normas jurídicas de la República de Costa Rica, la Defensa Pública es una Institución que brinda servicios de asesoría y representación jurídica, esencialmente a aquellas personas que no poseen medios económicos

suficientes como para sufragar el costo de un abogado particular, su fundamento legal y la definición de sus competencias se encuentra regulado principalmente en la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ-, estableciendo su organización y ubicación dentro de la estructura del poder judicial; así como, la definición de las personas, materias o disciplinas en las que le corresponde brindar tales servicios.

Para la Defensa Pública de Costa Rica también se tiene establecido asesorar a los servidores públicos judiciales que se encuentren sometidos a un proceso disciplinario o que sean llevados ante los tribunales, siempre que se trate de asuntos directamente relacionados con el ejercicio de sus funciones y que el funcionario se encuentre laborando para el Poder Judicial.

Asimismo, pueden tener acceso al servicio de defensa pública los funcionarios del Organismo de Investigación Judicial, de la misma Defensa Pública, del Ministerio Público, así como los jueces y demás servidores del Poder Judicial, por lo que los defensores que se dedican a esta materia participan en diferentes procesos ante la Inspección Judicial, la Inspección de la Defensa Pública, Asuntos internos del Organismo de Investigación Judicial y la Inspección fiscal.

La diferencia del Instituto de Defensa Pública Penal de Guatemala con la Defensa Pública de Costa Rica es que ésta no es autónoma en lo administrativo, pues depende del poder judicial; en el caso de Guatemala, como se establece en su ley orgánica es

una entidad autónoma con total independencia técnica **para el cumplimiento de su función; es decir, que se sujeta únicamente a la ley y la fiscalización pública.**

Para la defensa pública costarricense, al igual que para el Instituto de Defensa Pública Penal de Guatemala, se consideran como parte de sus competencias, únicamente aquellas que por disposición expresa de la ley les han sido asignadas.

Tanto para el caso de la Defensa Pública de Costa Rica como para el Instituto de Defensa Pública Penal, además de lo regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ- y la Ley del Servicio de Defensa Pública Penal, respectivamente; existen otras normas que les asignan competencias, a la Defensa Pública en diferentes materias o disciplinas jurídicas, como el Código Procesal Penal, la Ley de Justicia Penal Juvenil; para el caso de Guatemala, se encuentran regulaciones en el Código Procesal Penal acerca de la defensa técnica, además ya se han creado defensorías de adolescentes o menores, de enfoque de género relacionada a la mujer, de enfoque intercultural relacionado a la defensa indígena así como la defensoría en sedes policiales.

Para la defensa pública costarricense, como no sucede en la guatemalteca, se establecen competencias en la Ley de Pensiones Alimentarias, la Ley de la Jurisdicción Agraria, el Código de Notariado y la Ley de Consultorios Jurídicos, entre otras, que le asignan la obligación de nombrar defensores públicos, por lo que, cubre o presta sus servicios en algunos casos de materias del derecho que no son la penal.

Se considera que la defensa pública costarricense tiene ventaja con respecto a las leyes guatemaltecas, en cuanto que el derecho de defensa no se circunscribe únicamente a la materia penal como en el caso de Guatemala; sin embargo, tampoco existe prohibición en la ley guatemalteca para que el legislador modifique y otorgue una ampliación del servicio de defensa a otras materias del derecho, tomando en cuenta, las condiciones económicas y sociales de la población del país.

Sin embargo, las leyes costarricenses también tienen excepciones y no todas las leyes de asistencia jurídica gratuita delegan esta competencia a la defensa pública; por el contrario, muchas de ellas como el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código de Familia y el Código de Trabajo no refieren que la asistencia jurídica gratuita tenga que ser prestada por la defensa pública, por lo que no es parte de sus competencias, correspondiendo particularmente a los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Costa Rica. Se considera que en este aspecto, tanto para Costa Rica como para Guatemala, también debería de legislarse en casos de familia y trabajo que participe la defensa pública, para asegurar la calidad del servicio.

A continuación se presentan algunas leyes de la República de Costa Rica, que regulan la participación de la defensa pública, las cuales se considera que pueden servir de modelo a la legislación guatemalteca:

- **Ley de Justicia Penal Juvenil de la República de Costa Rica: Defensa Pública en materia penal juvenil:**

“Artículo 37.- Defensores. Desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso, los menores de edad deberán ser asistidos por defensores y no podrá pedírseles ninguna declaración sin la asistencia de éstos. El acusado o cualquiera de sus padres, tutores o responsables podrán nombrar un defensor particular. Si no cuentan con recursos económicos, el Estado les brindará un defensor público. Para tal efecto, el departamento de defensores públicos deberá tener una sección o grupo de defensores especializados en la materia.”

- **Ley de Pensiones Alimentarias de la República de Costa Rica: Resolución de Corte Plena, tomada en la Sección número 23-01 del 4 de julio del año 2001, propiamente en su Artículo V, Resolución número 2001-8926 de la Sala Constitucional:**

“Artículo 13. Asistencia legal del Estado con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados. Quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se las suministre gratuitamente. Para este efecto el Poder Judicial creará una sección especializada dentro del departamento de defensores públicos.”

- **Interpretación del Artículo 13 de la Ley de Pensiones Alimentarias en cuanto a que la asistencia es únicamente para la acreedora o acreedor. Resolución de Corte Plena, tomada en la Sección número 23-01 del 4 de julio del año 2001, propiamente en su artículo V:**

“Interpretar la disposición del Artículo 13 de la Ley de Pensiones Alimentarias... de tal forma que la asistencia letrada en pensiones alimentarias, únicamente se brinde a la acreedora o acreedor.” A nivel interno de la defensa pública esta resolución se comunicó mediante circular número 24-2001 del 20 de agosto del 2001.

- **Confirmación de la interpretación realizada por la Corte al Artículo 13, al declarar sin lugar el recurso de amparo por no brindar asistencia al demandado en proceso alimentario. Resolución número 2001-8926 de la Sala Constitucional:**

“Por lo anteriormente indicado ha considerado esta sala que la defensa pública no está obligada a brindar asistencia gratuita a quien es demandado en un proceso alimentario, como se da en el caso del recurrente, por cuanto no es ésta una materia determinada por la ley para recibir esa asistencia. Señalan además dichas sentencias que para estos efectos, la asistencia judicial gratuita debe considerarse como un privilegio procesal que la ley le otorga a las personas que se encuentran ante una situación especial como las indicadas inicialmente, para que pueda ser asistido por abogado y exonerado de todos los gastos del proceso ante los órganos jurisdiccionales...”

En la República de Costa Rica, con la vigencia de la Ley de Pensiones Alimentarias en 1998, se determinó la obligación de la defensa pública de participar en estos procesos. En un principio, asumiendo la asesoría jurídica de las actoras y demandados, restringiéndose posteriormente únicamente a las primeras, de acuerdo con las interpretaciones realizadas.

Asimismo, existe otro Acuerdo, del Consejo Superior, que determina que la intervención de la defensa pública alcanza hasta el dictado de la sentencia y cualquier gestión posterior debe ser notificada directamente a los actores, quienes de considerarlo conveniente y necesario deben solicitar nuevamente los servicios de la defensa pública.

- **Ley de la Jurisdicción Agraria de la República de Costa Rica: Defensa Pública en materia Agraria:**

“Defensa de las personas de escasos recursos en casos agrarios. Artículo 25.- Tratándose de personas de escasos recursos, a juicio del tribunal, contra quienes se establezca cualquiera de las acciones, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción agraria, el juez podrá a solicitud del accionado, delegar la defensa de éste en un miembro del cuerpo de defensores públicos. Análoga medida deberá acordar el tribunal cuando el demandado se encuentre en cualquier otra de las situaciones previstas en el artículo 133 de la ley orgánica del Poder Judicial.”

Tal como se establece, la defensa pública tiene como obligación participar en la defensa de personas que carezca de recursos cuando se trate de asuntos en materia agraria, lo cual no sucede en Guatemala.

- **Código de Notariado de la República de Costa Rica: Defensa Pública en procesos seguidos contra notarios:**

El Código de Notariado contempla la participación de defensores públicos en los procesos disciplinarios que se siguen contra notarios, pero, sólo cuando éstos se encuentran ausentes. En consecuencia en estos casos los defensores públicos cumplen también con la función de curadores.

“Artículo 153.- Traslado y notificación. Sobre la denuncia y demanda, en su caso el órgano competente dará un traslado por ocho días al notario. Dentro de ese lapso el notario deberá referirse a los hechos investigados y ofrecer las pruebas que estime de su interés. Si el proceso se tramitara en un órgano jurisdiccional, en la misma resolución se tendrá como parte al director nacional de notariado, quien dentro del mismo lapso podrá ofrecer las pruebas que considere pertinentes. Para efectos de la notificación del traslado y notificaciones posteriores, se estará a lo previsto para los procesos civiles. En los casos de ausencia del notario sin apoderado inscrito, la notificación se realizará por medio de un edicto que se publicará en el boletín judicial y el proceso seguirá con un defensor público.”

- **Ley de Extradición de la República de Costa Rica: Defensa Pública en procesos de extradición**

La Ley de Extradición contempla expresamente en su Artículo 9 inciso e), la participación de defensores públicos asesorando a aquellas personas que sean sometidas a un proceso de extradición y carezcan de defensor.

“Nombramiento de defensor público al sindicado en el proceso de extradición. Artículo 9.- Cuando la extradición sea solicitada, se observarán los siguientes trámites: ... e) terminado este trámite el tribunal nombrará defensor público al sindicado si no lo tuviere y dará audiencia a éste y al Ministerio Público hasta por veinte días, de los cuales diez días serán para proponer pruebas y los restantes para evacuarlas.”

- **Circular número 3-2003 de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica y circular número 102-2002 del Consejo Superior: Defensa Pública en proceso de contravenciones y tránsito:**

No existen normas legales expresas que regulen la intervención de la defensa pública en los procesos contravencionales y de tránsito; sin embargo, por ser el proceso contravencional un proceso penal especial, se aplican a éste las normas generales contempladas en el Código Procesal Penal, dentro de las cuales se encuentra la participación de la Defensa Pública.

No obstante, debido a la imposibilidad de satisfacer la demanda de servicios en esta materia, se ha restringido la designación de defensor público, al menos, en la fase de juicio, siendo un deber en aquellos casos que pueden implicar directamente una pena de prisión o cuando, durante la ejecución de la sanción impuesta, la pena de multa se convierta a prisión.

Para los demás casos, la Defensa Pública designa a los defensores, dependiendo de su capacidad institucional, otorgándole prioridad a aquellos casos que tienen un efecto más gravoso sobre los derechos de las personas. En igual sentido los deberes de la Defensa Pública de asignar un defensor público en procesos de tránsito, se encuentra limitada por las posibilidades reales de la institución y en la medida en que otras áreas prioritarias no se vean afectadas, según se extrae de la circular del Consejo Superior que se cita a continuación:

“Intervención de la defensa pública en el proceso contravencional. Circular 3-2003 de la Corte de Justicia: La corte plena, en sección N°. 54-02, celebrada el 2 de diciembre de 2002, Artículo XVII, dispuso comunicarles que ... 2.- En relación con la asignación de defensor público en materia contravencional se recomienda lo siguiente: a- Tratándose de contravenciones sancionadas directamente con pena de prisión, porque el imputado es reincidente y en los casos en que el imputado esté sometido a prisión preventiva, deberá asignarse un defensor al menos para la realización del juicio oral; así como también en la fase de ejecución cuando la multa se convierta a prisión. En estos casos deberá prevenirse la designación de un defensor privado y se asignará el defensor

público cuando el primero no sea designado conforme a la normativa vigente. b- Para los demás casos en materia contravencional los servicios de defensa pública se asignará conforme a la ley, a los lineamientos de la sala constitucional sobre esa materia y a las directrices emanadas por la jefatura de la defensa pública, como ha venido funcionando hasta la fecha, en los casos que corresponda y siempre que no sea asignado un defensor particular.”

- **Ley de Consultorios Jurídicos de la República de Costa Rica: Defensa Pública, participación como curadores procesales, con relación al nombramiento de curadores del Artículo 68 del Código Civil relativo a la ausencia:**

La Defensa Pública también debe designar defensores públicos para que cumplan con la función de curadores conforme lo establece la Ley de Consultorios Jurídicos, en defecto de las personas a las que, según el Artículo 68 del Código Civil, debe darse preferencia.

“Artículo 3.- Designación de defensores públicos como curadores en el caso de procesos atendidos por los consultorios jurídicos y a falta de alguna de las personas que cita el artículo 68 del Código Civil. Cuando en algún juicio atendido por los consultorios jurídicos hubiere que designar un curador adlitem, a falta de alguna de las personas a que se refiere el Artículo 68 del Código Civil, la elección la hará el juez en un defensor público, igual regla se seguirá cuando hubiese que nombrar juez ejecutor

para realizar alguna diligencia judicial. El designado no podrá cobrar honorarios, el cargo es obligatorio y estará sujeto a las obligaciones que le fija la Ley de Defensores Públicos.”

Interpretando dicho Artículo debe concluirse que la participación de la Defensa Pública, en cumplimiento de estas funciones, se encuentra limitada básicamente en: a) aquellos procesos en los que intervienen los consultorios jurídicos y, b) que se haya agotado la posibilidad de nombrar a alguna de las personas enumeradas en el Artículo 68 del Código Civil.

CAPÍTULO II

2. La defensa y el debido proceso

El hombre o el ser humano, a través del transcurrir de los tiempos y la historia no ha vivido aislado sino en sociedad, para hacer soportable su vida en comunidad tuvo que balancear el comportamiento de las personas a través del derecho y el Estado.

El derecho en su forma más simple es el control del ejercicio del poder, que consiste en la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos.

El Estado a su vez, consiste en una sociedad constituida en un territorio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de sus límites un poder supremo de ordenación y de derecho.

Dentro de las complejas relaciones que se dan en la sociedad, el derecho se encarga de ordenarlas, confiriendo derechos e imponiendo obligaciones, con el fin de delimitar el actuar de las personas sin ningún menoscabo para los derechos de los demás.

El derecho tiene como objetivo principal mantener el equilibrio de la existencia social, como consecuencia de ello, se creó la ley como expresión de valores sociales, se

institucionalizó el estado de derecho y el principio de legalidad, según el cual la autoridad solamente puede hacer lo que está expresamente dispuesto por la norma.

Entre los atributos del estado de derecho están los derechos reconocidos como garantías constitucionales, entre las que se destacan el derecho de defensa y el derecho al debido proceso.

El **proceso**, en su expresión más simple, es una actividad generadora de actos, jurídicamente reglados, encaminados a obtener una determinada resolución jurisdiccional.

Según lo establece Manuel Ossorio, proceso es: “En un sentido amplio equivale a juicio, causa o pleito. En la definición de algún autor, la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. En un sentido más restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza.”²

Para el jurista Eduardo Couture, el proceso lo constituye: “el conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta, regulado por la ley y dirigido a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido por una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.”³

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 615.

³ Couture, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Pág. 16

El proceso en sí, como se indica es un instrumento de tutela del derecho, que a su vez necesita una ley tutelar superior, como lo es la tutela constitucional del mismo.

Alrededor del concepto de **proceso**, se ha construido toda una ciencia como la constituye el derecho procesal, que se establece como un derecho para el derecho mismo o como un derecho garante del derecho.

2.1. El debido proceso

El **debido proceso** es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual, toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, que le sirven para asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso, así como permitirle la oportunidad de ser oído, haciendo valer sus pretensiones frente a un juez.

Es el conjunto de derechos de carácter sustantivo y procesal reconocidos por la Constitución Política de la República de Guatemala, que procura que quienes sean sometidos a juicio, gocen de garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso justo, pronto y transparente.

El debido proceso procura el bien de las personas para defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso y, el de la sociedad en su conjunto, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social.

A través del debido proceso se garantiza al ciudadano, el derecho fundamental a la defensa jurídica, entendida ésta como la defensa de todos los derechos, es la tendencia del constitucionalismo contemporáneo y democrático de establecer preceptos de índole procesal para impedir abusos legislativos o gubernamentales.

No existe un catálogo estricto de garantías que se consideren inherentes al debido proceso; sin embargo, en general, pueden considerarse las siguientes:

- La existencia previa de un órgano jurisdiccional creado y constituido por la ley, que los enviste de jurisdicción y competencia, en contraposición a, la existencia de órgano jurisdiccional **ad-hoc** para el enjuiciamiento de un determinado tema, lo que la doctrina denomina como **tribunales de excepción**.
- El principio de la tipicidad, es decir que, para que una persona sea juzgada y condenada por la comisión de un delito, debe, previamente, haberse tipificado, es decir, haber descrito la conducta punible y la sanción correspondiente, en una norma generalmente obligatoria. No hay delito ni pena sin ley previa, como dice el viejo aforismo.
- El principio de inocencia, que nadie puede ser declarado culpable sino únicamente en sentencia judicial ejecutada.

- El principio de legalidad, es decir que el proceso se realice mediante un esquema determinado en la ley.

- El derecho de toda persona a contar con las garantías necesarias para defenderse y probar lo que corresponda en beneficio de sus intereses, así como de contar con un defensor o abogado de oficio. Esta garantía es sin reserva alguna a toda clase de procedimientos, independientemente del estado del juicio o del grado o instancia en que se encuentre.

- El derecho a ser juzgado por un tribunal o juez que corresponda por razón de la materia, territorio, grado, domicilio o fuero y, que tal juez o tribunal corresponda a la estructura común de la función Judicial.

- La obligatoriedad de toda autoridad y juez de motivar debida y fundadamente sus resoluciones; es decir, explicar en forma razonada y exhaustiva la vinculación que exista entre la decisión adoptada, los antecedentes de hecho y las normas de derecho aplicadas.

- El derecho de toda persona de ser escuchada por un tribunal mediante el uso de su propia lengua materna, o en el caso que una persona comparezca ante un tribunal cuya lengua oficial no es la propia, a ser asistido por un intérprete calificado.

Las constituciones contemporáneas, en su afán de mantener el estado de derecho, han incorporado en sus textos determinadas garantías procesales para otorgar a los tribunales un papel principal en la salvaguardia de los derechos fundamentales o los derechos humanos, aparte de todos los demás derechos que norman la conducta humana.

Principios de derecho procesal como normas pragmáticas aparecen en casi todas las constituciones a efecto de garantizar los derechos de las personas, se puede señalar que los mismos son influencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o Carta de Bogotá firmada en 1948, seguida el mismo año por la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta positivizarse en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en 1969.

El derecho de defensa como el del debido proceso, son derechos humanos fundamentales, instituidos por la Organización de las Naciones Unidas, regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala, Decreto número 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente, específicamente en su Artículo 12, que textualmente regula:

“Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.”

Por lo prescrito en el Artículo anterior, se determina que los derechos de cualquier persona son inviolables mientras se enmarquen en el respeto de la ley y, aun si quebrantaran el ordenamiento jurídico, la ley les da la opción de que no pueden ser condenados, sin que se les venza en un proceso judicial, previamente establecido; es decir, tienen el derecho a ser sometidos judicialmente a un debido proceso y demostrar su inocencia, defendiéndose por medio de pruebas idóneas, o en su caso el Estado demostrar su culpabilidad por medios de investigación científicos y a su vez idóneos.

En el Decreto número 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial, artículo 16, se encuentra regulado lo relativo al debido proceso, que literalmente dispone:

“Debido proceso. Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos.”

Dicha regulación se encuentra en sintonía con lo prescrito en la Constitución Política de la República de Guatemala como ley suprema.

En igual forma se establece en el Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República, lo relativo a la defensa, específicamente en el Artículo 20 que establece:

“Defensa. La defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el proceso penal. 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.”

Con lo regulado en esta ley se mantiene la sintonía con las disposiciones constitucionales en cuanto al debido proceso y derecho a la defensa.

Tal como se indicó en párrafo anterior, la Constitución Política de la República de Guatemala dispone una serie de garantías procesales por las que cualquier ciudadano garantiza sus derechos, entre los que se pueden mencionar:

- a) La existencia de órganos jurisdiccionales predeterminados por la ley,
- b) La protección judicial efectiva de sus derechos mediante un debido proceso que incluye:

- Derecho a la defensa y la asistencia de defensor: Se refiere a que puede proveerse de defensor (abogado) y éste podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. Aparece regulado en el Artículo 8.

- De conocer la acusación formulada, a ser citado y notificado debidamente, un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia: Cuando se refiere a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, equivale al concepto de emplazamiento o notificación debida e igualdad de las partes, contenidos en los Artículos 7 y 8.

- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, tales conceptos están implícitos en el Artículo 203 que se refiere a la independencia del Organismo Judicial y su potestad de Juzgar, dice que “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado....”

- No hay debido proceso si a lo largo del mismo no existe la presunción de inocencia a favor del inculpado. Es una garantía contenida en el artículo 14 al normar que: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.”

- También se establece, la igualdad de las personas contenida en el Artículo 4, extensivo no solo al proceso jurisdiccional sino a todos los actos, al expresar que: “en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.”

En enero de 1987, durante el XII Congreso Jurídico guatemalteco, se adoptó una declaración que dice: “IV. El concepto del debido proceso o derecho de defensa, conforme a la norma constitucional y en interpretación completa comprende otros derechos, tales como el juez natural, el emplazamiento o notificación debida, la oportunidad probatoria, la igualdad de las partes, derecho a una sentencia fundada y la cosa juzgada.”

Debe destacarse que el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala no hace expresión específica al debido proceso, sin embargo, al referirse al derecho de defensa, tiene implícito este concepto doctrinario.

Ahora bien, es importante indicar que los constituyentes no incluyeron en el citado Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el concepto del debido proceso, ni la propia frase, pero si la insertaron en el Artículo 4 del Decreto número 1-86 de la misma Asamblea Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad, que transcribe la norma constitucional así:

“Derecho de Defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.”

No inserta el segundo párrafo del Artículo constitucional, lo substituye con su propio párrafo que regula:

“En todo procedimiento administrativo o judicial deben guardarse u observarse las garantías procesales del debido proceso.”

Como anteriormente se indicó es tendencia del constitucionalismo contemporáneo y democrático establecer preceptos de índole procesal para impedir abusos legislativos o gubernamentales, los cuales también quedaron plasmados en la Constitución Política de la República de Guatemala, tal el caso del Artículo 211 al establecer que:

“En ningún proceso habrá mas de dos instancias y el magistrado o juez que haya ejercido jurisdicción en alguna de ellas no podrá conocer en la otra ni en casación, en el mismo asunto, sin incurrir en responsabilidad.”

Esta garantía es determinante dentro de la jurisdicción ordinaria, pues según lo estipula el Artículo 10, inciso h) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: “es procedente el amparo en asuntos de índole judicial o administrativa que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio puedan ventilarse

adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.”

Este Artículo es la garantía de cuando el debido proceso es incumplido; pues, el agraviado puede acudir a la jurisdicción constitucional y a través del amparo lograr que se le restituya el goce de sus derechos violados o cese la amenaza contra él, pero, precisamente la prohibición constitucional a una tercera instancia está presente, para impedir que por medio del amparo se revisen actuaciones puramente judiciales.

La frontera que delimita lo que es una tercera instancia y el correcto conocimiento del amparo en materia judicial es muy tenue y por ello es preocupación constante en los fallos que sobre esa materia dicta la Corte de Constitucionalidad. No es este el tema de la presente investigación y por ello sólo se señala la garantía a un debido proceso que constituye la no aceptación de la tercera instancia.

Otra norma de carácter procesal cuya inserción en el texto constitucional obedece a la intención de cambiar una inconveniente normatividad anterior, es la que aparece en el Artículo 221, segundo párrafo, cuando al referirse al Tribunal de lo Contencioso Administrativo indica que para ocurrir a este tribunal no será necesario ningún pago o caución previa.

El debido proceso como se ha visto, es un principio mucho más extenso que los demás principios o garantías procesales, toda vez que este principio contiene a los demás. Para otros autores, el principio de debido proceso conserva igual categoría que los demás.

“Algunos autores utilizan incorrectamente el concepto de juicio previo y no el debido proceso; este último mucho más amplio que el primero. Si estudiamos la evolución de ambas garantías, constataremos que aun en la época de la inquisición, o en los Tribunales de Fuero Especial surgidos en Guatemala, hubo un juicio previo a la condena de los procesados; pero no puede asegurarse que haya habido un debido proceso.”⁴

Resulta lógico que si el debido proceso consiste en todas las etapas que se mencionan en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el juicio previo queda limitado a una de esas etapas, mientras que el debido proceso consiste en todas.

El jurista José Cafferata Nores explica, como se ha visto anteriormente, que el debido proceso contiene los principios de juicio previo, juez natural, de inocencia (como le llama él), de indubio pro reo, de non bis in idem, y el de duración razonable del proceso (conocido en el medio como: principio de celeridad procesal) y establece lo siguiente: “Existe generalizado reconocimiento que toda persona, antes de ser sancionada penalmente, tiene derecho a un proceso previo en el que se encuentran garantizados los

⁴ Rosales Barrientos, Moisés Efraín. **El juicio oral en Guatemala, técnicas para el debate**. Pág. 104

siguientes principios: Juez natural... juicio previo ... principio de inocencia... indubio pro reo... non bis in idem... duración razonable del proceso.”⁵

Eugenio Florián al respecto señala: “el Estado no puede ejercitar su derecho a la represión más que en la forma procesal y ante órganos jurisdiccionales establecidos en la ley.”⁶

Se puede decir entonces que es obligación de los que imparten justicia, respetar tanto los principios Constitucionales como los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Al respecto, se puede afirmar como lo señala el tratadista Moisés Efraín Rosales: “Afortunadamente, nuestra Constitución y la Ley de Amparo hacen referencia clara a la garantía del debido proceso y no sólo a la de juicio previo. El debido proceso exige un juicio legal no sólo para condenar al imponer una pena, sino también para privar a una persona de cualquiera de sus derechos. En virtud de lo cual, todo imputado, antes de ser condenado o privado de cualquiera de sus derechos, debe ser oído por un tribunal independiente e imparcial, de manera equitativa, en una audiencia donde se le conceda la oportunidad de explicar su tesis, presentar prueba y objetar las del acusador. Este derecho a ser oído también se le conoce como audi alteram partem.”⁷

⁵ Cafferata Nores, José I. **Introducción al derecho procesal penal**. Págs. 79 - 86

⁶ Florián, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Pág.17.

⁷ Rosales Barrientos, Moisés Efraín. **Ob. Cit.** Pág. 104

Por las razones expresadas, es lógico que se trate de un asunto de permitirle al sujeto encartado poder exponer su defensa ante un tribunal legalmente constituido. Es decir, que dicho principio incluye esos cuatro momentos: el de ser citado, el de ser oído y el de ser juzgado, así como el de ser vencido en dicho juicio.

“Al violentar el debido proceso, también se violenta el de defensa, es elemento esencial del derecho de defensa e involucra el conjunto de garantías que deben revestir los actos y procedimientos que conducen a las decisiones judiciales...”, según como lo establece en sentencia, la Corte de Constitucionalidad en fecha 25 de abril de 1994.

2.2. La defensa

De conformidad a lo que establece el autor Manuel Ossorio, la defensa es: “Acción o efecto de defender o defenderse.”⁸

A su vez define el vocablo, defender, como “amparar, proteger, librar, salvar, abogar, alegar ante un juez o tribunal.”⁹

La defensa jurídica, es en sencillas palabras, **la defensa de todos los derechos**, entendiéndose **los derechos**, de cualquier índole o materia del derecho.

⁸ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 206.

⁹ **Ibid.** Pág. 206.

La legislación guatemalteca garantiza a las personas el derecho de defensa, por el cual, puede hacer valer todos sus derechos.

El citado Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la garantía fundamental de que ninguna persona puede ser privada de sus derechos sin haber tenido la oportunidad de defensa en un juicio legal y ante autoridad competente y preestablecida.

El derecho de defensa es un derecho humano fundamental, reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos, vigentes en la Constitución Política de la República de Guatemala, desarrollado en normas ordinarias.

“El derecho a la defensa en juicio es otro de aquéllos, cuyo reconocimiento es unánime, e importa la posibilidad de los sujetos privados del proceso de demostrar el fundamento de la pretensión que se ejercita o la falta de fundamento de la ejecutada en su contra.”¹⁰

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el Artículo 10, que: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. "; en el Artículo 11 consagra que: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y

¹⁰ Cafferata Nores, José I. **Ob. Cit.** Págs. 76-86.

en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 14, regula el derecho de defensa en materia penal, al establecer que: "toda persona acusada de un delito tiene la garantía mínima de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo"

La defensa es el derecho que tienen las personas de acudir a los tribunales para la solución de un litigio u oponerse a cualquier pretensión aducida por la parte contraria, el cual debe ser ejercido a través de un defensor.

Establece Manuel Ossorio, que el defensor es: "el abogado que patrocina y defiende en juicio a cualquiera de las partes, es el perito en derecho positivo que se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes..."¹¹

Define a su vez que el abogado defensor es: "En lo civil y en general, el que toma a su cargo los intereses de una persona frente a otra. En lo penal, el encargado de actuar en nombre de una persona acusada de delito."¹²

¹¹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 206

El defensor, puede actuar mediante un contrato de prestación de servicios profesionales; por lo tanto, el interesado o imputado puede elegir y designar como defensor al abogado que desee; o sea, en este contrato impera la autonomía de la voluntad de las partes, el abogado se compromete a estar vinculado al proceso como parte y en tal sentido, con obligaciones procesales y, a realizar los fines del proceso.

El jurista Alfredo Orgáz destaca que: “el papel del abogado como auxiliar del juez, consiste, no en engañarlo y torcer la justicia, sino en demostrarle, de la manera más clara que le sea posible; tanto las razones de hecho y de derecho que favorecen a su cliente, en cuanto los fundamentos de su oposición a las pretensiones de la parte contraria.”¹³

No cabe la menor duda que el abogado defensor es un órgano colaborador de la jurisdicción, una parte procesal encargada de la defensa material de su cliente, siempre supeditado a los fines de la justicia; sin embargo, en ciertos casos, como en el derecho procesal penal o en algunos casos civiles o laborales, la defensa puede ser material y técnica.

Según señala el Doctor Mario Houed: “La defensa material se ejerce, por el propio imputado y la defensa técnica es la que comprende el derecho de aquel de ser asistido profesionalmente por un letrado.”¹⁴

¹² **Ibid.** Pág. 9

¹³ Orgáz, Alfredo. **Derecho procesal penal.** Pág. 23.

¹⁴ Houed, Mario. **El sistema de justicia en una sociedad democrática.** Pág. 5.

En el proceso civil la persona que pretenda interponer una demanda, contra demanda, hacer efectivo un derecho o, que se declare que le asiste, puede pedirlo ante los jueces, auxiliada por un abogado, se exceptúan los casos de ínfima cuantía.

En el proceso penal el imputado tiene derecho a contar con un defensor para garantizar que en el proceso se actúa conforme la ley y, con respeto de las garantías y derechos fundamentales, para que el mismo imputado pueda oponerse en forma técnica y expresar sus argumentos, derechos y pruebas, así como ser oído en juicio.

La asistencia técnica siempre estará a cargo de un abogado, sea éste un particular o un defensor oficial, pues su función se proyecta hacia el interesado o imputado, auxiliándolo mediante valiosos aportes técnicos a la defensa material. Así, le informa sobre los derechos que la ley contempla, le muestra su verdadera situación procesal y le aconseja la mejor forma de hacer conocer al tribunal las circunstancias objetivas y subjetivas que pueden favorecerlo.

También, lleva a cabo una importante función de control, pues ejerciendo los poderes que la ley le otorga puede exigir el cumplimiento de las normas procesales o poner de manifiesto las irregularidades conocidas ante el propio tribunal o uno de alzada.

La asistencia procesal, técnica y continua de un abogado a la persona imputada de la comisión de un hecho delictivo tiene carácter de derecho irrenunciable e insoslayable. No puede faltar en un proceso penal.

2.2.1. Defensa pública

En cuanto a su definición, el Boletín del Instituto de la Defensa Pública señala que: “Es la defensa técnica de un acusado, ejercida por un profesional del derecho quien es pagado por el Estado, en cumplimiento del derecho humano de defensa que debe asistir a todo ciudadano.”¹⁵

En el proceso penal guatemalteco, la defensa pública es una institución que en el proceso acusatorio alcanza la dimensión que no tenía y que se encontraba ya ampliamente regulada tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala, como por el derecho internacional, leyes que regulan los derechos humanos y leyes ordinarias, entre otras.

En el sistema penal actual -acusatorio-, que rige desde la vigencia del Código Procesal Penal de 1994, el papel del abogado cambió; con anterioridad la defensa pública era un contrato de prestación de servicios o innominado de patrocinio, por el que el abogado se limitaba a ofrecer una fórmula mágica para resolver la defensa del imputado, no importando los medios que para dicha situación se presentara; en la actualidad, el defensor puede ser parte del mismo engranaje de la justicia, toda vez que puede pertenecer a la defensa pública, existiendo un interés colectivo del Estado, cuando el imputado por razones económicas, culturales o sociales, no contrate a un profesional del derecho por pago. Pero el interés social en la defensa hace que quien la realice esté

¹⁵ Instituto de la Defensa Pública Penal. **Boletín del Instituto de la Defensa Pública**. Pág. 11.

vinculado al proceso como parte y en tal sentido, con obligaciones procesales, vinculado a los fines del proceso, por lo que es considerado un colaborador y auxiliar de la justicia.

En caso de que el imputado no pueda pagar un abogado particular, debidamente colegiado para actuar en su patrocinio en el proceso penal, se le asigna uno de oficio. Existe una diferencia en cuanto a lo regulado por el Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, con respecto al Código derogado, contenido en el Decreto número 52-73 del Congreso de la República de Guatemala, consistente en que en el derogado, se establecía a un pasante de oficio, es decir un estudiante del derecho.

En la actualidad, se debe tratar de un profesional colegiado, puesto que existe un órgano de defensa técnica.

El garantizar la defensa pública en el proceso, es un requisito indispensable para la buena marcha de la justicia en un país, pero lo es aún más, el hecho, de que la misma, actúe con ciertos límites que no enturbien el proceso.

Una de las formas de alcanzar la justicia para una sociedad civilizadamente organizada, es democratizando el proceso penal, que al decir de Eduardo Claus Roxín: “de todos los campos del derecho es el derecho procesal penal el que resulta más conocido y de mayor

interés para quienes no son juristas.”¹⁶

Establece Manuel Ossorio que el defensor de confianza es: “quien ha sido nombrado libremente por el defendido, en contraposición con el defensor nombrado de oficio. En casi todas las legislaciones, la elección del defensor es libre, salvo en casos excepcionales: como la defensa de menores, ausentes o incapaces o cuando el procesado no ejercita su derecho de designar defensor.”¹⁷

Para la sociedad guatemalteca, el derecho de defensa representa uno de los grandes desafíos a los que se les ha dado la importancia del caso; en ese sentido, el Congreso de la República muy atinadamente, como ya se expuso, promulgó la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, contenida en el Decreto número 129-97, la cual crea el Instituto de la Defensa Pública Penal como organismo administrador del servicio público de defensa penal, para asistir gratuitamente a personas de escasos recursos económicos.

Esta institución representa un hito histórico para el país, ya que provee de defensores a las personas de escasos recursos y provee de asistencia técnica a aquéllos que por cualquier razón son sometidos a proceso penal.

Tiene a su cargo las funciones de gestión, administración y control de los abogados en ejercicio profesional privado cuando realicen funciones de defensa pública.

¹⁶ Claus Roxín, Eduardo. **El derecho penal, parte general**. Pág. 43.

¹⁷ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 206

Se compone de defensores de planta y defensores de oficio, ambos considerados como defensores públicos.

Los defensores de planta son, los abogados que son incorporados con carácter exclusivo y permanente en el Instituto, por lo que asumen un carácter de funcionarios.

Los defensores de oficio son, los abogados en ejercicio profesional privados, asignados por el Instituto para brindar el servicio de asistencia jurídica gratuita.

Asimismo, todos los abogados colegiados del país forman parte del servicio público de defensa penal, en calidad de defensores de oficio.

Tal como se establece en la Ley del Servicio de Defensa Pública Penal, las funciones que realiza, tienen como objetivo primordial desarrollar el derecho de defensa, siendo las siguientes:

- a) Intervenir en la representación de las personas de escasos recursos económicos sometidas a proceso penal, a partir de cualquier sindicación que las señale como posibles autores de un hecho punible o de participar en él, incluso, ante las autoridades de la persecución penal.
- b) Asistir a cualquier persona de escasos recursos que solicite asesoría jurídica cuando ésta considere que pudiera estar sindicada en un procedimiento penal.

- c) Intervenir, a través de los defensores de oficio, cuando la persona no tuviere o, no nombrare defensor de confianza, en las formas que establece la ley.

Indica Manuel Ossorio que el defensor de oficio lo constituye el abogado que: “ejerciendo libremente la profesión, es designado por la autoridad judicial, o por las corporaciones de abogados, de acuerdo con la ley, para la defensa de los pobres.”¹⁸

En contraposición al defensor de confianza: “quien ha sido nombrado libremente por el defendido,…”¹⁹

También, define al defensor judicial como: “aquellos abogados que, ejerciendo libremente la profesión, son designados por la autoridad judicial, de acuerdo con la ley para que realicen una función o servicio relativos a su ministerio, a los fines de la administración de justicia.”²⁰

Con las definiciones anteriores se deduce que como en el caso de Guatemala, todos los abogados colegiados del país son parte del Instituto de Defensa Pública y, que, tanto el defensor de oficio como el defensor judicial realizan o cumplen labores dentro de un proceso por designación de autoridad judicial, bien puede considerarse que un defensor judicial nombrado dentro de cualquier proceso en materia civil, laboral, etc., también puede ser parte del Instituto de Defensa Pública Penal.

¹⁸ **Ibid.** Pág. 8

¹⁹ **Ibid.** Pág. 206

²⁰ **Ibid.** Pág. 206

En conclusión, se puede indicar que la defensa es la resistencia frente al adversario, ofrecer pruebas y concurrir a desahogarla, analizar las del contrario, alegar, impugnar; pero también es defensa, la creación de condiciones o circunstancias que permitan la presentación y recepción de las pretensiones o contra pretensiones del inculgado o demandado.

La defensa también debe ser el hallazgo de la verdad, el equilibrio entre intereses y sujetos bajo la idea de **igualdad de armas**.

Si no existe todo esto, si sólo se permiten las actuaciones de una sola de las partes y, no se proveen circunstancias adecuadas al fin que se procura y se proclama dentro de un proceso que es la verdad y justicia, la defensa no tendrá razón de ser, discurrirá incompleta, fracturada, vacilante. La igualdad de las personas ante la ley, como tema clásico del derecho y la política, también lo es, del proceso en cualquiera de sus formas.

En el proceso, se enfrentan dos personas, dos posiciones, dos intereses -que en ocasiones son, se quiera o no, representativos de muchas más personas, posiciones e intereses-, que reclaman atención y solicitan justicia; es decir, una sentencia favorable.

La función de la defensa tiene que ver, centralmente, con la tutela de derechos humanos.

La defensa judicial representa el respeto de las garantías individuales y de los propios derechos humanos.

En un país de profundas desigualdades como Guatemala, en el que la riqueza se concentra en unas cuantas manos y la pobreza parece ser el único patrimonio de la mayoría de la población, la existencia de instituciones que brinden a éstos la posibilidad de contar con un patrocinio legal; es vital, para que se establezca el necesario equilibrio que evite conflictos sociales generados por desigualdades, máxime en el caso de personas que por necesidades económicas han tenido que ausentarse o abandonar el país, sin importar las condiciones jurídicas en que dejan a sus familias y sus bienes, quedando desprotegidos.

Es indispensable entonces, que las labores del Instituto de Defensa Pública Penal no se circunscriban o contraigan a labores de defensa penal únicamente; es necesario, por las condiciones económicas y sociales de la población guatemalteca que también abarquen otros campos o materias del derecho, ya que es evidente que el problema del acceso efectivo a la justicia no sólo se suscita en los asuntos penales, sino en otros que hoy abundan, debiendo prevalecer en las normas y en la realidad, la decisión de establecer y preservar una auténtica carrera de defensa pública, mejorando y ampliando el ejercicio de sus funciones.

CAPÍTULO III

3. La jurisdicción voluntaria guatemalteca y el proceso de ausencia

3.1. Concepto de jurisdicción voluntaria

El tema relativo a la jurisdicción voluntaria es muy discutido, dada la naturaleza de esta institución jurídica, debido a que no se sabe si es una actividad de carácter jurisdiccional o si por el contrario, las materias que la comprenden deben encargarse específicamente a órganos administrativos o notarios, integrando la función que desempeñan en la legitimación de relaciones jurídicas.

Para el autor Manuel Ossorio, la jurisdicción voluntaria es “caracterizada por no existir controversia de partes, ni exigir siquiera su dualidad. La jurisdicción contenciosa es por eso su antítesis procesal.”²¹

Para el jurista guatemalteco Mario Aguirre Godoy, “lo que caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la ausencia de discusión entre partes y la actuación de los órganos del Estado se concreta a una función certificante de la autenticidad del acto o a responder a una mayor formalidad exigida por la ley. En la jurisdicción voluntaria, por lo general, hay conformidad de las personas que intervienen... en caso de haber oposición o controversia se acude a la jurisdicción contenciosa. La contenciosa termina con un fallo... La

²¹ *Ibid.* Pág. 410.

voluntaria concluye con un pronunciamiento que solo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito de forma.”²²

3.1.1. Principales doctrinas de la jurisdicción voluntaria

3.1.1.1. Italiana

Tal como lo cita el jurista Aguirre Godoy, para los autores italianos predomina la idea de que los actos de jurisdicción voluntaria constituyen función administrativa y no jurisdiccional.

Para Ugo Rocco citado por Aguirre Godoy: “La diferencia entre jurisdicción verdadera propia y la jurisdicción voluntaria consiste, pues, en que la primera es verdaderamente jurisdicción, en tanto que la segunda es actividad administrativa.”²³

A su vez, Giuseppe Chiovenda, sigue la posición que la jurisdicción voluntaria tiende siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de relaciones existentes, afirma que: “aunque esta clase de asuntos se confían a los jueces, esto no impide que sean actos de simple administración. ... lo característico de la jurisdicción voluntaria no son la falta de contradictorio sino la falta de dos partes, que no

²² Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco. Tomo II** Pág. 2

²³ **Ibid.** Pág. 3

persigue la cosa juzgada y, que las resoluciones que se dicten no admiten el recurso de casación. ”²⁴

Señala que la denominación romana *jurisdictio voluntaria* es: “el conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de más interesados “*in volentes*”, y el nombre se usó también para designar entre tales actos, aquéllos que, pasaron con el tiempo de la competencia de los jueces ordinarios a la de los notarios (de los procesos simulados ante el Juez a la constitución de instrumento con cláusula de garantía expedida por notarios, llamados por esto “*judices chartularii*”).”²⁵

Para Enrico Redenti, “la actividad jurisdiccional es sustancialmente homogénea a actividades administrativas y formalmente a actividades jurisdiccionales, la preservación del derecho asume en ellas una importancia primordial y preponderante.”²⁶

“Calamandrei desarrolla la idea de que los particulares tienen cierta esfera de autonomía en la cual pueden ejercitar su poder negocial, pero en ciertas situaciones necesitan que su voluntad sea integrada por órganos jurisdiccionales; como ejemplo, esta situación se ve clara en los casos en que se necesita autorización judicial para la venta de bienes de menores.

²⁴ **Ibid.** Pág. 4.

²⁵ **Ibid.** Pág. 4

²⁶ **Ibid.** Pág. 4

Concibe la jurisdicción voluntaria como función esencialmente administrativa, ejercida por órganos judiciales y que la define como la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales.

Expresa sus ideas concretando que en estos casos la finalidad no es la de garantizar la observancia del derecho, sino la de la mejor satisfacción dentro de los límites del derecho, de aquellos intereses privados a los cuales se refiere la relación o situación jurídica en que la intervención de la autoridad judicial sirve para constituir o modificar.

Agrega que la jurisdicción voluntaria entra por consiguiente, en la actividad social no en la actividad jurídica del Estado, también para ésta, lo mismo que para la actividad administrativa, el derecho no es fin, sino medio, que sirve para la satisfacción de otros fines, o sea, para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia. ”²⁷

Conforme lo expuesto por estos autores se desprende la conclusión de que se trata de una actividad administrativa, por ahora, a cargo de órganos jurisdiccionales; sin embargo, otros autores tan sobresalientes como Carnelutti, destacan la figura del proceso voluntario, cuyo fin específico deber ser la prevención de la litis.

Pero aun denominándolo proceso voluntario, ya había calificado que en algunos casos el juez interviene para la satisfacción de un interés público mediante una buena

²⁷ **Ibid.** Pág. 5

administración de los intereses privados, como cuando autoriza la venta de un bien perteneciente a un menor o cuando homologa una transacción en materia de accidentes de trabajo o el estatuto de una sociedad anónima.”²⁸

3.1.1.2. Alemana:

En la doctrina alemana se habla que la diferencia entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, radica en que ésta es una especie de administración del derecho privado, concepto que también mencionan los autores italianos.

Según el autor Kisch, citado por Aguirre Godoy “El fin que el Estado persigue en la jurisdicción voluntaria es proteger y asegurar los derechos de los particulares (por ejercicio de las funciones de documentación, inspección, de la registral y otras), vigilar la conclusión de los negocios jurídicos, autorizarlos y darles forma e intervenir en la creación y en el ejercicio y liquidación de derechos y relaciones jurídicas. Ejerce, pues, una especie de administración de derecho privado, en cuya gestión no sólo aplica principios jurídicos, sino razones de oportunidad y conveniencia y todo lo que exigen las necesidades prácticas.

Expresa y enumera los distintos fines que persigue la jurisdicción voluntaria, cuyo contenido es bastante complejo, persigue que multitud de derechos y relaciones jurídicas alcancen el estado de publicidad y autoridad general que necesitan (registros), crea derechos y los anula (nombrando y deponiendo tutores o administradores), hace seguir

²⁸ **Ibid.** Pág. 5.

un sujeto de derecho o bien que se extinga (ejemplo una asociación), da su conformidad a ciertos actos (adopción), elimina o aparta obstáculos (para la celebración del matrimonio), da forma externa a los actos, interviene como mediador en algunos negocios (particiones, inventarios), vigila el cumplimiento de obligaciones (de padres, tutores).²⁹

3.1.1.3. Española:

En el ámbito de la doctrina española, los autores confirman la opinión dominante en derecho procesal sobre que la jurisdicción voluntaria no es propiamente jurisdicción.

En seguida se mencionan algunos autores citados por el maestro Aguirre Godoy, tal el caso del jurista Manuel de la Plaza, quien indica: “el concepto de la jurisdicción voluntaria no se acomoda al de la jurisdicción, se asemeja más a la función administrativa.”³⁰

Para Gómez Orbaneja y Herce Quemada coinciden que: “es de naturaleza administrativa y señalan que el fin de la contenciosa es proteger o conservar; el de la voluntaria, constituir, desarrollar o completar relaciones jurídico privadas.

Jaime Guasp, consecuente con su teoría sobre la pretensión procesal afirma que, como en la jurisdicción voluntaria no se trata de satisfacer coactivamente ninguna pretensión procesal, ya sea mediante la resolución de conflictos o la actuación del derecho, no puede sostenerse que tenga naturaleza procesal. El órgano jurisdiccional trabaja sobre

²⁹ **Ibid.** Pág. 7.

³⁰ **Ibid.** Pág. 9.

relaciones de derecho privado como un administrador de ese derecho. Señala que no tiene un fundamento absoluto, ya que sólo podrían alegarse justificantes de oportunidad, por ello puede ser eliminada de cualquier ordenamiento jurídico positivo y encaminar la reforma a los sectores notariales y registrales. También aluden a varios casos de intervención notarial y consideran que los negocios y funciones de la jurisdicción voluntaria pueden dividirse en judiciales, notariales y registrales.”³¹

3.1.1.4. Latinoamericana:

Anteriormente se ha mencionado claramente la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la llamada jurisdicción voluntaria. Esta clase de actividad trata de uno de los supuestos en que el Juez ejerce funciones administrativas, pero que la doctrina ha mantenido esta clasificación según la eficacia que produzca el pronunciamiento judicial.

Ese efecto primordial que se produce en los actos definitivos de la jurisdicción contenciosa es el de la cosa juzgada material.

Para el Autor Hugo Alsina: “los actos de jurisdicción voluntaria admiten la posibilidad de discusión ulterior ante los órganos jurisdicciones.”³²

Indica Alsina que: “En la jurisdicción contenciosa siempre encontramos un litigio y por eso se dice que dicha jurisdicción no se ejerce intervolentes (ya que una de las partes debe

³¹ **Ibid.** Pág. 9.

³² **Ibid.** Pág. 10

acudir al tribunal contra su voluntad) para dirimir una controversia. Sin embargo, para que exista litigio no es necesaria una lucha de opiniones, y lo demuestra el caso de sumisión del demandado y el proceso en rebeldía, basta que exista un conflicto o disputa entre dos esferas individuales, una de las cuales exige algo a costa de la otra o sea que hay litis siempre que se pretenda la sumisión de un interés ajeno al propio, lo cual tiene particular importancia tratándose de las acciones meramente declarativas. Por el contrario, la jurisdicción voluntaria se ejerce intervolentes, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una persona en cuya contradicción no aparece ningún interés de tercero, aquí no hay conflictos de intereses y la intervención del juez sólo tiene objeto satisfacer exigencias de orden público.”³³

Según señala Couture: “la denominada jurisdicción voluntaria ni es jurisdicción ni es voluntaria, especialmente en esta última situación “porque en muchos casos, la intervención de los jueces se halla impuesta por la ley bajo pena de sanciones pecuniarias, o privación del fin esperado.

Le parece que la terminología más adecuada es la de **actos judiciales no contenciosos**, pero que por razones de **brevidad y de común entendimiento** se sigue usando la denominación tradicional.

Dentro de los señalamientos que hace el autor citado, resaltan los de que el acto judicial no jurisdiccional no tiene partes en sentido estricto, carece de controversia y no produce

³³ **Ibid.** Pág. 11

cosa juzgada, expresando: “Por oposición a la sentencia jurisdiccional, cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración. Ni condenan ni constituyen nuevos derechos.

Concreta que, el contenido de los pronunciamientos de jurisdicción voluntaria es de carácter documental, probatorio, fiscalizador, y por ello tienden a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos.”³⁴

3.1.1.5. Guatemalteca

Señala Aguirre Godoy, que: “Es obvio que en los actos de jurisdicción voluntaria el juez ni juzga ni ejecuta, por más que en algunos casos despliegue actividades cognoscitivas, como sucede en los procedimientos para declarar la incapacitación de una persona o cuando lleva a cabo medidas que tienen similitud con algunos trámites de ejecución, como ocurre en las ventas de bienes de menores o en las subastas voluntarias.”³⁵

Nájera Farfán, es de la opinión dominante que los actos de jurisdicción voluntaria son judiciales únicamente por la naturaleza del órgano que los lleva a cabo, pero administrativos por la función que realizan.

³⁴ **Ibid.** Pág. 11-12

³⁵ **Ibid.** Pág.16

Al criticar la denominación expresa: “Esta circunstancia justificaría el sustituirla por la de jurisdicción necesaria, o por la de jurisdicción no contenciosa, o por la de actos judiciales no contenciosos según lo sugieren varios tratadistas, pero la de jurisdicción voluntaria, extraída de los textos romanos, se ha mantenido con carta de naturaleza en todas o la mayoría de las legislaciones.”³⁶

De conformidad con la legislación guatemalteca, los asuntos que se substancian en la jurisdicción voluntaria son: Ausencia, disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, reconocimiento de preñez o parto, partidas y actas del registro civil, patrimonio familiar; esto, conforme se regula específicamente en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala.

A su vez, también se encuentran los asuntos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107, que son: Declaratoria de incapacidad, ausencia y muerte presunta, modo de suplir el consentimiento para contraer matrimonio, divorcio y separación, reconocimiento de preñez o parto, cambio de nombre, identificación de persona y de tercero, asiento y rectificación de partidas, patrimonio familiar, subastas voluntarias y proceso sucesorio.

³⁶ **Ibid.** Pág.14

Todos los procesos anteriores, se pueden tramitar ya sea ante notario o ante juez, esto significa que aunque alguno no se encuentre en el Código Procesal Civil y Mercantil o en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, no por eso, se tienen que tramitar únicamente por la vía judicial o sólo por la notarial.

3.2. Características de la jurisdicción voluntaria en Guatemala

Las características de la jurisdicción voluntaria son:

- a) Se ejerce intervolentes, o sea que, se necesita la concurrencia voluntaria o se desarrolla entre y por personas que están de acuerdo. Para su aplicación, debe existir necesariamente el consentimiento o la voluntad para llevarla a cabo.
- b) Su procedimiento carece de uniformidad y repetición, acomodándose a la naturaleza de los actos que la provocan.
- c) La prueba que se rinde o se presenta no está sujeta al requisito de citación.
- d) Existe la necesidad de oír a la Procuraduría General de la Nación, cuando pudieran resultar afectados intereses públicos o se haga relación a personas incapaces o ausentes.
- e) La resolución final no puede impugnarse mediante casación y,

- f) Las resoluciones no pasan en autoridad de cosa juzgada; es decir que el expediente o las resoluciones puede ser revisadas en la vía contenciosa.

3.3. Clases de jurisdicción voluntaria en Guatemala:

En la jurisdicción voluntaria de Guatemala, tal como se indicó anteriormente, los interesados, tienen opción ya sea de utilizar el trámite notarial o el judicial, según lo estimen conveniente para sus intereses, empezándolo y terminándolo por cualquiera de ambos trámites; sin embargo, en cualquier momento del procedimiento pueden convertir la tramitación notarial en judicial o viceversa. En el primer caso, el notario debe enviar el expediente completo al tribunal que sea competente.

A continuación se hace una descripción de ambos procedimientos.

3.3.1. Jurisdicción voluntaria judicial

La jurisdicción voluntaria judicial se encuentra regulada a partir del Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107 del Jefe de Estado.

La Jurisdicción voluntaria judicial es de conformidad con el Artículo 401, “un proceso que comprende todos aquellos actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención de juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.”

Comprende también, aquellas informaciones que las leyes exigen para la realización de ciertos actos, como el otorgamiento de autorizaciones judiciales, rectificación de partidas, etcétera y, todos los que no estuvieren especialmente reglamentados, aplicándose además, lo que particularmente establecen como requisito especial las leyes respectivas.

Las solicitudes se formulan por escrito ante los Jueces de Primera Instancia y, las mismas deben contener lo regulado en la ley para todo escrito inicial.

Si dentro del procedimiento fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que, dentro de tercero día, la evacúe. Dentro de estas personas se incluye a la Procuraduría General de la Nación, que interviene cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos y se refiere a personas incapaces o ausentes.

Si a la solicitud se opone alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto se declara contencioso, con el objeto que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos. Si la solicitud se hiciere por quien no tenga derecho en el asunto, el juez la rechazará de oficio.

Se distingue de la jurisdicción contenciosa en que el juez puede variar o modificar las providencias que dicte, sin sujetarse a los plazos, términos y formas preestablecidas para ella.

3.3.2. Jurisdicción voluntaria notarial

La jurisdicción voluntaria notarial se encuentra regulada en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala.

Se basa en que siendo la actividad de los notarios bastante diversificada y, teniendo puntos de contacto con actividades jurisdiccionales, pueden desempeñar muy bien la tarea procesal, por lo que también al ser considerados en la ley como auxiliares del órgano jurisdiccional, pueden tramitar cualquier asunto de los regulados en la ley, para ello cumplen con principios fundamentales, sin los cuales no puede llevarse a cabo la jurisdicción voluntaria, entre ellos: existir previamente el consentimiento unánime de todos los interesados, esto conlleva a que si alguna de las partes, en cualquier momento manifiesta su oposición; el notario, debe abstenerse de seguir conociendo, remitiendo todo lo actuado al juzgado correspondiente. Las actuaciones en torno a la jurisdicción voluntaria, el notario las hace constar en acta notarial, salvo las resoluciones que son de redacción discrecional.

Siendo la labor de los notarios una función pública, pueden requerir de las autoridades toda la colaboración que sea necesaria, a fin de obtener datos e informes indispensables en la tramitación de los expedientes y, aun cuando no le fueren proporcionados, después de requerirlos tres veces, puede acudir al Juez de Primera Instancia de su jurisdicción para apremiar a la institución requerida.

Dentro de estos requerimientos a las autoridades, el notario antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado, está obligado a dar audiencia a la Procuraduría General de la Nación, cuando la ley lo dispone quien debe evacuarla en el plazo de tres días. Puede a su vez, recabar la opinión de la Procuraduría en casos de duda o cuando, lo estime necesario y, si ésta fuere adversa, el notario, previa notificación a los interesados, debe enviar el expediente al tribunal competente para su resolución.

Teniendo el notario la característica de ser depositario de la fe pública para la inscripción de cualquiera de sus resoluciones en los registros públicos, basta con una certificación notarial de la misma, mediante fotocopia o fotostática auténtica. Tal certificación o reproducción será enviada en duplicado, con aviso, a fin de que el original se devuelva debidamente razonado. Una vez concluido cualquier expediente, el notario debe enviar el expediente al Archivo General de Protocolos, institución que dispondrá la forma en que se archive.

3.4. La ausencia

Tal como lo expone Manuel Ossorio, la ausencia es: “La condición legal de la persona cuyo paradero se ignora, ... es el estado de la persona cuya desaparición y falta de noticias, durante un tiempo más o menos largo, tornan su existencia incierta. Esa

situación exige que se adopten medidas para la custodia y administración de los bienes del ausente...”³⁷

También establece que ausente es: “El encuadrado en la ausencia, como ignorancia de paradero y abandono de los suyos y de sus cosas en presunción jurídica. Transcurrido cierto plazo sin conocer el paradero de una persona y sin tener noticias de ella, el Ministerio Público, o cualquier persona que tuviere interés legítimo respecto a los bienes del ausente, podrá pedir al juez que declare su ausencia y nombre un curador de los bienes”.³⁸

Exponen los licenciados Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, en relación a la declaratoria de ausencia, lo siguiente: “... como institución de derecho civil, tiene un origen histórico que se basa en la dificultad que entrañaba el desaparecimiento prolongado de una persona de su hogar, de su familia, de sus asuntos. ... esta institución tiene algunos antecedentes en el Derecho Romano, pero más directamente en el Derecho Germano y también en sucesos históricos como las Cruzadas, cuando de los guerreros, comerciantes o expedicionarios se dejaba de tener noticias. Ante estos hechos que planteaban un conflicto para las personas, se creó la ficción de declarar muerta legalmente a una persona a través de la declaratoria de ausencia. Mediante este artificio legal, fue posible encontrar una solución a la disponibilidad de sus bienes, al

³⁷ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 72

³⁸ **Ibid.** Pág. 72

establecimiento de quienes podían sucederle y dar así certeza ante una situación de hecho.”³⁹

Expone asimismo, el licenciado Alfonso Brañas, lo siguiente: “Los civilistas españoles coinciden, al iniciar el estudio de esta materia, en afirmar que la expresión ausencia se contrapone a la de presencia, que la ausencia es la no presencia. Refiriéndose, por supuesto, al concepto corriente de la palabra ausencia. Así, Espín Cánovas, escribe: Se llama ausente, en sentido vulgar, al que está fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia. Pero, en sentido técnico, ausente es el que desapareció, ignorándose su paradero y dudándose de su existencia, la ausencia exige, pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona... dos modalidades: la del que se haya fuera de su domicilio, sabiéndose con certeza su existencia y la del que se haya fuera de su domicilio desconociendo su paradero y existencia, ausencia propiamente dicha y desaparición (la doctrina alemana llama a esta última ausencia calificada, y a la primera, ausencia simple), la desaparición se caracteriza por la circunstancia del peligro que la acompañó (desaparición en guerra, naufragio, incendio, etc.), circunstancia que falta en la ausencia propiamente dicha.”⁴⁰

En relación a lo que establece el Código Civil sobre el concepto de ausencia, el licenciado Brañas, indica: “El Código Civil precisa ... es ausente la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella; se considera también ausente, para los

³⁹ Alvarado Sandoval, Ricardo y José Antonio Gracias González. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Pág.201

⁴⁰ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil. Parte 1 y 2**. Pág. 70.

efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora. Dos circunstancias son determinantes en el primer supuesto: que la persona se halle fuera de la república, y que tenga o hubiese tenido su domicilio en ella. Se da por cierto que la persona existe, que vive, y que se encuentra fuera de la república (las más de las veces se conoce su paradero). En el segundo supuesto son circunstancias determinantes: que la persona haya desaparecido de su domicilio y que se ignore su paradero. El concepto legal de la ausencia está referido en orden a la menor o mayor probabilidad de que el ausente viva. ... se considera como ausente a la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Prácticamente, no existe duda respecto a su existencia. Ese concepto tiene importancia en cuanto a la declaración de ausencia para la representación en juicio. ... se considera también ausente, para los efectos legales, a la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora. Este precepto configura la denominada ausencia propiamente dicha, en la cual el ignorado paradero es determinante para el inicio de la duda sobre la existencia de la persona... El principio general es que toda persona ejercite sus derechos y cumpla las obligaciones que ha contraído por sí. En caso contrario puede hacerlo por medio de mandatario legalmente constituido... si no ocurre ni lo uno ni lo otro, y se ausenta de la república, los derechos y obligaciones de esa persona no pueden quedar en situación de incertidumbre... cualquier persona interesada tiene derecho para que aquella sea declarada ausente a efecto de que continúe mas o menos normalmente el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones...»⁴¹

⁴¹ **Ibid.** Págs. 71 a 76.

Después de lo expuesto, se entiende que para la declaratoria de ausencia en Guatemala, es necesario que en primer término, la persona se encuentre fuera de la república, se sepa su paradero o no, pero no se tiene duda sobre su existencia, tal el caso de las personas que por sus condiciones económicas y sociales de pobreza han tenido que abandonar el país para emigrar hacia otros países en busca de oportunidades de trabajo, habiendo dejado a su familia y bienes, sin preocuparse por su condición jurídica, en segundo término, cuando la duda sobre la existencia de la persona es determinante, como muchos desaparecidos con y por la guerra civil.

Estos dos supuestos tienen efecto en relación a la declaración de ausencia, para la representación en juicio y la declaratoria de ausencia para la guarda y administración de bienes.

El Artículo 42 del Código Civil establece: “Es ausente la persona que se halla fuera de la República y tiene o ha tenido su domicilio en ella. Se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.”

Como quedo anotado, la ley establece que toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la república y se ausente de ella, tiene como principal obligación dejar mandatario legalmente constituido, donde le otorgue las facultades necesarias para responder por cualquier controversia que surja y que afecte sus derechos u obligaciones, de lo contrario, se le podrá declarar ausente a petición de parte, siendo el

principal objetivo de la declaratoria que se le nombre defensor judicial en caso deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio.

Sin embargo, a falta de mandatario, puede un juez nombrar a una persona de notoria honradez, arraigo y competencia, existiendo tres motivos para dar por terminado el cargo de defensor judicial del ausente: que se termine el litigio en que se le nombró, cuando ya se provea de guardador de bienes al ausente o que el ausente se apersona por sí o por apoderado con amplias facultades.

En relación a como se declara la ausencia, la misma debe ser judicial, una vez concluido el procedimiento respectivo y hecho el nombramiento definitivo de guardador, la persona designada, que puede ser el defensor judicial o el mandatario legalmente constituido, recibirá los bienes y asumirá la representación del ausente, cesando en sus cargos el defensor específico y el depositario provisional.

3.4.1. Procedimiento judicial de declaratoria de ausencia

Prescribe el Código Procesal Civil y Mercantil en los Artículos 411 al 417, lo relativo al procedimiento para la declaratoria de ausencia, estableciendo que pedida la declaración de ausencia, el juez, con intervención de la Procuraduría General de la Nación, mandará recibir información que compruebe el hecho de la ausencia, la circunstancia de no tener el ausente parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o

incapacitado, así como el tiempo de la ausencia, que es un factor indispensable para su declaración.

Asimismo, con la solicitud deben acompañarse los documentos que conduzcan a probar lo indicado, de conformidad a lo exigido por la ley para todo escrito inicial que se presente ante cualquier órgano jurisdiccional.

Establecido el hecho de la ausencia, el juez nombra un defensor judicial, que tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente, dictando las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario, que puede ser el mismo defensor.

En la misma resolución el juez ordena la publicación de la solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, tres veces durante un mes, debiendo contener los edictos la relación del asunto para el que ha sido pedida la declaración de ausencia, la citación al presunto ausente, así como la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo.

Contempla también la norma que si hay varias personas que se disputan el derecho de representación del ausente, debe resolverse en forma de incidente, nombrando a la persona con mejor derecho. Si hay oposición a la declaración de ausencia, el asunto se declara contencioso y se substancia por la vía sumaria.

Una vez recibida toda la información, habiéndose llevado a cabo las publicaciones, el juez con intervención de la Procuraduría General de la Nación y del defensor judicial, declarará la ausencia si procede, nombrará un guardador, quién asumirá en forma definitiva la representación judicial del ausente, así como el depósito de los bienes, si los hubiere, con la excepción de que para transigir, someter asuntos a proceso arbitral, o repudiar herencias o donaciones y legados, necesita autorización judicial.

Una vez discernido el cargo de guardador o formalizada la entrega de bienes, si los hubiere, éste asume la representación del ausente en forma definitiva, entonces cesa desde ese momento el cargo del defensor judicial y el depositario, si no hubiere recaído en alguno de ellos el nombramiento de guardador.

3.4.2. Procedimiento notarial de declaratoria de ausencia

El trámite que hay que substanciar de conformidad con el Decreto número 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, es el siguiente:

- Se presenta ante notario la solicitud por cualquier persona que tenga interés.

- El notario, solicita opinión a la Procuraduría General de la Nación y, recibirá información testimonial o documental, para comprobar el hecho de la ausencia, la

circunstancia de que no haya parientes o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado, así como el tiempo de la ausencia.

- Cumplido lo anterior, el notario dicta su primera resolución, disponiendo la publicación de la solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, tres veces durante un mes, debiendo contener los edictos la relación del asunto para el que ha sido pedida la declaración de ausencia, la citación del presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, la fecha y firma del notario.

- Una vez cumplido el plazo de las publicaciones o manifestada la oposición por algún interesado, el notario debe obligadamente remitir el expediente al órgano jurisdiccional competente para efectos del nombramiento del defensor judicial y continuación de la tramitación, ya que la ausencia debe ser declarada judicialmente.

- Si el notario lo considera, con intervención judicial puede llevar a cabo alguna medida precautoria urgente o realizar inventario de los bienes del ausente y el juez competente resolverá lo relativo al depósito de los mismos.

Consecuentemente, el notario debe formar un expediente derivado de cada una de las fases del procedimiento señalado, que debe contener acta notarial de requerimiento en donde la persona interesada expone los hechos sobre la ausencia, del tiempo que lleva

asi como lo relativo a la falta de un mandatario, toda la prueba documental que tenga y que aporte, así como indicar el interés que se tiene en promover la declaratoria de ausencia.

Luego del requerimiento y, como parte del expediente, el notario debe dictar la primera resolución, dando trámite a la solicitud, solicita la opinión de la Procuraduría General de la Nación y recibe la prueba testimonial propuesta, así como manda a publicar los edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación. Las declaraciones testimoniales se faccionan en actas.

De haber oposición, el caso se declara contencioso y se sigue en la vía sumaria.

Si no existe oposición, luego de publicados los edictos, el notario recibe las pruebas y remite el expediente al juzgado competente para que nombre defensor judicial y se continúe con el trámite, con lo que se convierte en un procedimiento de los llamados en la doctrina notarial como mixto, ya que se inicia ante notario, pero la resolución que declara la ausencia debe ser dictada por un juez.

3.5. Defensor judicial

Como quedo anotado, una de las partes esenciales dentro del proceso de declaración de ausencia, lo constituye el nombramiento del defensor judicial quien tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente.

Para ello es necesario entender en primer lugar, que es lo que caracteriza a un defensor judicial, como se indico anteriormente, es aquel abogado que ejerciendo libremente la profesión, es designado por la autoridad judicial de acuerdo con la ley, para que realice una función o servicio relativo a su ministerio y a los fines de la administración de justicia, en el caso de la ausencia, el defensor judicial es un abogado que ejerce la profesión en forma liberal contratado para defender al ausente.

Es la persona nombrada para representar al ausente, (en forma temporal mientras se nombra al guardador en forma definitiva) para los casos en que deba resolverse alguna controversia planteada en contra de los bienes de éste, el defensor debe estar facultado con nombramiento judicial.

Esta definición se relaciona con lo estipulado en el Artículo 44 del Código Civil, que señala: “La declaratoria anterior tendrá como único objeto, nombrar defensor judicial al ausente, para los casos en que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio.”

Debe tomarse en cuenta que de conformidad con el Artículo 199 de la Ley del Organismo Judicial, “los mandatarios también puede ser defensores judiciales aunque no posean el título de abogado...”

3.6. Representante judicial

El representante judicial es la persona facultada por un órgano jurisdiccional para realizar acciones procesales de determinada índole en nombre de otra, que en el caso del ausente, se presenta precisamente por la necesidad de que éste tenga representación.

3.7. El mandatario

Como lo establece Manuel Ossorio, el mandato es: “En general, orden, disposición imperativa. Encargo o comisión. Representación. En derecho civil contrato que tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla a efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza.”⁴²

En cuanto a la forma, según la ley se otorga a través de contrato, el cual es solemne, tal como lo establece el Artículo 1687 del Código Civil, que señala que: “El mandato debe constar en escritura pública como requisito esencial para su existencia y, puede ser aceptado expresa o tácitamente. No es necesaria la escritura pública: 1. Cuando se trate de asuntos cuyo valor no exceda de mil quetzales, en cuyo caso puede otorgarse el mandato en documento privado, legalizado por notario, o en acta levantada ante el alcalde o juez local, con las formalidades legales. Sin embargo, si el mandato se refiere a la enajenación o gravamen de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, es

⁴² Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 446.

obligatorio el otorgamiento del poder en escritura pública; y 2. Cuando la representación se confiere por cartas poderes para la asistencia a juntas y demás actos en que la ley lo permite. El mandato para asuntos judiciales queda sujeto, especialmente, a lo que establecen las leyes procesales.”

De conformidad con lo que prescribe el Código Procesal Civil, uno de los requerimientos para establecer la ausencia, es comprobar si el ausente ha dejado mandatario con facultades suficientes; es decir, que tenga un representante que, a su vez, pueda ser también en lo judicial, si así lo ha dejado nombrado el propio ausente.

Como se indico anteriormente, generalmente no sucede así, ya que son muy pocos los ciudadanos que se preocupan por cumplir con los dictados de la legislación vigente; a contrario sensu, la mayoría de la población ya sea por desconocimiento, por su precariedad y necesidades económicas, no se preocupan por dejar en orden sus asuntos legales hasta que se encuentran inmersos en ellos.

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de modificación de la Ley del Servicio de Defensa Pública Penal, en cuanto a sus funciones, para proteger los derechos de defensa y debido proceso del ausente.

Tomando en consideración lo estudiado, se tiene que el objeto básico de la defensa pública consiste en representar a aquellas personas que no tienen la capacidad de pagar los honorarios de un defensor profesional, que pueda ejercer efectivamente su representación para efectos de dar cumplimiento al debido proceso.

En ese sentido la licenciada Blanca Aída Stalling Dávila, Directora del Instituto de la Defensa Pública Penal indica que el servicio de defensa pública es la: “Entidad que tiene por mandato legal, desempeñar una función técnica, en ejercicio del derecho de defensa, en resguardo del debido proceso, a favor de las personas de escasos recursos económicos...”⁴³

El servicio público de defensa penal es la institución que equilibra la justicia en cuanto al Ministerio Público se le otorga la investigación y acusación en materia penal, por lo que el objetivo esencial del Instituto es garantizar la defensa en juicio penal.

⁴³ Instituto de la Defensa Pública Penal. **Modulo de Acciones Constitucionales**. Pág. 1.

El Instituto de Defensa Pública Penal tiene su origen en las recomendaciones que Naciones Unidas hiciera a Guatemala, acerca de cambiar la legislación penal, principalmente en cuanto se refiere al proceso penal.

En consecuencia se promulgó el Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, que tiene como principal razón y fin, un nuevo proceso penal, con una actuación más desarrollada del Ministerio Público.

Para equilibrar el sentido democrático del proceso penal, indujo al Estado de Guatemala a brindar contrapeso mediante un nuevo servicio de defensa penal, lo que se logró con la promulgación de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal, la cual señala en su Artículo 1, que el instituto es: “El organismo administrador del servicio público de defensa penal, para asistir gratuitamente a personas de escasos recursos económicos...”.

Por otro lado, el proceso de jurisdicción voluntaria de declaración de ausencia, tanto en su trámite judicial como en el notarial, persigue proteger al ausente así como a sus bienes y sus parientes dentro de los grados de ley, logrando dicho fin, mediante la declaración judicial de ausencia; sin embargo, existen ciertas deficiencias en la normativa en lo que respecta a cuando al ausente le toca enfrentar una demanda o hacer valer un derecho en juicio.

Al analizar el contenido del Artículo 43 del Código Civil se establece que: “toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la república y se ausente

de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte.”

Si esto, se compara con lo que sucede en la realidad de la sociedad guatemalteca, se observa que la mayoría de ciudadanos han demostrado un total desinterés hacia el contenido y aplicación de esta norma jurídica, imponiendo primeramente sus necesidades económicas que las jurídicas, se marchan y ausentan del país sin considerar nombrar mandatario, ignorando que tal acto tendrá consecuencias jurídicas que indudablemente afectaran a sus parientes.

Establecen por su parte, los Artículos 44, 45 y 46 del Código Civil que: “La declaratoria anterior tendrá como único objeto, nombrar defensor judicial al ausente, para los casos en que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio”. “Si el ausente hubiere dejado apoderado sin facultades suficientes para la defensa en juicio, el cargo de defensor judicial recaerá de preferencia en éste. A falta de apoderado, el juez nombrará a una persona de notoria honradez, arraigo y competencia”. “Termina el cargo de defensor judicial del ausente: a) Desde que termine el litigio en que se le nombró; ... “

Al analizar entonces el contenido de las normas indicadas, de existir una actitud idónea de parte de un ausente, éste dejaría mandatario nombrado, a quien le otorgaría facultades suficientes como para ser su defensor judicial y, actuaría conforme a las circunstancias del caso, ya sea respondiendo una demanda o bien para el caso en que esté haciendo valer

los derechos en nombre del ausente, actuando diligentemente y de conformidad con lo establecido en la ley respecto al mandato, o sea, cumpliendo la confianza que el ausente deposito en él.

Este caso, como se dijo es el idóneo y se considera así cuando **el mandatario haya sido nombrado en forma directa y personal por parte del ausente.**

Sin embargo, en la realidad, la actitud tomada por la población guatemalteca ha sido otra y, generalmente por circunstancias de pobreza y subdesarrollo, dejan el país o se ausentan sin dejar mandatario, dejando desprotegidos sus intereses y, para el caso que deba enfrentar un proceso, no serán defendidos por un mandatario de su confianza. De esa cuenta, llegado el momento, en cualquier proceso, cuando una persona ausente es demandada, y, se comprueba que no ha dejado mandatario nombrado, podría darse la oportunidad de que sea el actor o demandante el que pida y proponga a su voluntad al defensor judicial del ausente, al tenor de lo que se regula en el Código Civil, Artículo 45, segundo párrafo, que regula: “ A falta de apoderado, el juez nombrará a una persona de notoria honradez, arraigo y competencia”, regulación legal que es demasiado simple, ya que la persona nombrada puede ser, ya sea a solicitud del mismo interesado, del actor o demandante en el proceso en contra del ausente.

Tal como se dijo, los bienes y derechos del ausente discutidos en un juicio, se encuentran parcialmente protegidos por la ley, tomando en cuenta que dicha estipulación legal, en la práctica se ha interpretado que al ser rogada la acción, dicho nombramiento puede ser

aun solicitado por parte del actor o demandante, parcializando el resultado del juicio, indudablemente porque la persona nombrada por parte del actor o demandante dejara por un lado el defender los intereses del ausente, en beneficio de una tercera persona interesada.

Lo anterior, constituye claramente un acto perjudicial para los intereses del ausente y sus parientes, es una violación al principio de defensa y debido proceso, así como una debilidad de la ley, por lo que debe regularse, de tal forma que al conocerse que una persona se encuentre ausente, sus derechos y bienes en juicio deben ser protegidos por parte de las personas que tienen un interés fidedigno como si fuera él mismo; es decir, sus parientes dentro de los grados de ley y, contar con un defensor judicial gratuito que les asesore y que no tenga vínculo alguno con terceras personas más que su relación profesional con el Estado.

De esa cuenta, surge la necesidad imprescriptible de que se modifique la ley en cuanto a establecer la obligatoriedad cuando se tramite un procedimiento en que se demande o se haga valer el derecho de un ausente, de que se notifique a la institución auxiliar de la justicia en materia de defensa, o sea al Instituto de Servicio Público de Defensa Penal para que le nombre un defensor judicial gratuito, de conformidad con los deberes que cumple todo defensor público.

Dicha modificación deber ser específica, en el sentido de agregar en el Artículo 45 del Código Civil un tercer párrafo, que establezca que: “El defensor judicial que se nombre,

deberá ser un abogado del Servicio Público de Defensa Penal, quien deberá actuar en cualquier proceso judicial de que se trate defendiendo los intereses del ausente como si fuera nombrado por éste. Este nombramiento deberá surtir efectos hasta la terminación del litigio o cuando dependa de la decisión de nombramiento de defensor de confianza por parte de los parientes del ausente. Asimismo, con el objeto de garantizar el debido proceso y notificación al ausente, el Instituto de la Defensa Pública deberá realizar todos los actos jurídicos necesarios para llevar a cabo la publicación de la solicitud de declaración de ausencia, al menos en un diario de mayor circulación o por el sistema de información que considere, en la población o país donde se presuma la presencia del ausente.”

El Código Procesal Civil y Mercantil, en su Artículo 411 indica que: “pedida la declaración de ausencia, el juez, con intervención del Ministerio Público, mandará recibir información que compruebe lo siguiente:

- a) El hecho de la ausencia.
- b) La circunstancia de no tener el ausente parientes, o mandatario con facultades suficientes, ni tutor en caso de ser menor o incapacitado.
- c) El tiempo de la ausencia

Con la solicitud deberán acompañarse los documentos que conduzcan a probar lo indicado.”

Contempla también el Código Procesal Civil y Mercantil, en su Artículo 412, que: “El juez nombrará un defensor judicial, que exclusivamente tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente; y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario, que puede ser el mismo defensor.”

En consecuencia y para velar por el principio de defensa y debido proceso del ausente, deberá a su vez modificarse el Artículo 412 antes citado, agregando un párrafo, en el sentido siguiente: “El defensor judicial que se nombre, deberá ser un abogado del Servicio Público de Defensa Penal, que defienda los intereses del ausente como si fuera nombrado por éste. Dicho nombramiento deberá notificarse al Instituto de Servicio Público de Defensa Penal para los efectos correspondientes”.

También deberá modificarse la Ley del Servicio Público de Defensa Penal en el sentido de modificar el Artículo 4, adicionándole una función, como la siguiente: “4. Se podrá nombrar defensor judicial en el proceso de ausencia en materia civil, cuando el ausente no haya dejado mandatario legalmente constituido, conforme nombramiento de juez competente.

5. Se podrá nombrar defensores en cualquier proceso de cualquier naturaleza, siempre y cuando por la naturaleza del servicio y del proceso, puedan ser nombrados judicialmente”.

Con las modificaciones que se proponen, se pretende que en un futuro, cuando los ciudadanos, en un determinado momento tengan que ausentarse del país o no se establezca su paradero, deban enfrentar un proceso, tengan una defensa imparcial con respaldo de una institución del Estado que les asegure la calidad del servicio de defensa, asimismo, para que los legisladores puedan otorgar una ampliación del servicio de defensa a otras materias del derecho, tomando en cuenta indudablemente, las condiciones económicas y sociales actuales de la población del país.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala, el Instituto de Defensa Pública Penal es, la única entidad facultada por la ley para prestar el servicio de defensa pública gratuito, con aplicación a personas de escasos recursos económicos, aunque sólo en materia penal; sin embargo, no existe prohibición legal para que su campo de acción sea susceptible de ampliarse a otras materias del derecho, como la civil, laboral, etc.
2. Dentro de las regulaciones del derecho costarricense, relativas a la defensa pública, existen las de atender casos civiles como los de alimentos y de proveer defensa al ausente, que pueden servir como modelo de aplicación y ampliación de los servicios del Instituto de Defensa Pública Penal.
3. La mayoría de casos de personas ausentes en Guatemala, no son declarados, por lo tanto sus familiares así como sus bienes se encuentran desprotegidos, por no contar con un defensor de los bienes y derechos del ausente.
4. En Guatemala, la mayoría de la población, se encuentra imposibilitada de pagar los servicios de un abogado defensor cuando enfrenta un problema legal, pues imponen primeramente sus necesidades económicas que las jurídicas.

5. La prestación del servicio de defensa pública gratuito no se aplica a otras materias del derecho, por lo que se considera como ejercicio parcial de los derechos de defensa y del debido proceso garantizados en la Constitución Política de la República.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Estado a través del Instituto de Defensa Pública Penal establezca el servicio de defensa gratuito a otros procesos, tomando en cuenta que en Guatemala, la mayoría de la población por su condición económica y social, se encuentra imposibilitada de pagar los servicios de un abogado defensor cuando enfrenta un problema legal.
2. El Instituto de Defensa Pública Penal también debe proveer de defensa al ausente, y por lo tanto el Congreso de la República de Guatemala deberá reformar su ley orgánica, de modo que su campo de aplicación sea para otras áreas.
3. Ampliar a la población en general la cobertura del Instituto de Defensa Pública Penal a otras materias del derecho que no sea penal, permitiendo que el staff de abogados con que cuenta, específicamente en el proceso civil de ausencia, colaboren como defensores judiciales del ausente.
4. Los abogados defensores con los que cuenta el Instituto de la Defensa Pública Penal, deben realizar su quehacer cotidiano siempre anteponiendo los intereses de la población, principalmente de escasos recursos, por ser ellos los que más necesitan de su dirección y asesoría.

5. La mayoría de guatemaltecos ignoran que hay servicios gratuitos de defensa, por lo tanto el Instituto de Defensa Pública Penal, por medio de campañas publicitarias escritas y televisivas, debe informar de los servicios que presta a la población.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Tomo II. Departamento de Reproducciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1982.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Editorial Estudiantil Fénix. Guatemala, 2006.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil. Parte 1 y 2**. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1995.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Editorial Civitas. Uruguay, 1978.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Volumen II, 4ta. Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975.
- FLORIÁN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Editorial Bosch. España, 199.
- INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL. **Boletín del Instituto de la Defensa Pública**. Guatemala, 2007.
- INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL. **Módulo de Acciones Constitucionales**. Guatemala, 2007.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial**. Talleres de Imprenta y Fotograbado Llerena S.A. Guatemala, 1996.
- ORGÁZ, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Editorial Porrúa. México, D.F., 1983.

OSSORIO, Mario. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1987.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo II. Tercera edición, revisada, Ediciones Pirámide, S. A. Madrid, 1976.

ROSALES BARRIENTOS, Moisés Efraín. **El juicio oral en Guatemala, técnicas para el debate**. Impresos GM. Guatemala, 2000.

STALLING DÁVILA, Blanca Aída. **Cuaderno número 3 del defensor público**. Guatemala, 2004.

www.idl.org.pe. 3 de julio de 2008.

www.idpp.gob.gt. 30 de junio de 2008.

www.poder-judicial.go.cr. 5 de julio de 2008.

www.polsec.org. 28 de junio de 2008.

www.wikipedia.com. 7 de julio de 2008.

Legislación:

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas. 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas. 1976.

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

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Expediente número 427-93. Gaceta 32. 25 de abril de 1994.

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

Ley del Servicio Público de Defensa Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 129-97, 1998.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1994.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 54-77, 1977.

Acuerdo número 12-94. Corte Suprema de Justicia. 1994.